

# PARA UNA COMPARACIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LAS *PIAE CAUSAE* DEL DERECHO ROMANO JUSTINIANO CON EL *WAQF* DEL DERECHO ISLAMICO

Francisco Cuenca Boy

Sumario: **PROLEGÓMENOS:** I. **Introducción;** II. **El problema de la influencia del derecho romano sobre el derecho islámico:** 1. Introducción; 2 y 3. Argumentos en contra; 4. Argumentos a favor. **PARTE ANALÍTICA:** III. **El *waqf* como institución del derecho islámico. Concepto y clases, origen:** 1. Introducción; 2. Concepto y clases; 3. Origen. IV. **El *waqf* como institución del derecho islámico (sigue). Régimen jurídico y función socio-económica:** 1. Introducción; 2. Régimen jurídico; 3. Finalidad. V. **Las *piae causae* del derecho romano justiniano:** 1. Introducción, planteamiento y advertencias; 2. Ensayo previo de caracterización en las Novelas de Justiniano; 3. Crítica del argumento terminológico. VI. **Estudio institucional de las *piae causae*:** 1. Introducción; 2. Régimen jurídico; 3. Finalidad. **SÍNTESIS COMPARATIVA:** VII. **Semejanzas y diferencias entre las fundaciones piadosas del derecho romano justiniano y las del derecho islámico:** 1. Introducción; 2. Comparación.

## PROLEGÓMENOS

### I. INTRODUCCIÓN

1. El impulso inicial para emprender este estudio procede de la lectura de la obra clásica de WEBER, *Economía y sociedad*. En ella, en efecto, hay algunas observaciones que señalan un posible enlace entre el *waqf* del derecho islámico y las fundaciones piadosas del derecho romano-bizantino, un nexo, al menos, de analogía en los propósitos, pero quizás también de derivación del primero respecto de las segundas<sup>1</sup>. No ha sido

---

1 M. WEBER, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, Madrid, 1993, p. 572: "(...) el aseguramiento de rentas perpetuas para la propia familia disfrazábase en Bizancio bajo la forma de fundaciones de conventos con la reserva de la administración y el derecho a utilidades. Las fundaciones de este tipo pasaron luego a los *wakufs* del derecho islámico, instituciones que, como es bien sabido, desempeñaron en el Islam un papel importantísimo, incluso desde el punto de vista económico"; p. 834: cierto tipo de instituciones monásticas bizantinas y el *wakuf* de la Edad Media islámica, *surgido en evidente contacto con esta forma jurídica*, son "una forma especial de artificial inmovilización de los bienes"; p. 912: "El fideicomiso (pues, en rigor, no se trata de otra cosa) que así se forma es desde entonces un bien eclesiástico, y en calidad de tal no puede ser atacado por el poder secular sin que se cometa un sacrilegio. Una parte considerable del *wakuf* islámico (donaciones de fincas), que desempeñó un papel muy importante en todos los Estados orientales, parece deber su origen a propósitos análogos". Véase cómo se cierra el círculo de las influencias según WEBER, p. 835 (recogiendo la opinión de C.H. BECKER): "la inmovilización sumamente persistente de la propiedad acumulada en forma de sumisión al *wakuf*... ha tenido una gran importancia para el desarrollo económico de Oriente. (A través de España se introdujo luego en Alemania, hacia el siglo XVII, la institución del 'fideicomiso' profano, que constituía probablemente una imitación secularizada del *wakuf*)".

WEBER el único que ha llamado la atención sobre el paralelismo existente entre estas dos instituciones; así, por ejemplo, en el campo de la literatura romanística se debe recordar la sintética exposición sobre el *waqf* islámico, enmarcada en el tratamiento de las *Stiftungen*, que SCHNORR VON CAROLSFELD incluyera en su *Geschichte der juristischen Person*<sup>2</sup>, y en el más amplio campo de la historia del derecho, debe mencionarse también un libro reciente de BAYER sobre los presupuestos históricos de la discusión doctrinal en torno al fideicomiso de familia que contiene un interesante capítulo sobre el origen y la historia del *waqf*<sup>3</sup>. Estas dos referencias indican, por cierto, dos de los aspectos en los que podría centrarse, entre otros muchos, la investigación sobre la relación de los *awqāf* con las fundaciones del derecho romano justiniano, a saber, el tema de la personalidad jurídica y el de la naturaleza fiduciaria en sentido amplio de por lo menos algunas de estas instituciones. Pero antes de abordar cuestiones técnicas como las apuntadas, y dado que la institución del *waqf* es frecuentemente mencionada como piedra de toque a estos efectos<sup>4</sup>, con carácter previo es indispensable referirse a la debatida cuestión de la influencia que el derecho romano pudo haber ejercido sobre el derecho islámico en el período formativo de éste, que es cuando, merced a la expansión política y militar musulmana, pudo producirse un contacto más directo entre los dos ordenamientos.

## II. EL PROBLEMA DE LA INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO SOBRE EL DERECHO ISLÁMICO

1. Es obvio que nos encontramos ante una cuestión muy discutida sobre la cual se han formulado opiniones totalmente dispares. Es decir, por un lado, opiniones que subrayan la existencia histórica de condiciones para que aquella influencia pudiera darse y aun para que su efecto llegara a ser realmente vasto y profundo, y por otro, opiniones que rechazan del modo más absoluto la posibilidad tanto histórica como ideológica de que el derecho romano haya podido ejercer influencia alguna sobre el derecho islámico.

2. Podemos sintetizar los argumentos en los que se basa esta segunda postura valiéndonos de un trabajo antiguo de HASSAM que aborda ex profeso el tema que nos interesa<sup>5</sup>.

a) En sustancia, este estudioso subraya los siguientes datos: 1) la ciencia del *fiqh* (o sea, la ciencia del derecho islámico o jurisprudencia islámica) estaba llamada a desenvolverse dentro del cuadro general trazado por la voluntad divina; sin embargo,

---

2 L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person*, erster (einziger) Band: *Universitas, corpus, collegium im klassischen römischen Recht* (1933), Aalen, 1969, pp. 47 ss.

3 B. BAYER, *Sukzession und Freiheit. Historische Voraussetzungen der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Auseinandersetzungen um das Institut der Familienfideikomisse im 18. und 19. Jahrhundert*, Berlin, 1999, cap. III: Herkunft und Geschichte der Institution des Wakf im islamischen Recht, pp. 56-65.

