

HUMANITAS

ANUARIO DEL CENTRO DE ESTUDIOS HUMANÍSTICOS

22



FONDO UNIVERSITARIO



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

1981

corriente en estos casos a favor del viajero, continúan dándose todas y cada una de las notas características que son propias del contrato de transporte.

La antecedente conclusión lleva consigo el que, salvo especial prescripción de la Ley, la relación gratuita trabada —pasajero y porteador— se encuentre regulada por las leyes, normas y disposiciones que son propias y peculiares del contrato de transporte aéreo.

No obstante y con compatibilidad absoluta con lo que queda expuesto, deben contemplarse algunas excepciones especiales, ya que cuando se produzca una colisión entre un pasajero que ha abonado la integridad de la tarifa y otro que solo parcialmente la pagó o que fue totalmente liberado de satisfacerla, los derechos de éste —en igualdad de circunstancias, decimos— deben ceder ante el pasajero ordinario. El caso más característico que puede producirse respecto de ello es el denominado sobreventa o reserva de plazas para un vuelo determinado por encima de la capacidad de la aeronave, supuesto en el que es imprescindible incumplir los compromisos adquiridos por el transportista en el contrato de transporte en cuanto a alguna o algunas de las personas que tienen su plaza debidamente reservada y cumplieron satisfactoriamente los requisitos establecidos para la operación del embarque.

En sentido contrario pensamos que no conducirá a ningún resultado práctico ni se encuentra suficientemente elaborado por la doctrina, el establecer que la relación entre un transportista y un viajero que no abonó —legítimamente— el precio del transporte, no es la propia de un contrato de transporte, sino otra sui generis. En todo caso tendríamos que deducir de tal relación obligaciones para el transportista que no han tenido la contraprestación correspondiente del pago del precio y que no sería tan sólo la de transportar, sino otras muchas, entre ellas, la principal, la de indemnizar en supuesto de accidente o de cualquier otro siniestro imputable al transportador.

ORIGENES Y DESARROLLO DE LAS FUNDACIONES: DEL DERECHO ANTIGUO AL DERECHO INDIANO

ALDO ARMANDO COCCA

Catedrático, Profesor Honoris Causa,
Profesor Emérito, Buenos Aires.

1. En la protohistoria

EN ESTE PERIODO, en que faltan la cronología ordenada y la clasificación documental, a veces la documentación misma, sólo sirven a nuestro fin las tradiciones. Movidos por diversas razones, como el deseo de perpetuarse, o el temor de desagradar al difunto o a los ancestros, los primeros pueblos instituyeron lo que hoy conocemos por fundaciones. Estas tenían un carácter múltiple, tanto religioso como científico, ya que es propio del primitivismo que ciencia, filosofía y religión sean una misma cosa. En una civilización avanzada para los tiempos, como la de los sumerios, las fundaciones tuvieron un carácter más diferenciado, observándose un sentimiento de generosidad, que es propio de los sabios, de los maestros. Asiria y las otras civilizaciones que heredaron la cultura sumeria, siguieron consagrando fundaciones.

2. India

La civilización india y las que nacieron por su influencia conocieron las fundaciones destinadas al mantenimiento de templos y las erigidas en honor de sus ídolos. De las leyes sagradas pasaron al derecho civil una noción de personalidad legal que no abandona su origen religioso. El derecho de la India atribuye personalidad y vida a los ídolos, no sólo en los códigos sagrados que imperaron como toda ley en la antigüedad, sino en fallos relativamente recientes de sus tribunales.

3. El derecho islámico

En los países formados por la religión de Mahoma son comunes las fundaciones destinadas a erigir y a mantener una mezquita, una fuente pública, o una casa de enseñanza. A fines del siglo pasado comenzó un estudio profundizado del derecho de los islamitas.¹ Se ha podido afirmar que un riquísimo desenvolvimiento de las fundaciones autónomas se da en el derecho islámico, en el cual una doctrina muy avanzada discute con fino análisis las más delicadas cuestiones que se ofrecen en el particular.²

4. Egipto

Una cultura tan desarrollada como la de los faraones no podía ignorar las fundaciones. Conforme a estudios realizados últimamente, el derecho egipcio conoció y reguló las fundaciones de diversos tipos y con consideraciones específicas ya en el Antiguo Imperio.³ Han logrado rescatarse para la historia de esta institución, el texto de actas relativas a fundaciones correspondientes a ese mismo periodo de su cultura.⁴

5. Grecia

Los griegos eran hospitalarios y gustaban obsequiar. La fundación fue conocida desde los primeros tiempos, en forma de consagración de un jardín para ceremonias religiosas, fundación para sacrificios en honor de Apolo, fundación a una ciudad para fines benéficos que se determinaban.

Como testimonio de su incorporación al derecho helénico, queda la inscripción de Corcira (*Corpus inscr. Graec.* II, 20, No. 1845).

La tumba de Platón, en las inmediaciones de la Academia, fue venerada por los filósofos por más de cinco siglos. Pero la fundación que hizo de su solar a sus discípulos, permaneció por mil años en poder de la Escuela Platónica.

¹ KOHLER. "Rechtsvergleichende Studien", Berlín, 1889, p. 132 y ss. cit. por Ferrara, en la obra que se indica en la nota siguiente, p. 38, nota 1.

² FERRARA, Francesco. "Teoría delle personae giuridiche", Napoli-Torino, 1915, p. 38.

³ PIRENNE, M. "La fondation en droit égyptien sous l'Ancien Empire", en *Revue Internationale de Droits de l'Antiquité*, Bruxelles, 1955, pp. 19-31.

⁴ STRACMANS, M. "Textes des actes de fondation de l'Ancien Empire", id. loc. cit., pp. 31-39.

También Aristóteles realizó una fundación con su biblioteca, a cuyo frente y como director sucesor suyo de la Escuela Peripatética, puso a su discípulo Teofrasto.

6. Roma

Las más variadas formas de fundaciones se ofrecen en Roma a través de su extenso periodo de civilización. Entre las más originales, se encuentra la que hizo Tizio a favor de las plantas de papiro, que aun existe, en la fuente de Aretusa, en Sicilia.

En su origen, reconoce diversas vertientes. Por un lado, a la tradición greco-helenística de fundaciones hechas en favor de templos, generalmente en relación con el derecho de asilo, tan extendido en el mundo oriental. El gobierno romano, al dominar las provincias griegas, tomaba la protección de estas fundaciones, que a veces hallaba desatendidas, encomendando su vigilancia superior a los gobernadores de aquellas provincias, lo que presentaba al pueblo romano como defensor de las tradiciones griegas más venerables.⁵

Se ha afirmado que la raíz propiamente romana de la fundación está en el derecho sepulcral. La idea de continuidad está centrada principalmente en perpetuar el recuerdo después de la muerte. Para ello utiliza el memorial, que es ya el mismo sepulcro; pero, para asegurar el cuidado de la sepultura, y la conmemoración anual del día del nacimiento —*dies natalis*— adscribe a la sepultura unas áreas rentables, cuyo fruto debe emplearse precisamente con esos fines de cuidado y conmemoración. Estas fundaciones se hacen frecuentes a partir del año 100 después de Cristo. Se requería encontrar un grupo de personas que garantizaren la continuidad; que estaba constituido por los libertos del difunto y los sucesores y futuros libertos de los mismos. Hacia la misma época en que se multiplican las fundaciones de este género, aparecen las de fines asistenciales, que consisten en la adscripción de fincas rentables a la finalidad de determinadas distribuciones entre los necesitados.⁶ Aquí son los decuriones del municipio y el municipio mismo los encargados de asegurar la continuidad y el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a la fundación.

⁵ BRÜCK, E.F. "Les facteurs moteurs de l'origine et du développement des fondations grecques et romaines", en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, cit., 1955, p. 159.

⁶ LÓPEZ JACOISTE, José Javier. "La fundación a la luz de sus nuevas funciones", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, vol. XLIX, Año 1965, p. 570.

Son muchas y de muy diversa prelación las disposiciones relativas a fundaciones, desde constituciones imperiales a convenios con colegios privados de ciudadanos o a favor de un municipio, con el fin de la celebración de juegos y espectáculos públicos, de distribuir dinero y víveres para casos de calamidades o a los necesitados, para socorrer a enfermos, niños, peregrinos, todo lo cual se instrumentaba solemnemente, con obligaciones precisas a cargo de los responsables de la administración de los bienes fundacionales, con multas y otras sanciones, aparte de la cláusula de resolución. Alcanzó desarrollo la fundación alimentaria, como la Fundación Pliniana, la Fundación Ferentina, la Fundación Veleiana. Hicieron lo propio Nerva y Trajano.

Los romanos no eran obsequiosos como los griegos. El derecho romano ni aun en la época clásica, reconoció la eficacia de la promesa de donación. La mentalidad desinteresada en el concepto de donación fue incorporada por Justiniano. La tomó de los sermones de Crisóstomo y obedece al deseo de dar fuerza legal a los preceptos morales, excluyendo los móviles egoístas (de la propia donación) imperantes hasta entonces. (Es decir, las de aquellos que buscaban reciprocidad o correspondencia, o las *donationes captatoriae*, obsequios de presuntos herederos a personas muy ancianas).

La situación cambió con el fervor de caridad promovido por el cristianismo. Muchas personas dejaron patrimonios enteros para la creación y sostenimiento de hospitales, asilos de huérfanos —*orphanotrophia*—, hospicios de niños expósitos —*brephotrophia*—, de peregrinos —*xenodochia*—, de indigentes —*ptochotrophia*—, de ancianos —*gerontocomia*—, se enseña en la cátedra de Derecho Romano de la Universidad Complutense de Madrid.⁷

La fundación religiosa hace su primera aparición en la Roma pagana, algunas de las cuales, conforme a Ulpiano gozaban de la *testamenti factio* pasiva, adquirirían y poseían (*Ex corpore tituli*, Ulpiani, tit. 22, No. 6). Con el cristianismo, surge la *causa pia* y se multiplica. Con Justiniano las *causae piae* son elevadas a la dignidad de persona moral con vida propia, amparada por las leyes civiles y eclesiásticas, dotadas de acción judicial, de representación, de rectores y administradores que cuidaban de sus intereses y que no podían enajenar los bienes. La constitución imperial, en concordancia con el derecho canónico, favorecía la adquisición de la *causa pia* bajo cualquier forma; y encontraban el modo de superar cualquier obstáculo que se interpusiera a la consecución del fin.⁸

⁷ IGLESIAS, Juan. "Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado", Barcelona, 1965, p. 156.

⁸ GIORGIO, Giorgi. "La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali", Vol. I, Parte Generale, Firenze, 1913, 3ra. edic., p. 221-222.

Hacia fines del siglo V parece dibujarse una autonomía como emanada de la individualidad del edificio, o lo que es más propio, del fin perseguido, o del modo de administración. Dos constituciones del año 472 (C.I., 13, 32, 7 y 34) citan expresamente junto a las iglesias los *xenodochia* y los *ptochia*, como autónomos, a los efectos de garantizar su inmunidad.⁹

Justiniano fue quien dio a las fundaciones uno de sus rasgos más sobresalientes y que ha perdurado a través de los siglos, al determinar de modo expreso que, por sobre todas las cosas, debe prevalecer la voluntad del fundador (*Omnibus enim talibus piis voluntatibus... secundum defuncti voluntatem universa procedant* (Nov. 131, 11). También los rasgos de la autonomía, al determinar que pueden heredar —*nomen et ius heredum*—, reclamar créditos —*creditoribus respondere*—, entablar acciones en juicio —*actionem movere*—, permutar y celebrar locaciones enfitéuticas (C. 1, 3, 48 (49), 4). También ver Gayo (Libro III).

Conviene recordar aquí que, en el Derecho Romano, existían cuatro clases de personas morales: las corporaciones o *universitates*; las fundaciones o *piae causae*; el Estado (*fiscus y aerarium*) y la herencia yacente.¹⁰ Las fundaciones, eran institutos civiles o eclesiásticos encaminados a un objeto de utilidad pública, de beneficencia o de culto. También se consideraba como persona moral el mismo patrimonio de las fundaciones constituido por el conjunto de los bienes y derechos que sirven de medio para obtener el objeto útil a que la fundación está encaminada, enseña el catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Valladolid.¹¹

Y Gastón Federico Tobal, hacía lo propio en su cátedra de la Universidad de Buenos Aires, cuando nos decía que, el derecho imperial de Roma nos daba la noción completa de las fundaciones autónomas y de las fundaciones subordinadas, cobijando a estas últimas bajo la personería jurídica de la Iglesia.

Como se ha visto, existían tanto las fundaciones *inter vivos* como *mortis causa* entre los romanos. En el Imperio fueron bastante frecuentes, sobre todo en la forma de fundaciones fiduciarias: disposiciones en favor de una ciudad o de un *collegia* con cargo de cumplir la voluntad del fundador. El patrimonio pasaba en propiedad al receptor, que se obligaba a cumplir, lo que era garantizado. El sistema hacía posible la continua realización de la voluntad del fundador: la disposición era encomendada a una *universitas*, ente de du-

⁹ LÓPEZ JACOISTE. Op. cit., loc. cit., p. 570 y nota 18.

¹⁰ PETIT, Eugene. "Tratado elemental de Derecho Romano", Buenos Aires, 1963, p. 224.

¹¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José. Nota a la pág. 224 de la obra de PETIT.

ración infinita; pero quedaba siempre la inseguridad de la ejecución de la carga y no parecía suficiente la vigilancia ejercida por el Estado mediante el *curator reipublicae*. La referida fundación de Plinio fue hecha del modo siguiente: donó a la ciudad de Como un fondo y se lo hace después retransferir gravado con un *vectigal* inferior al rédito del fondo y que debe representar el capital fundado. De este modo se aseguraba perpétuamente el pago del precio que debía ser destinado cada año al fin alimentario y por otra parte, el fondo era sustraído a la libre disposición de la ciudad (Plinio, *Epist.* VII, 18). Análogo es el sistema adoptado por la Fundación Ferentina (*Corpus inscr. lat.* X, 5853). Más dudas provocan las fundaciones alimentarias imperiales, de las cuales hay un testimonio interesante en la tabla de Veleia y de Bebiana que se conservan en el Museo de Parma. Se ha sostenido que fueron verdaderas fundaciones autónomas, en el sentido del derecho moderno. Pero más bien parecen un instituto del Estado. El mecanismo de estas fundaciones pudo haber sido así: El emperador, por medio de empleados de su confianza, da un mutuo de capital a bajo interés a poseedores fundarios, los cuales obligan en garantía sus fundos en forma publicística de la *praediatura*. Este rédito anual viene recogido en una caja especial en la ciudad y administrado por empleados imperiales, los cuales, en plazos establecidos, entregan a la ciudad determinadas sumas para emplearse en el sostenimiento de niños pobres u otro fin social. De lo cual resulta que el emperador es el sujeto jurídico del patrimonio destinado a fines benéficos, él es el mutante y el acreedor de la renta, las cajas de la ciudad son cajas imperiales y dependencias del fisco y la ciudad es sólo beneficiaria de una determinada renta a emplearse con el fin previsto.¹² Ciertamente es que en sus orígenes las *piae causae* y especialmente aquellas destinadas a fines religiosos, educativos y de beneficencia (cuidado de enfermos, socorro de pobres, liberación de prisioneros, etc.) fueron una extensión de los privilegios ya concedidos a la Iglesia; y que se podía hacer la liberalidad, sea por acto entre vivos (*Cod.* 8, 54, 34), sea por acto de última voluntad, de donde se admite su capacidad de adquirir. Por ello es verosímil que, en el Bajo Imperio casi insensiblemente estas fundaciones adquirieron personalidad jurídica, presentándose como instituciones públicas eclesiásticas.¹³

Andrés Bello nos ofrece un extracto de la doctrina de Savigny,¹⁴ que bien merece ser sintetizado aquí. Al referirse a las personas jurídicas del Derecho romano, nos dice que a veces carecen de apariencia visible y su existencia es

¹² FERRARA. Op. cit., p. 40.