4 Vid. por ej. C. CAHEN, "Réflexions sur le *waqf* ancien", en *Studia Islamica* 14 (1961) = ID., *Les peuples musulmans dans l'histoire médiévale*, Damas, 1977, pp. 301 s.; J. SCHACHT, *Introduction au Droit musulman*, Paris, 1983, pp. 27 s.; ID., "Law and Justice", en *The Cambridge Encyclopaedia of Islam*, vol. II, pt. VIII/cap. 4, beginning with pg. 539, <<http://www.fordham.edu/halsall/med/schacht.html>>; N.J. COULSON, *Historia del Derecho islámico*, Barcelona, 1998, p. 37; J. AGUILERA PLEGUEZUELO, *Estudios de las normas e instituciones del Derecho islámico en Al-Andalus*, Sevilla, 2000, p. 25. Otras referencias se irán añadiendo en las notas correspondientes.

5 A.-R. HASSAM. "Le Droit musulman et le Droit romain", en *Archives d'Histoire du Droit Oriental* 4 (1949) pp. 301-321 (con observaciones de M.J. WIGMORE, pp. 317-321).

para los musulmanes el derecho es una disciplina autónoma de carácter eminentemente secular, por lo menos en cuanto a su finalidad. 2) En época preislámica los árabes poseían un derecho esencialmente consuetudinario algunas de cuyas instituciones fueron incluso consagradas por el Islam; por otro lado, las reformas jurídicas realizadas por el Islam constituyen principalmente una reacción contra las tendencias generales de tal derecho preislámico. 3) El derecho musulmán tiene una impronta religiosa o moral que constituye el rasgo más destacado del sistema jurídico islámico y que carece de equivalente en el derecho romano ni siquiera en las épocas en las que éste sufre la influencia de la religión cristiana. 4) El contenido del sistema jurídico musulmán quedó casi definitivamente fijado, al margen de cualquier influencia exterior, en la primera mitad del primer siglo de la Hégira; esta formación tan rápida impidió la infiltración de elementos extranjeros cuando, a raíz de la conquista, el derecho musulmán se introdujo en territorios del Imperio bizantino.

Al lado de estos datos “históricos” y “racionales” que impiden adherirse a las pretensiones relativas a la influencia ejercida por el derecho romano sobre el derecho musulmán, HASSAM menciona también las “diferencias fundamentales” que separan ambos sistemas en el terreno de la técnica jurídica: 5) como consecuencia de la íntima relación que le une a la religión, el sistema jurídico musulmán exhibe una acentuada tendencia moralizadora que se hace plenamente evidente en el ámbito del derecho privado y que no se encuentra de igual forma ni con la misma profundidad en el derecho romano, ni tan siquiera en la última etapa de su evolución. 6) A diferencia del derecho romano, el derecho musulmán parte de una clara separación entre el derecho subjetivo y la acción que le conduce a consagrar la imprescriptibilidad de los derechos subjetivos. 7) La idea de la personalidad jurídica, como expediente de pura técnica que los romanos emplearon para reconocer como sujetos de derecho a entidades distintas de las personas físicas, es completamente desconocida en el derecho musulmán.

La conclusión de HASSAM, expresada con sus propias palabras, no puede ser más enérgica: “la prétendue influence exercée par le droit romain sur le droit musulman ne saurait être aisément conçue ni d’après les données historiques concernant la formation de ce dernier, ni d’après l’analyse de sa structure technique générale. Rien de plus faux que de prétendre que le système juridique musulman a été copié sur le système juridique romain ou même qu’il en a subi une influence directe”<sup>6</sup>.

b) Aquí no podemos entrar en el mérito y la exactitud de todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por HASSAM<sup>7</sup>. Pero sí conviene aclarar todavía lo siguiente. Este autor considera que la tesis que él combate concede demasiada importancia a coincidencias o parecidos que vienen impuestos por la misma naturaleza de las cosas, pero sin que exista la posibilidad de una interpenetración real; en consecuencia, le parece peligroso fijarse en la “identidad de ciertas instituciones o de ciertas reglas fragmentarias” en el derecho romano y el derecho musulmán para llegar a afirmar la existencia de una influencia real del primero sobre el segundo; según su opinión, el examen del problema sobre el terreno de las cuestiones de detalle sólo agrava las dificultades y conduce con frecuencia a conclusiones superficiales e inexactas<sup>8</sup>. En particular, la semejanza más o

---

6 HASSAM, *o.c.*, p. 317.

7 Es evidente sin embargo que sobre el tema de la relación entre derecho y acción en el derecho romano y sobre el del reconocimiento de personalidad jurídica a las asociaciones y fundaciones habría mucho que precisar; alguna atención tendremos que dedicar después a este último asunto. Objeciones de forma y fondo pueden oponerse también a la presentación que hace G.M. BADR, “Islamic law: its relations to other legal systems”, en *American Journal of Comparative Law* 26 (1978) pp. 191 s., de por lo menos dos de los tres aspectos fundamentales del derecho romano (*paterfamilias-patria potestas* y contratos) que pone como ejemplos de diferencias insalvables con el derecho islámico.

8 HASSAM, *o.c.*, pp. 311 s.; la misma línea argumental es seguida por WIGMORE, *ibid.*, pp. 319 ss.

menos accidental que existe entre determinadas instituciones islámicas y determinadas instituciones romanas en el campo del derecho de bienes es más aparente que real<sup>9</sup>.

Pues bien, lo que nos importa destacar de este conjunto de observaciones es el implícito reconocimiento que ellas suponen de la existencia de semejanza (HASSAM, como hemos visto, llega a emplear la palabra “identidad”) entre algunas instituciones islámicas y otras romanas. Además, si estas semejanzas se deben a la simple naturaleza de las cosas, como pretende este autor<sup>10</sup>, o si son resultado de un préstamo, es un problema cuya solución sólo se puede intentar atendiendo, precisamente, a las cuestiones de detalle. Porque una cosa es la necesidad de tomar en consideración la perspectiva general del derecho islámico, sobre lo cual no hay nada que discutir, y otra cosa distinta es que la consideración de la perspectiva general nos obligue a aceptar *a priori* y sin examen<sup>11</sup> la originalidad islámica de una institución que ha podido llegar al derecho musulmán a través de alguna de sus fuentes complementarias, como parece sugerir HASSAM con el escaso fundamento de la radical transformación que aquella institución ha experimentado sin duda para adaptarse al sistema jurídico al que se incorpora<sup>12</sup>. En el caso concreto del *waqf*, y salvo que hubiera pruebas históricas contundentes de su formación absolutamente original e independiente, las cuestiones de detalle, según las adjetiva HASSAM, podrían llegar incluso a relativizar la importancia asignada por este autor a la perspectiva global del derecho islámico; esto es lo que sucedería, en efecto, si se lograra demostrar un alto grado de coincidencia de los rasgos estructurales y funcionales del *waqf* islámico con los de las fundaciones piadosas del tardío Imperio romano.