¹³ FERRARA. Op. cit., p. 41.

¹⁴ La obra "Droit Romain", Lib. II, Cap. 2, Nros. 85 a 102.

enteramente ideal, como son las que se conocen con el nombre de *fundaciones*. En ellas, sujeto de derecho no son tampoco las personas a quienes resulta el beneficio, las cuales no tienen parte alguna directa en la administración de los bienes. Las fundaciones aparecen en tiempos anteriores al cristianismo. Ciertos dioses podían ser instituidos herederos (*Ulpiano, Reg.* XXII, 6). Era válido el fideicomiso en favor de un templo (L. 1, No. 1, de *Ann. Leg.*). Los templos poseían esclavos y libertos. A esto se reducían las fundaciones religiosas de aquellos tiempos. En cuanto a las de beneficencia, era la política la que las presidía. Fue el cristianismo lo que señaló como objeto de la actividad humana la caridad en sí misma, incorporándola en fundaciones duraderas e independientes. Si un testador instituía heredero a Jesucristo, se entendía instituida la iglesia del lugar (L. 26. *C. de Sacr. Eccles.*). Si a un arcángel o mártir, la iglesia dedicada al mismo en el domicilio del testador; o, a falta de ella, en la capital de la provincia. Si había duda entre varias iglesias, se prefería la que frecuentaba el testador o la más pobre. Es decir, el sujeto de derecho es una corporación, no la Iglesia, en general, sino una parroquia, un templo, una iglesia determinada.¹⁵

7. El derecho germánico antiguo

Cuando se quería fundar una iglesia o un convento, el fundador construía sobre su terreno el edificio del templo o monasterio, y luego le hacía donación al santo. De este modo el santo se convierte en propietario, acreedor y también deudor. En un documento, recordado por Gierke, se establece que el Espíritu Santo debe hacer cierto pago anual a perpetuidad. Tales personas celestiales debían tener sus representantes terrenos, que no podían ser otros que los responsables de la misma Iglesia: el papa era el representante de Jesucristo, jefe de la iglesia universal, después venían los obispos, abades, decanos, priores. Administraban el patrimonio eclesiástico, recibiendo las donaciones, actuando en juicio, pero se mantenían siempre como administradores de bienes de otros. A ello contribuía el hecho que con el cambio de cargo, el bien entero pasaba al sucesor, y que cada investido debía jurar, conservar intactos los bienes del santo que le eran confiados. Un concepto y desarrollo análogos se encontraban con respecto a las fundaciones pías en el derecho germánico antiguo, que fueron consideradas como institutos eclesiásticos. El santo es el sujeto, propietario de los bienes, recibidor de las donaciones. Por ello, el que quería fundar un instituto de esta naturaleza debía comenzar con

¹⁵ BELLO, Andrés. "Derecho Romano", Obras Completas de Andrés Bello, T. XIV, Caracas, 1959, pp. 460 a 469.

la construcción material de la obra, luego hacerla funcionar, acogiendo a pobres o enfermos, y finalmente dedicarla a un santo. Estos institutos eran considerados como una cosa, fragmento de un patrimonio, que el fundador pasaba en propiedad al santo. En el siglo XII se extendió mucho la institución, llegando a desnaturalizarse, pues se comprobaba que mientras el número de religiosos que vivían de los bienes de la fundación permanecía idéntico o aumentaba, el número de enfermos o necesitados admitidos disminuía, hasta que un día la hospitalidad cesa y el establecimiento se convierte en monasterio: situación asaz frecuente, que reclamó incluso la atención del Concilio de Trento.¹⁶

Al lado de éstas, encontramos diversas fundaciones dentro de la misma iglesia. Alguien fundaba un altar en una capilla de la iglesia que había escogido para su tumba, y la dotaba de un beneficio. También se daban las numerosas fundaciones de misa para el alma, de aniversarios, etc. Estos bienes no tenían autonomía: eran una forma particular de donaciones fiduciarias. En definitiva, en el antiguo derecho germánico no se conoce el ente ideal como sujeto jurídico, que se distingue de la colectividad de asociados o de la masa patrimonial destinada a un fin.¹⁷

8. La Edad Media y la Edad Moderna

El pensamiento de la Edad Media estaba penetrado de contenido jurídico. En calidad de romanos, los papas se habían propuesto terminar la formación del derecho, que invocaban a su favor como divino. La lucha entre el Pontífice y el emperador de los siglos XI y XII, y sucesivamente, fue una contienda jurídica mucho más que religiosa. Se ofrecen las bases de un derecho eclesiástico nuevo. A través de las decretales el papado se transforma en la instancia suprema de la jurisdicción, al lado mismo de los antiguos concilios y cánones. El dogma es penetrado de poder y de significación jurídica: no solamente es *Lex Dei*, sino que sus problemas se presentaban bajo la forma de problemas de derecho.¹⁸

Pero no se podría negar que la dialéctica de los juristas, fundada sobre la autoridad, no lo fuera también sobre la razón, por aquello que se ha llamado "el ejercicio mesurado de la inteligencia humana". La escuela de Bolonia, era en el siglo XII una escuela de crítica de textos y de documentos jurídicos,

¹⁶ LAPRADELLE DE, Geouffre. "Théorie et pratique des fondations perpétuelles", París, 1895, p. 39.

¹⁷ FERRARA. Op. cit., p. 64.

¹⁸ SCHMIDT, C. "Eglise d'Occident", p. 167.

y se mostraba eficaz en todos los dominios de la observación, aun en los primeros hechos psicológicos registrados en lo religioso.¹⁹

Basadas en este predominio del derecho, las figuras jurídicas, como las fundaciones, prosiguen su desarrollo en los pensamientos y escritos de civilistas, glosadores y dialécticos; la legislación estatutaria emplea las expresiones *corpus repraesentativum*, *intelectuale corpus*, *societas*, *collegiata*, así como *congregatio* y *concilium*.

La noción jurídica de las fundaciones, heredada del derecho romano, comenzó a renovarse en Inglaterra al tiempo de conocerse la *Magna Charta*, es decir, en 1225.

Y la ley dada al reino por Isabel I contiene una enunciación tan extensa —y hasta podría decirse, completa— de los *Charities uses*, que no sólo sirvió para una importante y vasta obra jurisprudencial, sino que es reproducida por la ley de 1888, al punto que la Corte de la Cancillería considera como tales sólo a las instituciones benéficas que estaban en armonía con aquella ley estatutaria de Isabel I.

Desde comienzos de la Edad Media hasta nuestros días, Inglaterra ha ofrecido una riquísima jurisprudencia, que marcha hacia los ochocientos años.

En la Edad Moderna las fundaciones siguen evolucionando y perfeccionándose. Se advierte un factor subjetivo que las alimenta y les da su mayor contenido ético: las donaciones responden a designios altruistas.

9. El derecho canónico

Ha correspondido al derecho canónico, más sutil que el civil y triunfador en la contienda a que nos hemos referido de los más finos intelectos de la época, dar por vez primera el concepto espiritual y trascendente de la fundación.

En la patrística la Iglesia es una *fundación divina*. Se la concibe como un organismo vivo, en una forma alegórica religiosa: San Pablo la llama *Corpus Mysticum Christi*; otros la de madre santa de los fieles: *Sanctam Matrem Ecclesiam*. Surge como una personalidad jurídicamente independiente de toda colectividad de personas, ligada a un simple oficio con dotación patrimonial. La impronta institucional alcanza a aquellos entes que en su estructura se presentan como corporaciones, de allí los capítulos y los claustros.²⁰

¹⁹ ALPHANDERY, Paul. "La pensée médiévale" en "L'Evolution Humaine des origines á nos jours, Libr. Aristide Quillet, París, 1934, p. 450.

²⁰ FERRARA. Op. cit., p. 69.

El derecho canónico brinda también el concepto de fundación autónoma, como aplicación del concepto general de instituto. El instituto como tal es personificado y reconocido sujeto del patrimonio. El Santo, del cual la fundación toma el nombre, no es ya el dueño, sino que aparece como simple protector; la participación eclesiástica en la administración de la fundación se transforma en sólo supervisión; las órdenes religiosas, que estaban antes en permanente servicio de la fundación, aparecen como meros órganos colegiados del instituto; las personas que recibían las ventajas de la fundación, se mostraron como destinatarios comunes; y el sujeto fue la unidad indivisible de la fundación, el ente institucional ordenado conforme a la voluntad del fundador.²¹

Por ello, en ese tiempo, la fundación no aparece ya en la forma oblicua de una disposición modal, sino de un modo directo: la fundación es un acto de creación, de soberanía.²²

Todo ello se refleja, por ejemplo, en la forma empleada en los testamentos de "quiero y ordeno": *Volo et ordino quod unum hospitale fiat... cui lego; A volu et voeult ledit Jean fonder et estorer; fonde et estore ung hospital*, etc.

La facilidad de crear fundaciones fue un estímulo para acrecentar tales entes, que, en efecto, se multiplicaron rápidamente. Junto a las de carácter religioso, de instrucción (seminarios), de beneficencia (instituciones para huérfanos, ancianos, hospicios y asilos), en general fundaciones eclesiásticas, aparecieron las fundaciones meramente privadas, con igual indiscutido carácter autónomo.

Los particulares comienzan a hacer fundaciones libremente, acentuándose la relación *causa pia* y la disposición testamentaria en favor del alma; el término "persona" les es aplicado. La fundación, como hemos visto, se transforma en un acto de creación individual, ejercido de la propia potestad fundacional del otorgante. En el siglo XIV comienza a ser considerada como institución propia del derecho civil. Se ha hecho secular y se la aplica a fines profanos. El cambio de enfoque coincide con el alborear de las ideas renacentistas, que propugnan la liberalidad en forma de mecenazgos artísticos y culturales ajenos a las finalidades puramente eclesiásticas. Lo cierto es que, en lo sucesivo, la sola voluntad de conseguir un fin ideal o benéfico mediante la adscripción de un patrimonio será suficiente para hacer brotar tales sujetos de derecho.²³

Podemos agregar que en el derecho canónico hay dos especies de fundaciones: la que tiene por objeto el mantener capellanes o vicarios para cumplir

²¹ FERRARA. Siguiendo a GIERKE, op. cit., p. 69.

²² FERRARA. Op. cit., p. 69.

²³ LÓPEZ JACOISTE. Op. cit., loc. cit., p. 571.

las cargas de las capillas erigidas en capellanías, a ayudas de parroquias o anexos; y la otra respecto de la celebración de misas, oficios o aniversarios, mantenimiento de estudiantes, de sacerdotes pobres, socorro de indigentes u otras obras de esta clase. En las fundaciones de beneficio, como en las demás piadosas, ha de tenerse para todo presente la voluntad del fundador. El Concilio de Trento, en la sesión 25, Capítulo V de Reformas, dice: "La razón exige que no se frustre lo justamente establecido con disposiciones contrarias. Cuando, pues, se exigen algunas circunstancias en la creación, fundación o en otra constitución de cualquier índole o cuando le son anexas algunas cargas, no se falte al cumplimiento de ellas ni en la colación de dichos beneficios, ni en cualquier otra disposición. Obsérvase lo mismo en las prebendas lecturales, magistrales, doctorales, o en las presbiterales, diaconales y subdiaconales establecidas en estos términos; de suerte que en ninguna previsión se les quite alguna de sus cargas u órdenes, y la que se haga de otro modo, venga a ser por subrepticia". La norma suprema es la voluntad del que las constituye y sólo la imposibilidad moral o material puede dispensar de obligación ineludible; y aun en este caso, es preciso acercarse lo más posible a sus deseos, interpretando lo más fielmente que sea dable la intención del fundador.

Con el Cristianismo y el desarrollo de la religión, a la práctica de legar bienes con propósitos piadosos, se sumó la de donar por actos entre vivos: disposición de bienes con fines benéficos. Esta costumbre llevó a una extraordinaria expansión de las fundaciones y a su perfeccionamiento dentro de los cánones que establecía la Iglesia.

La clásica *universitas*, que indicaba tanto una reunión de individuos como un conjunto de cosas, fue confundándose con la *congregatio* y la *communitas* para las corporaciones voluntarias de individuos, en tanto que la expresión *piae corpora* de la legislación justiniana, de donde la tomó el derecho canónico, se reservaba para las fundaciones.

Esta división no fue completa y no implica una total separación de otras corporaciones. De allí que los canonistas denominaran indistintamente *persona representata*, *persona ficta*, *persona universalis* o *persona collegii* a las fundaciones y a otros diversos establecimientos reconocidos por el derecho privado. Dos insignes juristas, que se ocuparon de estudiar la historia y la teoría de las personas legales, el francés Raymond Saleilles y el italiano Francesco Ferrara, nos recuerdan estas nomenclaturas. Y que fue el pontífice Inocencio IV quien introdujo —siguiendo la expresión de San Pablo para definir a la Iglesia— para designar ahora a las comunidades religiosas, la de *corpus mysticum*. De esta denominación derivarían con el tiempo, las de "persona mística", "cuerpo moral" y finalmente "persona moral", tan caras a los publi-

cistas franceses, que comienzan a utilizarlas en los siglos XVII y XVIII, conservando la expresión "persona moral" hasta nuestros días.

10. El derecho español antiguo

a) Cuestión de las personas morales del derecho privado

Se ha llegado a afirmar que en la antigua legislación española "no existe ninguna ley en la cual pudiera fundarse la personalidad jurídica de las asociaciones o establecimientos o fundaciones... En resumen, las antiguas leyes españolas, siguiendo la tradición del derecho romano consagraban algunas aplicaciones del principio de la personalidad jurídica, pero sin reconocerlo expresamente ni recogerlo en ninguna de sus disposiciones. Estas aplicaciones, por otra parte, se limitaban a las instituciones que hemos citado, todas ellas incluidas en el derecho público, como si la noción de la personalidad jurídica fuera completamente extraña al derecho privado".²⁴

Debemos observar, en primer lugar, que el derecho romano había reconocido la plena capacidad de la persona jurídica y que el derecho canónico, que completó su obra, tenía plena vigencia en la España de los Reyes Católicos. En segundo lugar, las referencias que se toman para fundar este juicio, se limitan a sólo las Partidas de Alfonso X el sabio, redactadas probablemente en Murcia entre los años 1256 y 1263, es decir en pleno perfeccionamiento de la teoría de la personalidad jurídica de las partes creados por el hombre y admitidos por la ley para trascender en el tiempo y en el espacio la obra de las personas naturales.

Las mismas Partidas pusieron de resalto el aspecto ético de la liberalidad: "donación es bien fecho que nace de la nobleza e bondad de corazón, cuando es fecha sin ninguna premia" (L. 1, T. 4, D. 5). Y por cuanto estaba consagrado la facultad de testar, con el complemento de la donación *inter vivos*, es decir, el legado o donación *mortis causa*, se tenían desde luego los elementos legales básicos para hacer fundaciones, particularmente, las *piae causae*, tan favorecidas por la Iglesia.