3. Aún se esgrimen otras razones para excluir la influencia del derecho romano sobre el derecho musulmán<sup>13</sup>.

a) En primer lugar, muerto el emperador Justiniano unos cincuenta años antes de la expansión del Islam, aquella influencia podría haberse ejercido a través de las escue-

9 HASSAM, *o.c.*, pp. 312 s.

10 Y no sólo él: cfr. A. D'EMILIA, “Per una comparazione fra le *piae causae* nel diritto canonico, il *charitable trust* nel diritto inglese e il *waqf khayrī* nel diritto musulmano”, en *Atti I Congresso di Diritto Comparato I*, Roma, 1953 = ID., *Scritti di diritto islamico*, Roma, 1976, p. 276; BADR, *o.c.*, p. 191.

11 La tesis de HASSAM puede ser considerada como un ejemplo de “holistic approach to legal cultures” y tiene los inconvenientes característicos de este tipo de planteamientos globalizadores; vid. al respecto M. GRAZIADEI, “Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures”, en *Rivista Critica del Diritto Privato* 17/3 (1999), <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/critica/graziadei.htm>>: “First, the holistic approach to legal cultures dispenses its proponents from systematic investigation of the rules followed in a given society. Second, such an outlook on the law downplays the role of legal transplants or the circulation of legal models as a factor of legal change. From the holistic perspective, the study of such phenomena cannot reveal much about the distinctive features of a legal culture... In the end, therefore, this predicament fails to tell us all that we can learn by comparing the world’s legal systems”. En cuanto a “la naturaleza de las cosas” como factor determinante de eventuales parecidos entre las normas islámicas y las de otros órdenes jurídicos, vid. R. CHARLES, *Le droit musulman*<sup>6</sup>, Paris, 1982, pp. 19 s., rechazando expresamente que la simple coincidencia de determinismos sociológicos y geográficos pueda explicar las numerosas similitudes que hay entre la *Sunna* y los derechos judío y romano.

12 HASSAM, *o.c.*, p. 309: “même dans le cas où une institution donnée se glisse dans le droit musulman à travers l’une ou l’autre des sources complémentaires, cette institution ne conserve pas sa réelle individualité. Elle s’incorpore dans le système juridique et perd sa propre physionomie pour pouvoir être parfaitement moulée sur la technique de ce système”. Esto es una obviedad que nadie discute seriamente, pero el hecho de que el “espíritu” de un sistema jurídico no pueda ser transplantado a otro sistema no elimina la posibilidad de préstamos de reglas, instituciones, conceptos y estructuras jurídicas determinadas; cfr. J. SCHACHT, “Foreign Elements in Ancient Islamic Law”, en *Journal of Comparative Law and International Law* 32 (1950) p. 10; y en general A. WATSON, “Legal Transplants and European Private Law”, en *EJCL* 4.4 (December 2000), <<http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>>, *passim*.

13 Cfr. S. VESEY-FITZGERALD, “The alleged debt of Islamic Law to Roman Law”, en *The Law Quarterly Review* 67 (Jan. 1951) pp. 81 ss., esp. 87 ss.; BADR, *o.c.*, pp. 192 s.; AGUILERA PLEGUEZUELO, *o.c.*, pp. 15, 24 s., 81; también WIGMORE, *apud* HASSAM, *o.c.*, pp. 318 s., 320 s.

las de derecho romano de Beirut, Alejandría y Cesaréa. Sin embargo, la escuela de Beirut desapareció mucho antes de la llegada del Islam como consecuencia del terremoto del año 551, y las de Alejandría y Cesaréa fueron clausuradas, se dice, por el propio Justiniano el 16 de diciembre del año 533<sup>14</sup>. En segundo lugar, si los juristas musulmanes (alfaqúes) hubieran tenido conocimiento de las obras jurídicas romanas y bizantinas, seguramente las habrían traducido al árabe o las habrían citado, como hicieron con los libros científicos, literarios y filosóficos de griegos y persas. En cambio, hasta aproximadamente el año 1000 d.C. ningún libro jurídico bizantino fue traducido al árabe ni se conoce tampoco ninguna cita de esta naturaleza en los tratados de *fiqh*.

b) Sin duda estos argumentos son más concretos que los expuestos por HASSAM. Pero a la vez no dejan de ser excesivamente formalistas y en cierto modo apriorísticos, pues parece que su consecuencia es también descartar la viabilidad y la eficacia de un estudio comparativo entre reglas o instituciones determinadas, como puedan ser, en nuestro caso, el *waqf* islámico y las fundaciones piadosas del derecho romano justinianeo. Quizás no se pueda llegar hasta descubrir un vínculo claro de derivación o de influencia directa entre el primero y las segundas, pero al menos, la confirmación de la existencia de fuertes semejanzas entre estas instituciones, aparte de ser en sí misma un resultado estimable, también tendría el valor de un indicio en relación con la verdad de aquel vínculo.

4. Consideremos ahora brevemente las razones de aquellos que defienden la influencia del derecho romano sobre el derecho islámico.

a) Para empezar, debemos prescindir de algunas opiniones antiguas que, sobre la base de argumentos generales<sup>15</sup>, sencillamente hacen del derecho islámico una copia del derecho justinianeo convenientemente corregido para adecuarlo al espíritu del Islam y a las necesidades de los musulmanes<sup>16</sup>. Con toda certeza, en su escueta formulación esta tesis es excesiva y contraria a cualquier verosimilitud histórica.

b) En cambio, el problema que nos ocupa ha sido abordado también de otra forma mucho más atenta a la marcha general de los acontecimientos históricos. De acuerdo con este planteamiento más riguroso, un primer dato a tener en cuenta es que la formación

14 Se alude a la *const. Omnem*, c. 7; vid. sin embargo G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, pp. 550 ss.