²⁴ SALVAT, Raymundo. "Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General", Séptima edic., Buenos Aires, 1944, p. 535. Este reconocido tratadista cita en favor de su afirmación a Pedregal y Cañedo. Pero también a La Serna y Montalbán y a Sánchez Román, de quienes dice: "Estos autores, sin embargo, exponen la teoría de la personalidad jurídica como perfectamente consagrada, con carácter general, en el antiguo derecho español; pero el único texto que citan es la Ley 10, título 19, Partida 6a. que, según hemos visto, se refiere exclusivamente al fisco."

De allí que la Novísima Recopilación acepte las disposiciones *ad pias causas*, admitiendo que los testamentos contengan actos de voluntad atinentes a la erección de una fundación, bajo la forma de legados o mandas con cargo.²⁵

Además, ya en 1348, el "Ordenamiento de Alcalá de Henares", establecía el siguiente orden de prelación de las fuentes del derecho castellano, vigentes en aquel momento: 1o. El Ordenamiento de Alcalá; 2o. los Fueros municipales; 3o. el Fuero Real, si se probaba su uso; y 4o. las Partidas. De allí que cualquier cuestión legal o acto jurídico posterior o 1348 debía ajustarse a esta prelación. Luego viene la primera Ley de Toro, de 1505 que reproduce, con algunas alteraciones, el Ordenamiento de Alcalá, posteriormente la "Nueva Recopilación de Castilla en 1567 y finalmente la "Novísima Recopilación de las Leyes de España", promulgada en 1805.

Con relación a las Partidas se ha afirmado que no se aplicaron en Castilla, pues habrían sido redactadas con un propósito doctrinal y no para que rigiera como un verdadero cuerpo de leyes, opinión que no tiene muchos adeptos. Pero son más los que dicen que sólo alcanzó aquella vigencia cuando se promulgó el Ordenamiento de Alcalá, en 1348, como derecho supletorio, aplicable en último lugar.²⁶ En Indias tuvieron amplia aplicación.²⁷

Es oportuno señalar que, en el primer curso dictado en la Universidad de Buenos Aires sobre derecho civil y publicado pocos años después de fundada esa casa de estudios, el catedrático Dr. Pedro Somellera, enseñaba que se pueden hacer legados "a los pobres, a las ciudades, a establecimientos autorizados"; y que el legado puede ser... bajo modo".²⁸ Precisamente, durante algún tiempo, se ha denominado a las fundaciones nacidas de testamento, "legados *sub modo*".

²⁵ BADENES GASSET, Ramón. "Las fundaciones de derecho privado", Barcelona, procesado por, Jorge A. Carranza, "Las fundaciones en el derecho privado", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 5.

²⁶ OTS CAPDEQUI, José María. "Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del derecho propiamente indiano", Tomo I, Buenos Aires, 1943, p. 98 y 99.

²⁷ En los territorios de las Indias Occidentales, las Partidas alcanzaron una difusión extraordinaria, tal vez porque los letrados y oidores de las Audiencias no tuvieron que luchar para su aplicación como derecho supletorio, con las resistencias que hubo necesidad de vencer en la Península al sustituir el viejo derecho local de los Fueros municipales por un sistema territorial inspirado en el derecho romano justinianeo. Véase: Ots Capdequí, op. cit., p. 96 y 97.

²⁸ SOMELLERA, Pedro. "Principios de Derecho Civil", reedición facsimilar de la hecha por la Imprenta de los Expósitos, año 1824, Buenos Aires, 1939, p. 172 y 174.

b) *Donaciones y legados*

Es oportuno agregar algo más respecto a las donaciones y a los legados en la legislación española antigua.

Hemos señalado el aspecto ético de la donación en las Partidas. Estaban facultados para donar los que podían enajenar. Y la ley incapacitaba a los reos de lesa Majestad; a los autores, inductores o cómplices de homicidio o lesiones contra los consejeros del Rey; los condenados como herejes por la Iglesia; y los condenados a muerte o a destierro perpetuo (Leyes 1 y 2, T. 4, P. 5). A estos últimos, la Ley 3, T. 18, P. 10 de la Novísima Recopilación, les permitió testar y, por lo tanto, hacer donaciones *mortis causa*.

Por consiguiente, quienes estaban facultados para enajenar y no se hallaban entre los especialmente incapacitados podían hacer fundaciones por actos *inter vivos*, con la aclaración del condenado a muerte o destierro perpetuo, que sólo podía hacerlo por disposición testamentaria.

Otras partidas tratan de las donaciones de los hijos bajo patria potestad, de los padres a hijos y de las realizadas en ocasión del matrimonio. La Novísima Recopilación puso tasa a la cuantía de las donaciones y estableció la irrevocabilidad del acto, salvo en los casos de grave ingratitud expresamente enumerados. La donación *mortis causa* fue siempre revocable, tanto en las Partidas como en el Ordenamiento de 1805 (ley última, Tit. 4, P. 5 y 1, Tit. 7. Lib. 10 Nov. Recop.).

c) *Mayorazgos*

Se ha definido al mayorazgo como "el derecho de suceder en los bienes dejados, con la obligación que se han de quedar en la familia enteros perpetuamente, y pertenecen al próximo primogénito por orden sucesivo". Aun cuando esta definición no comprenda todas las formas históricas de los mayorazgos —ya que en algunos casos la sucesión no correspondía precisamente al primogénito y en otros se instituyeron mayorazgos con carácter temporal— refleja, sin embargo, con justeza, las notas características de esta institución, que en esencia no persiguió otra cosa que la vinculación de los bienes en determinados representantes de la comunidad familiar para evitar la excesiva disgregación de los patrimonios sobre los cuales descansaba el ascendiente social y económico de los linajes más distinguidos.²⁹

Los mayorazgos eran regulares e irregulares. Regulares aquellos "en que se sucede según el orden prescrito para la sucesión de este reino" (Ley 2, Tit. 15,

²⁹ OTS CAPDEQUI. Op. cit., p. 158.

Partida 2da.). Se consideró irregulares a los mayorazgos cuya sucesión se apartaba de esta normal legal.

De esto deducimos que ya en el siglo XIII el antiguo derecho español había consagrado esta forma de fundación familiar. Y que determinó el respeto estricto a la voluntad del fundador, que hace a la esencia del instituto jurídico de la fundación. Esto dio lugar a una gran variedad de mayorazgos, puesto que, en definitiva, las modalidades a que se sujetaba la sucesión dependieron solamente de la voluntad de los fundadores.

Las reglas más aplicadas, fueron las siguientes:

1a. En caso de duda, la sucesión de todo mayorazgo debía regirse según las normas establecidas para la sucesión a la Corona de España.

2a. Los mayorazgos, según su propia naturaleza, son indivisibles.

3a. La sucesión en los mayorazgos debía entenderse como establecida a perpetuidad en favor del que le correspondiera entre los descendientes del fundador. De este modo, aun cuando el fundador sólo hubiera llamado a su hijo primogénito y a sus descendientes, si se extinguiese la descendencia del primogénito, pasarían los bienes del mayorazgo al descendiente del otro hijo a quien pudiera corresponder la sucesión. De aquí se deducía la regla que los bienes del mayorazgo eran por naturaleza inalienables.

4a. Para determinarse la sucesión en los mayorazgos debía tenerse presente la línea, el grado, el sexo y la edad. Los parientes de la línea del último poseedor debían ser preferidos a los de otras líneas; dentro de la misma línea se daba preferencia a la proximidad de grado; dentro del mismo grado el varón excluía a la mujer, y siendo del mismo sexo debía ser preferido el de más edad. Tanto en la línea recta como en la colateral, al computar los grados se había de tener en cuenta el derecho de representación.

5a. Para ser llamado a la sucesión de un mayorazgo era requisito inexcusable la legitimidad del parentesco.