15 La insuficiencia del Corán desde el punto de vista jurídico, la activa presencia del derecho romano bizantino en algunos de los territorios conquistados por los árabes en el primer siglo de su expansión (Siria, Egipto, el norte de África), el ejemplo de lo ocurrido en el campo de las ciencias y la filosofía, el supuesto conocimiento del derecho greco-romano por juristas musulmanes como AL-AWSAÍ y AL-SHAFÍ, etc.

16 Un ejemplo: “the best part of Islamic law is really but a republication of Justinian Roman law, adapted for Moslems an clothed in Arabic dress” (Ch.P. SHERMAN, *Roman law in the modern world*, vol. I. *History of Roman law and its descendants into English, French, German, Italian, Spanish, and other modern law* [1917], Littleton, Colorado, 1993, p. 178); la exposición de Sherman comprende dos párrafos sobre el asunto (núms. 187 y 188) y se basa en las ideas de ION, GOLDZIEHER y AMOS; este último afirmaba lo siguiente (cit. por SHERMAN, *ibid.*, p. 181): “If... the Mohammedan religion is nothing but Hebraism adapted to an Arabian soil, it seems also true that Mohammedan law is nothing but the Roman law of the Eastern Empire adapted to the political conditions of the Arab dominions”; más concreto, I. GOLDZIEHER, “Principles of law in Islam”, en *Historian's History of the World*, vol. 8, New York, 1907, pp. 296 y s. (cit. por SHERMAN, *ibid.*, p. 180), pensaba que los términos árabes para designar la jurisprudencia y los juristas (respectivamente *fiqh* y *fuqaha*, sing. *faqih*) no son sino la traducción de los términos romanos (*ius*) *prudentia* y *prudentes*, y que ello es una clara indicación de una de las principales fuentes de la jurisprudencia islámica “even if we had no positive data to prove that this influence extended both to questions of the principle of legal deduction and to particular legal provisions”; y aún añadía lo siguiente: “the Islamite *prudentes* assumed the prerogative of an authoritative subjective *opinio*; for *r'aj* [*rajh*], as it is called in Arabic, is a literal translation of the Latin term”. Sobre el valor científico de las concepciones de GOLDZIEHER, vid. de todos modos, con opiniones opuestas, SCHACHT, “Foreign Elements” cit., p. 11, *Id.*, “Droit byzantin et droit musulman”, en (Accademia dei Lincei. Fondazione A. Volta) *Atti dei convegni*, 12, *Convegno di scienze morali, storiche e filosofiche: Oriente e Occidente nel Medio Evo*, Roma, 1957, pp. 198 s., y VESEY-FITZGERALD, *o.c.*, pp. 82 s., 92 ss.

del derecho musulmán se produce gradualmente a lo largo del primer siglo o siglo y medio del Islam, de manera que sólo cuando los Omeyas son destronados por los Abasies (en el año 750/132 de la Hégira) los rasgos esenciales de aquél pueden darse por definitivamente adquiridos<sup>17</sup>. Se ha subrayado además que Mahoma no se propuso crear un ordenamiento jurídico sino un cuerpo de normas morales y sociales de conducta, y de ahí la insuficiencia de la revelación coránica desde el punto de vista del derecho<sup>18</sup>. Tras la muerte del Profeta, acaecida en el año 632/11, al lado del Corán<sup>19</sup> se van situando otras fuentes, raíces o “principios del derecho” (*usūl al-fiqh*) que tratan de dar respuesta a los múltiples problemas jurídicos sobre los que aquél guardaba silencio: la *Sunna* o tradición oral de los hechos y dichos de Mahoma, basada en los *hadizes* (*ahādīṭ*) que sólo en el siglo IX fueron recopilados en colecciones escritas; el *īymā*<sup>c</sup> o consenso de la comunidad islámica o de los doctores de la ley de una región o ciudad o de una época determinada; y el *qiyās* o interpretación de la ley, el cual puede manifestarse como razonamiento por analogía (*qiyās* en sentido propio), como razonamiento deductivo (*īyṭihād*) o como razonamiento individual (*ra'y*)<sup>20</sup>. En tercer lugar, se debe valorar el hecho de que el desarrollo paulatino de dos de estas fuentes (del *īymā*<sup>c</sup> primero y después del *qiyās*<sup>21</sup>) corriera en paralelo con la primera gran expansión política y militar del Islam, que se extiende con extraordinaria rapidez por territorios del Imperio bizantino poblados por gentes de religión cristiana que vivían bajo el derecho romano<sup>22</sup>.

c) Estos datos apuntan hacia una conclusión bien fácil de intuir<sup>23</sup>. Si la virtualidad jurídica del Corán y la *Sunna* era ya de por sí demasiado limitada como para poder disciplinar en todos sus aspectos la vida de relación de los musulmanes en su solar original de Arabia, esa misma normativa era aún mucho menos apta para dar respuesta a las múltiples necesidades y los muy complejos problemas jurídicos y administrativos originados por el dominio de aquellos territorios y por la convivencia con aquellas poblaciones. Los califas Omeyas, sus gobernadores y los jueces subordinados a ellos (los *qudāt*, plural de *qādī*) tuvieron que trabajar mucho y muy deprisa, al ritmo impues-

17 Así SCHACHT, “Droit byzantin” cit., pp. 200 s.; ID., *Introduction* cit., p. 49; ID., “Law and Justice” cit. (Internet); según este estudioso, la regulación definitiva del *waqf* data de los primeros tiempos de los Abasies.

18 Vid. COULSON, *o.c.*, pp. 21 ss.; para una aproximación de carácter sociológico, cfr. C.H. BECKER, “Islam und Wirtschaft”, en ID., *Islamstudien* vol. I, Leipzig, 1924, pp. 56 s.