6a. El hijo legítimo por subsiguiente matrimonio sólo se entendía llamado a la sucesión desde el momento mismo de su legitimación o sea desde la fecha del matrimonio de sus padres. El hijo legitimado por rescripto del Príncipe, era excluido de la sucesión por todos los parientes de la familia del fundador. El hijo arrogado o adoptivo estaba enteramente excluido de la sucesión.

7a. La proximidad en el parentesco se determinaba con respecto al último poseedor y no con respecto al fundador.

8a. En los mayorazgos no se sucedía al último poseedor por derecho hereditario, sino por derecho de la sangre.

9a. Muerto el poseedor del mayorazgo pasa la posesión civil y natural de los bienes, por ministerio de la ley, al llamado a la sucesión, aun cuando algunos de estos bienes estuviese en poder de otra persona.

10a. Todas las fortalezas, cercas y edificaciones, así como las reparaciones y mejoras que se hicieren en los bienes del mayorazgo, ceden en beneficio del sucesor sin que éste tenga que indemnizar a la mujer, hijos ni herederos del último poseedor que las costease.

11a. Los mayorazgos se podían probar por la escritura de fundación, por testigos que depusieran sobre el tenor de dicha escritura y por costumbre inmemorial.

12a. En los mayorazgos todas las reglas cedían a la voluntad del fundador. De aquí que los mayorazgos irregulares fueran, en la práctica, innumerables.

Este principio, de la fuerza y voluntad excluyente del fundador sobre toda reglamentación, se ha transferido hasta las fundaciones que se erigen en nuestros días.

El carácter de fundación o de persona jurídica fue ratificada por Real Cédula del 4 de mayo de 1789, que se ha transferido hoy a las fundaciones: la autorización. La mencionada cédula, recogida por la Novísima Recopilación (Ley 12, Tit. 17, Lib. 10), determinó que cualquier persona que quisiera fundar mayorazgo, debía obtener previamente licencia real. Antes de la autorización, precedía averiguación sobre los siguientes extremos: si el mayorazgo llegaba a tres mil ducados de renta, por lo menos; si la familia del fundador podía aspirar por su clase social a ingresar en la carrera militar o política; y si el todo o la mayor parte de los bienes consistían en raíces. Antes de esta real disposición, la licencia era exigida sólo cuando se pretendía fundar con todos los bienes del fundador. Si se hacía fundación de mayorazgo sin perjudicar la legítima de los herederos forzosos, bastaba que el fundador tuviera capacidad para testar o contratar. Podía fundarse un mayorazgo por comisario testamentario, con arreglo a las instrucciones que el fundador fijase.

Podía perderse la posesión del mayorazgo por haber incurrido el poseedor en infamia de hecho o de derecho, por ingratitud, por disipación de los bienes si el fundador así lo hubiese establecido y por haber cometido alguno de estos tres delitos: lesa majestad divina y humana, sodomía y herejía. El mayorazgo pasaba al que siguiere en grado, según las reglas de la fundación, no del orden sucesorio. Los bienes del mayorazgo no podían ser confiscados por delito de su poseedor. Se tuvo en cuenta, para dictar esta norma legal, que se trataba de un bien de familia.

El que fundaba mayorazgo podía revocarlo o alterar los términos de la fundación, a menos que se hubiera hecho por contrato y hubiera mediado ya la tradición o entrega —real o simbólica— de los bienes o que el contrato se hubiere celebrado por causa onerosa con tercero. Se hacía también irrevocable el mayorazgo por juramento de no revocarlo, prestado por el fundador.

La agregación de bienes a mayorazgos ya fundados se regía por el derecho canónico relativo a la unión de obispados, prebendas y otros beneficios eclesiásticos, pues las leyes civiles nada establecieron sobre la materia. Tal agregación debía hacerse bajo las reglas de la fundación. Podía tener lugar por ministerio de la ley —como en los casos de accesión de bienes a otros que formaran parte del mayorazgo—; por costumbre cuando algún poseedor de mayorazgo compraba una heredad contigua a alguno de los bienes del mismo y los cultivaba indistintamente como si fueran una sola finca designándolos con un mismo nombre; por decisión del propio fundador, de algún poseedor o de otro pariente que quisiera así aumentar los bienes del mayorazgo con otros pertenecientes a su patrimonio particular; por disposición del fundador impuesta al primer llamado a la posesión del mayorazgo así como a sus sucesores para que con sus bienes propios, sin exceder de los límites legales, incrementen los del mayorazgo.

d) Patronatos y capellanías

Las Partidas definieron el patronato eclesiástico como un derecho concedido por la Iglesia para nombrar persona que haya de ser promovida a algún beneficio eclesiástico —con otros honores, utilidades y cargas, que tienen establecidos los sagrados cánones— en favor de algún individuo o corporación, por haber fundado, construido o dotado alguna iglesia por sí mismo, o por suceder legítimamente a los que lo hicieron (L. 1, Tit. 15, P. 1).

El derecho de patronato se adquiría originalmente por fundación, edificación, dotación, privilegio y prescripción (L. 15 Tit. 15, P. 1). Se transmitía por herencia o sucesión, por donación hecha con consentimiento del obispo o de la iglesia de donde se es patrono, por venta de la heredad a la cual estaba afectado el patronato y por trueque de un patronato por otro (L. 8, Tit. 15, P. 1). También se transmitía en caso de arriendo de alguna villa o heredad a la cual estuviera anexo, salvo pacto en contrario (L. 9, Tit. 15, P. 1).

La capellanía era una fundación en la cual se imponía la celebración de cierto número de misas anuales en determinada capilla, iglesia o altar, afectando para su sostenimiento las rentas de los bienes que se especificaban en el acto fundacional.

Las capellanías podían ser:

Mercenarias: (llamadas también *profanas* o *laicales*). Eran fundadas sin necesidad de aprobación del Pontífice ni del obispo u ordinario de la diócesis.

Colativas: sólo podían instituirse con autorización del Pontífice o del obispo, y en ellas correspondía al Ordinario la colación canónica institución del presentado o nombrado por el patrono, así como el cuidado de la conservación de sus bienes y del cumplimiento de sus cargas.

Gentilicias: se diferenciaban de las anteriores en que el patrono era siempre lego, mientras que en aquéllas podía ser lego o eclesiástico, a voluntad del fundador.

La fundación de capellanías podía hacerse por testamento o por contrato, conforme a la ley; pero fueron más comunes las testamentarias.

Los bienes de las capellanías fueron inalienables e imprescriptibles hasta que por las leyes desamortizadoras que se iniciaron con la real cédula de 25 de septiembre de 1798 se dispuso la enajenación de todos los bienes raíces propios de hospicios, casas de caridad y expósitos, hospitales, obras pías, memorias, patronatos de legos, cofradías y demás fundaciones de este tipo, mandando ingresar sus productos y los capitales de censos de igual procedencia que se fueren redimiendo, en la Real Caja de Amortización, bajo el interés anual del tres por ciento, para atender a la sustentación y demás derechos de los patronos.³⁰

11. El derecho de Indias

En Indias tuvo mucha aplicación el Código de las Partidas, por las razones que hemos dado y además, como diría Vélez Sarsfield al considerar la redacción del Código que se le encomendó por el Congreso de la República Argentina, "el Fuero Real, las doscientas y más leyes del Estado, el voluminoso cuerpo de Leyes de Partidas, seis grandes volúmenes de la Novísima Recopilación y cuatro de a folio de las leyes de Indias; además de todo esto, multitud de cédulas reales para América, comunicadas a las respectivas audiencias, que aún no se ha recopilado".

El ordenamiento legal para el Nuevo Mundo estaba compelido a atenerse a la Prescripción de 1571, según la cual el Consejo de Indias debía observar que "siendo de una misma Corona los reinos de Castilla y de Indias, las leyes del gobierno de los unos y los otros debían ser lo más semejante posible".

³⁰ OTS CAPDEQUI. Op. cit., T. I, p. 157 a 164.