19 Cuya redacción queda fijada de forma definitiva hacia el año 651/29 por mandato del califa Utman.

20 J. MARTOS QUESADA, *Introducción al mundo jurídico de la España musulmana*, Madrid, 1999, pp. 17 ss., y AGUILERA PLEGUEZUELO, *o.c.*, pp. 25 ss., ofrecen sendos panoramas generales sobre el desarrollo histórico de las fuentes del derecho islámico y la importancia relativa de cada una de ellas; con mayor amplitud, vid. T.M. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil musulmán. Precedido de una introducción al Advenimiento del Islam*, Buenos Aires, 1981, pp. 150 ss., sobre el Corán y la *Sunna*, y pp. 158 ss., sobre el *īymā*<sup>c</sup> y el *qiyās*; vid también COULSON, *o.c.*, pp. 85 ss., así como las entradas correspondientes del índice alfabético.

21 Vid. sobre este punto MARTOS QUESADA, *o.c.*, pp. 19 s. En el desarrollo del razonamiento analógico (*qiyās*) durante el califato de los Abasies habría tenido influencia la curiosidad de los intelectuales islámicos hacia la lógica y la filosofía helenísticas presentes en Mesopotamia; en este proceso, durante los dos primeros siglos de la Hégira podrían haber desempeñado un papel importante los conversos de cultura griega pertenecientes a las clases elevadas, personas cuyo estándar educativo incluía ciertos conocimientos de derecho; cfr. SCHACHT, “Foreign Elements” cit., pp. 13 s.; ID., “Droit Byzantin” cit., pp. 201 s.; ID., *Introduction* cit., pp. 28 s.; ID., “Law and Justice” cit. (Internet); AGUILERA PLEGUEZUELO, *o.c.*, pp. 13 s., 29.

22 Siria (636), Jerusalén (638), Mesopotamia bizantina (639-640), Egipto (definitivamente desde el año 646), etc.; vid. G. OSTROGORSKY, *Historia del Estado Bizantino*, Madrid, 1983, pp. 122 ss.; H. PIRENNE, *Mahoma y Carlomagno*, Madrid, 1978, pp. 123 ss.

23 Acerca de lo que sigue, vid. SCHACHT, “Droit byzantin” cit., pp. 204 s.; ID., *Introduction* cit., pp. 27 ss.; ID., “Law and Justice” cit. (Internet); J. RIOSALIDO (ed.), *Compendio de Derecho islámico (Risāla fi-l-fiqh) de Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī*, Valladolid, 1993, p. 15; A. CILARDO, “Il problema dell’influsso dei diritti stranieri sul diritto musulmano”, en *Alifbā* 5 (1985) 67 ss.; MARTOS QUESADA, *o.c.*, pp. 21 s.; AGUILERA PLEGUEZUELO, *o.c.*, p. 24; sobre todo CHARLES, *o.c.*, pp. 19 ss., y COULSON, *o.c.*, pp. 36 ss.

to por la vertiginosa expansión, para encauzar todo ese nuevo caudal de problemas y necesidades. Las estructuras administrativas anteriores a la conquista fueron preservadas en medida considerable, a la vez que el contrato de *dimma* permitió a las comunidades cristianas y judías (los *dimmies*) conservar su propia ley personal, sus instituciones jurídicas tradicionales e incluso sus tribunales eclesiásticos y rabínicos. Se produce entonces el contacto con el derecho romano y la ocasión para la influencia de éste sobre el embrionario derecho musulmán queda servida.

En efecto, en la situación que venimos describiendo es razonable pensar que el consenso (*iyṁā*<sup>c</sup>) y el razonamiento analógico (*qiyās*) hayan podido facilitar la adopción o asimilación de elementos jurídicos vivos entre las poblaciones sometidas (a título de usos o costumbres, *urf*), puesto que, amén de la urgencia de la situación, los aspectos técnicos involucrados en dichos elementos podían, según los casos, aparecer indiferentes a los ojos de la religión y la moral islámicas. En cuanto al origen de tales préstamos, si es que podemos servirnos de este concepto, los autores no dudan en señalar, entre otras procedencias, el derecho romano y bizantino e incluso el derecho canónico de las Iglesias orientales<sup>24</sup>. Y entre los ejemplos que se suelen mencionar figura regularmente la institución que nos proponemos analizar: el *waqf*<sup>25</sup>.

## PARTE ANALÍTICA

### III. EL *WAQF* COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO ISLÁMICO. CONCEPTO Y CLASES, ORIGEN

1. El presupuesto de fondo del análisis que nos proponemos realizar es la idea de que “la circulación de modelos jurídicos y trasplantes legales es posible incluso a través de fronteras (no sólo geográficas, matizaríamos nosotros) que actualmente nos parecen difíciles de transpasar”<sup>26</sup>. La posibilidad (en principio sólo esto) de que la historia haya deparado un contacto fructífero entre los órdenes jurídicos romano-griego y musulmán, suficientemente acreditada en el apartado anterior, es lo que nos brinda la oportunidad de efectuar este estudio comparativo del *waqf* y las *piae causae*. Como ya hemos adelantado, ulteriores conclusiones más concretas acerca de la influencia que éstas hayan podido ejercer sobre aquél quedarán probablemente fuera de nuestro alcance, pero los resultados de nuestra comparación podrán contribuir eventualmente a dilucidar también este punto<sup>27</sup>.

---

24 Dado el cuadro histórico que hemos caracterizado, no tienen gran fuerza la objeciones de WIGMORE, *apud* HASSAM, *o.c.*, pp. 318 s., contra la posibilidad de que los “libros de derecho romano cristianizado” hayan sido utilizados en el siglo VIII/II por ABU HANIFA y MALIK IBN-ANAS y sus seguidores.

25 Un autor como NALLINO, que tiende a minimizar la influencia del derecho romano sobre el derecho musulmán (cfr. C. A. NALLINO, “Considerazioni sui rapporti fra diritto romano e diritto musulmano”, en *Id.*, *Raccolta di scritti editi e inediti*, vol. IV. *Diritto musulmano, diritti orientali cristiani*, Roma, 1942, pp. 85 ss.), dice sin embargo literalmente lo siguiente: “Probabile è anche un influsso bizantino sul sorgere e svilupparsi di quel tipo di *waqf* che si dicono di famiglia e che non appartengono alla fase antica del diritto islamico”: vid. C. A. NALLINO, s.v. “Diritto musulmano”, en *NNDI* 5 (1960) pp. 947 s. Sobre los argumentos con los que NALLINO intenta desacreditar la posibilidad de que el derecho romano influyera sobre el antiguo derecho islámico, vid. SCHACHT, “Foreign Elements” cit., pp. 11 s.

26 GRAZIADEI, *o.c.* (Internet).

27 BADR, *o.c.*, p. 196, advierte que lo único que prueban las semejanzas sustantivas que existen entre el *waqf* islámico y el *trust* inglés es la posibilidad de que el primero haya sido el modelo para el segundo, no que la institución del *common law* haya derivado realmente de la más antigua institución islámica. No se nos negará entonces la legitimidad de hacer un planteamiento semejante para nuestra comparación del *waqf* con las *piae cause*.

Una advertencia preliminar sobre los términos jurídicos árabes y su transcripción a nuestro alfabeto. En general hemos utilizado las transcripciones que se recogen en el vocabulario de MAÍLLO SALGADO<sup>28</sup>. Por lo que se refiere específicamente a la institución que nos proponemos estudiar, la grafía *waqf* (plural *awqāf*) está bastante extendida entre los escritores de lengua francesa, italiana, inglesa y española, mientras que los de lengua alemana normalmente prefieren escribir *Wakf*. También se emplea con el mismo significado la palabra de forma plural *habūs* o *habous*.

2. *Concepto y clases.* *Waqf* es una voz técnica del derecho musulmán que designa en primer lugar el acto jurídico por medio del cual algunas cosas son excluidas del comercio con el objeto de aplicar su uso o sus rendimientos a fines determinados o en beneficio de determinadas personas. El uso lingüístico es responsable de la extensión del mismo término también a las cosas o bienes sobre los cuales el propietario renuncia al poder de disposición, con la prescripción de que sus utilidades sean dedicadas al fin establecido por él<sup>29</sup>.

Aunando los elementos anteriores con el especial carácter del fin propio del *waqf*, una buena definición es la siguiente: la institución que estamos empezando a considerar consiste en “inmovilizar (*waqafa*) el capital (*raqaba*) de un bien (*māl*) destinando su rendimiento (*mafa'a*) a beneficiarios, para satisfacer una finalidad piadosa (*qurba*)”<sup>30</sup>.

Conforme a esta definición, características fundamentales de esta institución son la intransferibilidad de los bienes constituidos en *waqf*, consecuencia del carácter perpetuo de la afectación a su destino<sup>31</sup>, y la intención piadosa de la finalidad a la que debe destinarse el uso o los rendimientos de tales bienes. Ahora bien, esta intención piadosa o caritativa debe ser comprendida en el lato sentido de la preocupación por acercarse a Dios o ser grato a Dios (*qurba*)<sup>32</sup>, lo que no se concreta necesariamente y directamente en una coloración religiosa o altruista del fin. De aquí que llegaran a distinguirse dos clases de *waqf*, el *waqf jayrī* y el *waqf ahlī* o *dhurrī*, el primero de carácter específicamente religioso o beneficioso para la comunidad y el segundo dirigido a favorecer a los hijos u

---

28 F. MAÍLLO SALGADO, *Vocabulario de historia árabe e islámica*, Madrid, 1996; ocasionalmente nos hemos servido también del glosario de COULSON, *o.c.*, pp. 235 ss.

29 Seguimos en lo esencial la definición de W. HEFFENING, s.v. “Wakf”, en *Enzyklopädie des Islam*, Bd. IV, Leiden-Leipzig, 1934, p. 1187, acogida entre otros por H. SROUR, “Die sozialpolitisch-kulturelle Rolle des Waqf”, en *Aspekte der Kultursociologie. Aufsätze zur Soziologie, Philosophie, Anthropologie und Geschichte der Kultur. Zum 60. Geburtstag von Mohammed Rassem*, Berlin, 1982, p. 275, y por BAYER, *o.c.*, pp. 60 s.; cfr. también J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932, p. 133; CHARLES, *o.c.*, pp. 78 s.

30 A. D'EMILIA, *Diritto islamico: le civiltà dell'Oriente*, Roma, 1958, p. 515, cit. por A. BILETTA, s.v. “Wakf”, en *NNDI* 20 (1975) p. 1076. Señala el propio D'EMILIA, “Per una comparazione” cit., p. 238 nt. 3, que las dos raíces de las que derivan los términos *waqf* y *hubus* expresan el mismo concepto de “inmovilizar”, “detener” o “paralizar”, lo que (referido al capital o *rabaqa* del bien constituido en *waqf*) supone la característica esencial de esta institución; vid. en la misma línea MARTÍNEZ BRASA, *o.c.*, p. 267; cfr. también SCHACHT, *Introduction* cit., p. 108.

31 Este aspecto de la perpetuidad parece no haberse consolidado sino de forma gradual. En los primeros tiempos se admiten todavía las fundaciones temporales, mientras que la doctrina clásica del *fiqh* exige la definitiva adscripción de los bienes: cfr. CAHEN, *o.c.*, pp. 293 s. Por otro lado, la cuestión era debatida entre las distintas escuelas jurídicas; concretamente, la doctrina malequita admitía las fundaciones temporales (especialmente en consideración al *waqf ahlī*, sobre el cual vid. *infra*), mientras que las escuelas hanafí, shafai y hanbali rechazaban completamente su validez: cfr. LÓPEZ ORTIZ, *o.c.*, p. 134; D'EMILIA, “Per una comparazione” cit., pp. 262 s.; J. SCHACHT, “Early doctrines on waqf”, en *Mélanges Fuad Köprülü*, Istanbul, 1953, pp. 446 ss.; COULSON, *o.c.*, pp. 207 s.

32 Vid. al respecto D'EMILIA, “Per una comparazione” cit., pp. 243 ss.; SROUR, *o.c.*, p. 277; COULSON, *o.c.*, p. 179; BAYER, *o.c.*, p. 61.



otros parientes de quien lo constituye o incluso al propio constituyente<sup>33</sup>. Bien es verdad que también la finalidad de este segundo tipo de *waqf* ha de cumplir con la idea del “acercamiento a Dios” o *qurba*, pero esta exigencia se satisface sencillamente designando como últimos beneficiarios a los pobres, o a una mezquita o madrasa, mientras que los beneficiarios intermedios son en general miembros de la familia del constituyente, cuando no él mismo<sup>34</sup>.