América española contó con diversas recopilaciones de disposiciones legales. Vamos a valernos del Cedulaario Indiano, colección de Diego de Lencinas, publicado en Madrid en 1596 y de la Recopilación de Indias de 1680, por entender que con estos frondosos códigos (cuatro volúmenes el primero y dos el segundo) se cumplen los fines de nuestro trabajo.

Se dispuso una prelación, editada que fue la Recopilación de 1680: "Lo que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las Leyes de esa Recopilación... se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla conforme a la de Toro". Se trata de una colección de 83 leyes, reunidas en 1505, que reproduce con algunas alteraciones las del Ordenamiento de Alcalá de 1348, que hemos visto. La prelación de este ordenamiento fue reconocido también por la Nueva Recopilación de Castilla de 1567 y por fin por la Novísima Recopilación de las leyes de España, de 1805.

Se ha sostenido que "el orden de prelación determinado por la Ley de Citas no fue seguido en la práctica en el Virreinato del Río de la Plata, pues aquí se aplicaban generalmente las Partidas y la Nueva Recopilación".³¹ Creemos que toda la legislación que abarca dicha Ley de Citas se aplicó, según los casos, no sólo porque el propio codificador lo dice como hemos recordado, sino que, para afirmarlo, podemos basarnos en lo que enseñaron los profesores de derecho durante el periodo hispánico y sus publicaciones, las de los juristas indianos, así como el catálogo de las bibliotecas de los oidores y letrados de la época y las de los patriotas en toda América.

La tarea era bien dificultosa pues, además de esa profusión a veces inorgánica de disposiciones vigentes, corresponde mencionar que entre las fuentes del derecho indiano deben citarse los hechos no jurídicos productores de normas jurídicas y las fuentes indirectas de la historia jurídica, como las obras de los historiadores de Indias en general y la de los viajeros y autores de memorias y cartas.³² La legislación de Indias emana, pues, de fuentes diversas y heterogéneas, debiéndose agregar a este antecedente la circunstancia de su profusión. Para corroborar este aserto, baste decir que sólo en la Recopilación de Indias de 1680, donde no aparecen las leyes derogadas o en contradicción con las nuevas, se insertan 6.377 leyes.³³

³¹ MUSTAPICH, José María. "Dalmacio Vélez Sarsfield, el codificador", estudio preliminar a la edición del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960, del Código Civil de la República Argentina, p. 12.

³² ALTAMIRA, Rafael. "Técnica de investigación en la historia del derecho indiano", México, 1939, p. 81 y 159.

³³ LEVENE, Ricardo. "Historia del Derecho Argentino", Buenos Aires, 1945, Tomo I, p. 108.

a) *El Cedulaario Indiano de Diego de Encinas*

Considerado como "uno de los más importantes monumentos de la legislación dictada por España para el gobierno del Nuevo Mundo" supera incluso a la Recopilación de 1680 si se atiende a su valor como fuente histórica, ya que reproduce literalmente las disposiciones y en su mayor parte las recoge en su integralidad".³⁴

En efecto, siguiendo un orden relativamente cronológico y ordenado por materia, no sólo es dable conocer la disposición legal, sino, particularmente con la ayuda de las notas, el acontecer histórico y la referencia a la concordancia. Aunque por lo general reiterativa, y a veces hasta tres cédulas sobre el mismo objeto al mismo tiempo, su valor para nuestra materia ha resultado estimable.

La real cédula del 21 de septiembre de 1551 se refiere a la fundación de la Universidad de México, según la cual el monarca ha "ordenado que de nuestra Real hacienda se dé en cada un año para la fundación de dicho estudio y Universidad mil pesos de oro" (folio 201 del Cedulaario). Y se completa la dotación con mayores datos en el folio siguiente: Antonio de Mendoza, virrey que fue de México, propuso la creación de la Universidad de México y que "para principio de ello había dejado señalado por propios unas estancias suyas con ciertos ganados". Más adelante: "y para fundación de ella es su voluntad —refiriéndose al soberano— de mandar dar mil pesos de oro de cada un año, los quinientos de su Real hacienda, y los otros quinientos de penas de Cámara, entretanto que se asienta lo del repartimiento, en que está mandado que se señale alguna parte de tributos, para dotación de ella..." "y se gasten en ello los dichos mil pesos, que así mandamos dar, y lo que rentaren las estancias que el dicho don Antonio de Mendoza ha dado para ello". Se pueden hallar más especificaciones sobre el mismo asunto en otra cédula, de la misma fecha, incorporada al folio 203.

En nota marginal a la cédula del folio 201 se lee: "Por cédula de Su Majestad se mandó fundar una Universidad en Santo Domingo de la Isla Española, donde hubiere dos Cátedras... y se dotaron de los bienes que estuviesen situados para la dicha Universidad".

La fundación de un Colegio de estudios superiores, en que se enseñaba incluso derecho civil fue debida a Hernán Cortés, conforme lo consigna otra nota, al margen del folio 202: "Por una cláusula del testamento que hizo y

³⁴ GARCÍA GALLO, Alfonso. Estudio Preliminar, en "Cedulaario Indiano recopilado por Diego de Encinas", Reproducción facsímil de la edición única de 1596, Madrid, 1945, p. 7.

otorgó don Hernando Cortés, Marqués del Valle, mandó fundar en la villa de Coyoacán, que es de su marquesado, un Colegio a su costa, para que en él halla estudiantes que estudien Teología y Derecho Canónico y Civil, y el sucesor en su casa sea obligado de dar lo necesario para el edificio y sustento de dicha Casa".

Ese mismo año, algunos meses antes, el 12 de mayo de 1551, en cédula recogida en folio posterior, se da cuenta de haberse dispuesto la creación de una Universidad en Lima, en el Convento de Santo Domingo, y la nota marginal dice: "En conformidad con esta provisión, el virrey don Francisco de Toledo fundó otra Universidad en la Ciudad de los Reyes y la dotó" (folio 204). Por cédula, dada en Madrid el 17 de julio de 1572, se prohibió a la "Universidad del Monasterio de Santo Domingo otorgar títulos académicos: "no se den ningunos grados, a ningunas personas, en ninguna facultad" (Folio citado).

Dentro de la Universidad de Lima, por cédula del 23 de septiembre de 1580, firmada en Badajoz, se mandó fundar una cátedra de lo que no había precedente en ninguna universidad española: "y entre las cátedras que se instituyeron en dicha Universidad hubiere una de lengua general de los dichos indios". También, por disposiciones extensas y minuciosas, reiteradas en otras cédulas, se obligó a los evangelizadores y en general a los ministros del culto, a aprender las lenguas de los indios, indicándoles la obligación de examinarse ante el catedrático de la Universidad para alcanzar los empleos y misiones encomendados o a los que aspirasen.

Por cédula del 10 de octubre de 1558 "se hizo merced al Colegio de Niñas Recogidas de la ciudad de México "por tiempo de diez años", "de la mitad de todo el ganado mayor y menor que hubiese mostrenco y perdido en la Nueva España", decidiéndose asimismo hacer merced de la otra mitad. Otras mercedes para el mismo efecto fueron otorgándose al cumplimiento de los plazos, al punto que llegar a ser una costumbre, que aseguró la fundación del Colegio nombrado.

b) *La Recopilación de 1680*

Para el estudio de estas leyes, contamos con las valiosas notas puestas a su texto por Manuel José de Ayala. Este infatigable ordenador, que trabajó por más de cuarenta años con ese propósito, era americano. Había nacido en la ciudad de Panamá, el 26 de marzo de 1728. Estudió en el Colegio de San Agustín y San Diego de su ciudad natal, a cuya fundación había contribuido en forma notable su bisabuelo materno D. Rodrigo Calderón. Después de

alcanzar los grados superiores en la Universidad, pasó a Madrid, donde se desempeñó toda su vida como archivero en lo relativo a Indias.