3. *Origen*. a) La primera información escrita sobre la institución que nos ocupa procede de los tratados de *fiqh* de comienzos del siglo III de la Hégira, la documentación epigráfica no sólo es escasa sino que se inicia más tarde todavía, y la documentación papirológica es prácticamente inexistente<sup>35</sup>. Por otro lado, la tradición sobre los antecedentes del *waqf* en la práctica del Profeta y de sus Compañeros (*Ashāb*) y Seguidores (*Tābi‘ūn*), llamativamente limitada en comparación con otros casos, está rodeada de una gran inseguridad y tiende a ser vista como un intento de los juristas musulmanes de conferir “des lettres de noblesse” a esta institución<sup>36</sup>.

b) En términos generales, hay acuerdo sobre la inexistencia del *waqf* en el tiempo anterior al Islam, y si se prescinde de las incertidumbres que acompañan a una tradición sólo tardíamente fijada<sup>37</sup>, el acuerdo se extiende también a la suposición de que el *waqf* fue formándose tras la muerte de Mahoma a lo largo del primer siglo de la Hégira y llegó a su pleno desarrollo en el siglo siguiente<sup>38</sup>. ¿Cuáles fueron entonces las raíces de esta institución? Una de las cinco identificadas por SCHACHT, no todas ellas de igual importancia ni activas al mismo tiempo, es el ejemplo de las *piae causae* bizantinas, particularmente en Egipto durante los primerísimos siglos del Islam<sup>39</sup>. Esta idea se encuentra en verdad muy extendida entre los estudiosos occidentales del derecho islá-

33 HEFFENING, *o.c.*, p. 1187, habla respectivamente de “speziell religiöse oder gemeinnützige Stiftungen” y de “Familienstiftungen”; cfr. BECKER, *o.c.*, p. 62; T. KURAN, “The Provision of Public Goods under Islamic Law: Origins, Contributions, and Limitations of the *Waqf* System”, USC Center for Law, Economics & Organization Research Paper N° C01-13, <[http://hal-law.usc.edu/cleo/papers/C01\\_13\\_paper.pdf](http://hal-law.usc.edu/cleo/papers/C01_13_paper.pdf)>, p. 21. El Corán prescribe la beneficencia y la liberalidad con los parientes además de con los huérfanos y necesitados en general: Sura 2, 215, Sura 16, 90; en relación con el “deseo de agradar a Dios” (*qurba*), vid. también Sura 2, 265, Sura, 2, 272 y Sura 92, 18-21.

34 HEFFENING, *o.c.*, p. 1187; A. D’EMILIA, *Il waqf ahlī secondo la dottrina di Abū Yūsuf*, Milano, 1938, pp. 83 s.; CHARLES, *o.c.*, pp. 80 s. COULSON, *o.c.*, p. 179, señala incluso que la idea del acercamiento a Dios se satisface por el mero acto de abandonar el constituyente del *waqf* su poder de disposición sobre la cosa, despreocupándose la *Sharia* de verificar si el fin “caritativo” existe y se cumple realmente.

35 Vid. CAHEN, *o.c.*, pp. 290 s.

36 Vid. HEFFENING, *o.c.*, p. 1188; F. KÖPRÜLÜ, L’institution du Vakouf. Sa nature juridique et son évolution historique”, en *Vakıflar Dergisi* 2 (1942) p. 6; SCHACHT, “Droit byzantin” cit., pp. 213 s.; CAHEN, *o.c.*, pp. 292 s.; CHARLES, *o.c.*, p. 79; KURAN, *o.c.* (Internet), pp. 5 s. El supuesto origen del *waqf* en los tiempos del Profeta e inmediatamente posteriores es uno de los argumentos que esgrimen los autores islámicos modernos para tratar de neutralizar la hipótesis de la influencia romano-griega en su desarrollo: vid. por ej. SROUR, *o.c.*, pp. 276 s.

37 Esto no sólo en lo que respecta al aval que las tradiciones del Profeta podrían prestar al *waqf* como institución de exclusivo origen y carácter islámico, sino con alcance más general: cfr. SCHACHT, “Law and Justice” cit. (Internet), que llega a decir lo siguiente: “Finally the outlines and many details of Islamic law were cast into the form of Traditions from the Prophet. In this way, one of the greatest and most successful literary fictions came into being”; ID, “Foreign Elements” cit., p. 15; COULSON, *o.c.*, p. 49

38 Así HEFFENING, *o.c.*, p. 1189; D’EMILIA, *Il waqf ahlī* cit., p. 83; la evolución del *waqf* se produce en el período del *iytihād* (los dos o tres primeros siglos de la Hégira); KÖPRÜLÜ, *o.c.*, pp. 7, 17; SCHACHT, “Law and Justice” cit. (Internet); SROUR, *o.c.*, p. 277; CHARLES, *o.c.*, p. 79.

39 Las otras cuatro raíces mencionadas por SCHACHT, *Introduction* cit., p. 28; ID., “Law and Justice” cit. (Internet) son las siguientes: cierto tipo de anualidades utilizadas por los antiguos árabes, las contribuciones a la Guerra Santa, el deseo de excluir a las hijas y especialmente a sus descendientes de los beneficios de la ley coránica de sucesiones (o sea, el propósito de reforzar la antigua familia patriarcal árabe) y la seguridad contra la confiscación proporcionada por el *waqf*. Según autores como WEBER, *o.c.*, pp. 572, 912, y BAYER, *o.c.*, p. 61, estas dos últimas motivaciones no fueron ajenas tampoco al desarrollo de las *piae causae* bizantinas; vid. de todos modos *infra*, los apartados VI.3.b) y VII.2.g). A la teoría del origen bizantino del *waqf*, tal como fuera expuesta por M. MORAND, se adhiere *in toto* KÖPRÜLÜ, *o.c.*, pp. 12 ss., 14 ss.

mico<sup>40</sup>; alguno incluso habla directamente de “recepción de la idea de fundación en el Islam” y considera las *piae causae* como el punto de partida de tal proceso<sup>41</sup>. Como hemos podido ver, se trata además de una idea que tiene a su favor la probabilidad histórica<sup>42</sup>, pero también de una idea que tiene sus detractores.

c) Uno de ellos es CAHEN. Concluyendo su documentado estudio sobre el *waqf* antiguo, admite este autor la posibilidad de que se haya dado una convergencia parcial del *waqf* musulmán en sus formas tardías con las fundaciones piadosas de otras comunidades religiosas, pero subraya que en su origen y en sus manifestaciones antiguas más importantes el *waqf* es una institución *sui generis*, propia del mundo musulmán y que atañe menos a las instituciones religiosas aisladas que al conjunto de la organización social; en consecuencia, añade este autor, su explicación debe buscarse en las circunstancias específicas de la sociedad musulmana, en su pasado árabe y en sus condiciones de vida en el curso de las primeras generaciones<sup>43</sup>.