Al igual que el Cedulaario Indiano, la Recopilación de Indias de 1680 y particularmente las notas nos permite conocer al mismo tiempo las disposiciones legales y las historias de las fundaciones, no sólo en el Nuevo Mundo, sino también, en algunos casos, en España.

El título XXII trata "De las Universidades y Estudios Generales y particulares de las Indias", en cincuenta y siete leyes. En todas ellas se advierte el extraordinario respeto que se observaba por la institución universitaria y la importancia que se da a la materia, tanto de parte del monarca y de los altos funcionarios del Consejo de Indias, como de todos los que se hallasen de algún modo vinculados a estas casas de estudios, traducido invariablemente en toda la reglamentación contenida y la glosada.

La Ley XXIII está referida a dos Cátedras de Medicina en la Universidad de Lima, cuya fundación fue dispuesta por el virrey del Perú con "el producto del estanco de Soliman"; el rey acordó se prosiguiesen esos nuevos estudios.

A los recursos para pagar a los catedráticos y ministros de la Universidad de Lima se refiere la Ley XXXV, fundada y dotada, como se sabe, por el virrey Francisco de Toledo en 1557, "con trece mil pesos ensayados", para la paga de 16 cátedras, dos bedeles y un secretario"... y "por cédula de 1589, se aprobó la dotación y situación en que por entonces fue de diez mil pesos ensayados; y después el virrey don Luis de Velasco, Marqués de Salinas, moderó las Cátedras y salarios, señalando para su sustento 8.540 pesos ensayados..."

Para respetar una tradición de los reyes de Castilla, que creaban y dotaban universidades, don Felipe II hizo merced, en el año 1582, a la Universidad de México, de tres mil pesos de oro de minas de renta cada año (Ley XXXVI y nota).

La Cátedra de Latinidad en Santiago de Chile era pagada con la dotación de sus fundadores, los jesuitas. Extrañados que fueron los de la Orden de San Ignacio, sucedieron en la Cátedra los dominicos y su costo pasó a pagarse de almojarifazgos (Ley LIII y nota).

"De los Colegios y Seminarios" trata el Título 23, en quince leyes. La Ley I dispone que se funden colegios seminarios, conforme al Concilio de Trento, y que los virreyes, presidentes y gobernadores los favorezcan y den el auxilio necesario. Tales establecimientos educacionales debían ser fundados de las arcas episcopales. La ley autoriza a los prelados, "para el caso de que ellos costeen la fundación" y "a cualquier otro individuo particular que haga el

gasto" poner sus armas. De allí que la Universidad de Córdoba, en la Argentina, lleve el escudo del obispo Trejo y Sanabria, y que el Colegio de Monserrat, de la misma ciudad, las armas de la familia del Dr. Ignacio Duarte y Quirós.

Se dispuso que el producto aplicado para el mantenimiento y sustento de dichos seminarios no debía invertirse en otros fines y que "en las ciudades donde hasta ahora no se han verificado dichas fundaciones, el referido producto se deposite en las iglesias catedrales, en arca de tres llaves, la una a cargo del vicepatrono, la otra del obispo, y la otra de un individuo del cabildo de la misma catedral, para que se funden luego que haya acopiado fondos suficientes" (Ley VII y nota).

El virrey Antonio de Mendoza hizo, a su costa, el Colegio de Indios de Santiago de Chile. Su sucesor, el virrey Luis de Velasco, pidió al emperador Carlos V mayores fondos y el soberano ayudó a esa fundación con doscientos ducados de Castilla (Ley XI y nota).

Con las fincas y dinero del obispo Vasco de Quiroga, segundo mitrado de la diócesis de México, se fundó el Colegio y Hospital de Michoacán. Esta fundación fue tomada bajo su protección por el emperador Carlos V. El Colegio tuvo cátedras de Cánones y de Leyes. Cuando fue menester reedificarlo, los gastos estuvieron a cargo del prelado Fr. Antonio de San Miguel Yglesias y de cuenta del cabildo eclesiástico, o al menos de algunos de sus canónigos, en el año 1793 ó 1794, en que se hizo la apertura de aulas de Jurisprudencia y Cánones (Ley XII y nota).

Para concluir debemos recordar que los dos ejemplares auténticos de la Recopilación que ordenó guardar Carlos II por su ley de 18 de mayo de 1680 (uno en el Archivo del Consejo de Indias y otro en el de Simancas) no han sido hallados hasta el presente. El texto y notas que hemos utilizado resultan más conocidos, particularmente después de 1945.³⁵ Se diferencia su estructura del Cedulaario Indiano, la Nueva Recopilación de las Leyes Castellanas (1567), los proyectos de Ovando y Zurita y otros. Los trozos o resúmenes de leyes que en la Recopilación de Indias de 1680 preponderan (a tal punto que de una sola ley originaria hace varias la Recopilación muy a menudo, dando a cada fragmento numeración y epígrafe diferentes), no son, casi nunca, un cosido o yuxtaposición de textos de diferentes reyes, aunque se cite el aporte individual de ellos, sino una refundición con texto nuevo en todo o en parte." Si la evolución de técnica jurídica se hubiera respetado, o al menos continuado

³⁵ JOSEF DE AYALA, Manuel. "Notas a la Recopilación de Indias", transcripción y estudio preliminar de Juan Manzano, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1945.

hasta el momento de adoptar la Recopilación de 1680, ésta hubiera tomado quizá una estructura diferente como ordenamiento de leyes, clasificándolas en la forma que nuestra terminología actual llama "orgánicas" o "especiales", en vez de ser un código articulado que desvanece en gran medida la relación histórica interna con sus orígenes.³⁶ Las notas, como las muy eruditas de Ayala, han suplido esa deficiencia estructural y nos han permitido conocer lo que en verdad era preciso, con relación a fundaciones y a los ejemplos de éstas en las Indias Occidentales.

³⁶ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. "Estudio sobre las fuentes de conocimiento del derecho indiano: Análisis de la Recopilación de las Leyes de Indias, de 1680", Buenos Aires, 1941, pp. 256 y 257.

que el gobierno central estimule la demanda a través de incentivos en sus partes y sectores. Los economistas Keynesianos sostienen que el producto nacional bruto crece en algún momento del crecimiento en el gasto público. Si la economía está sobrecalentada, la co- rrección Keynesiana sugiere que el presupuesto mantenga su nivel, pero todos los casos se asumen que la oferta agregada de algunos sectores autónomos y parcialmente cambia en la demanda.

TRIBUTACION Y LA TEORIA Y PRACTICA DE LA ECONOMIA DEL LADO DE LA OFERTA

DR. DAVID G. DAVIES

Duke University

Traducción:

JESÚS A. LÓPEZ HEREDIA

INTRODUCCION

LA INSIGNIFICANTE TASA de crecimiento de la mayoría de economías desarrolladas y subdesarrolladas ha conducido a una creciente decepción del largo reinado de políticas económicas Keynesianas asociadas con la ortodoxia liberal. Muchos analistas localizan las raíces de los problemas económicos actuales en estas políticas adoptadas por el gobierno. Un creciente número de personal académico, funcionarios de gobierno, prominentes hombres de negocios e investigadores independientes cuestionan el juicio de los programas gubernamentales de impuestos y gastos que invocan repetidos y masivos déficits a pesar de la existencia de niveles record de empleo y de un uso casi completo de planta y equipo.

EL COLAPSO DE LOS MODELOS ECONOMETRICOS KEYNESIANOS

De acuerdo con la doctrina económica Keynesiana, el empleo y el producto nacional bruto están determinados por la demanda agregada. Asimismo, las bajas tasas de crecimiento económico y el desempleo son causadas por la falta de gasto público.

La economía Keynesiana convencional requiere que los responsables de diseñar la política económica manipulen la demanda agregada mediante el uso de política fiscal y monetaria para influir en el gasto de los consumidores, empresas y gobiernos. Si el problema es desempleo, el tratamiento normal re-