No hay por qué dudar de que todo esto habrá tenido su peso, incluso un peso decisivo, en el origen y el desarrollo histórico del *waqf*. Sin embargo, para apreciar en su justo valor los argumentos expuestos, todavía es necesario hacer alguna puntualización. Así, principalmente, debe tenerse en cuenta que las manifestaciones antiguas del *waqf* cuya originalidad absoluta defiende CAHEN se reconducen básicamente a lo que él denomina “*waqf* de famille” o “*waqf* privé” -es decir, el *waqf ahli-*, mientras que la convergencia posterior con las fundaciones propias de otras comunidades (entre ellas las *piae causae*) habría quedado circunscrita al caso del *waqf* de interés público<sup>44</sup>. En realidad esto supone hacer caso omiso de la práctica de las fundaciones familiares entre las poblaciones cristianas de los territorios bizantinos sometidos al Islam, las cuales deberían entrar por derecho propio en la comparación con el *waqf* musulmán<sup>45</sup>. Por lo demás, si bien con grandes matices, el propio CAHEN reconoce que entre los autóctonos convertidos al Islam pudo haberse dado la tendencia de favorecer a su nueva religión con formas de liberalidad parecidas a las que habían conocido o practicado con anterioridad<sup>46</sup>.

#### IV. EL *WAQF* COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO ISLÁMICO (SIGUE). RÉGIMEN JURÍDICO Y FUNCIÓN SOCIO-ECONÓMICA

1. Nuestra primera intención en este apartado es ofrecer un cuadro analítico del régimen jurídico del *waqf*. A fin de facilitar la comparación posterior con las *piae causae*, la exposición tendrá un carácter histórico-dogmático y, en la medida de lo posible,

---

40 No es exactamente éste el caso de SCHNORR VON CAROLSFELD, *o.c.*, p. 48, que sin dejar de reconocer la semejanza de las *piae causae* con el *waqf*, lanza la conjetura de una fuente común al derecho romano y al derecho musulmán en esta materia, una especie de “altorientalisches Rechtsgut” cuyas huellas trata de rastrear.

41 BAYER, *o.c.*, pp. 56, 59 s.; cfr. BECKER, *o.c.*, p. 62.

42 COULSON, *o.c.*, p. 37, tras declarar que el *waqf* es una institución proveniente en gran medida del sistema bizantino de las *piae causae*, añade esta explicación: “Durante todo el período omeya los patrones y normas del derecho foráneo (la ley persa sasánida tanto como la ley romana) se fueron infiltrando gradualmente dentro de la práctica legal, de modo que la jurisprudencia musulmana de mediados del siglo VIII pudo darlas por supuestas cuando el conocimiento de su origen ya se había perdido”.

43 Vid. CAHEN, *o.c.*, pp. 305 s.

44 Vid. CAHEN, *o.c.*, pp. 296 ss., 301 ss.

45 Aunque quizás entonces el término de comparación adecuado no sean las *piae causae* sino el fideicomiso de familia: cfr. D'EMILIA, *Il waqf ahli* cit., p. 80. Vid. no obstante SCHACHT, “Droit byzantin” cit., pp. 214 s., que subraya que ambas clases de *waqf* son igualmente antiguas en derecho musulmán, su construcción jurídica es la misma y su distinción adventicia.

46 Vid. CAHEN, *o.c.*, p. 302; cfr. KURAN, *o.c.* (Internet) pp. 9 s., nt. 18.

se articulará en unidades simples y significativas que puedan ser igualmente identificadas en la regulación de las fundaciones piadosas cristianas<sup>47</sup>.

Al lado de esto, y puesto que la comparación deberá extenderse también a la función económico-social que cumplen estas instituciones, trataremos de dar alguna información acerca de algunas de las finalidades que se encuentran con cierta regularidad detrás del establecimiento de un *waqf*.

2. *Régimen jurídico*. a) El fundador de un *waqf* o *hubus* debe reunir las condiciones ordinarias de capacidad del sujeto de derecho. Ante todo es necesario que sea libre, mayor de edad y musulmán, si bien a los infieles se les permite crear fundaciones siempre que su finalidad no sea contraria al Islam<sup>48</sup>. Además, debe estar en plena posesión de sus facultades mentales y ser titular de un derecho de propiedad pleno sobre la cosa o cosas objeto de la fundación, ya sea sobre la totalidad ya sobre una porción indivisa de ellas<sup>49</sup>.

b) Normalmente son objeto del *waqf* bienes inmuebles. Precizando un poco más se puede señalar que debe tratarse de bienes duraderos y productivos de una u otra forma, lo primero por el carácter permanente -si no perpetuo- de la fundación, y lo segundo porque lo que se destina al fin marcado por el fundador es el uso o el producto de tales bienes. En los primeros tiempos de la Hégira se dieron fundaciones sobre cosas muebles -como armas y caballos- para la Guerra Santa, pero la incorporación de bienes de esta naturaleza al objeto de una fundación quedó posteriormente limitada a las cosas que forman una unidad económica con el inmueble constituido en *waqf*<sup>50</sup>.

De todos modos, éste es un tema sobre el cual las escuelas jurídicas musulmanas mantuvieron opiniones opuestas. Concretamente, la posibilidad de dar en *waqf* bienes muebles y semovientes, rechazada por una parte de los hanafíes, era admitida en cambio por la escuela malequí<sup>51</sup>.

Por razones evidentes, quedan totalmente excluidos del *waqf* los bienes consumibles como los alimentos y el dinero (por la prohibición del interés).

Con carácter general, los bienes afectados a la fundación son inalienables e imprescriptibles<sup>52</sup>.

---

47 Con algunas adaptaciones, nos serviremos del esquema adoptado por HEFENNING, *o.c.*, pp. 1187 s., en su exposición de las doctrinas fundamentales del *fiqh* acerca del *waqf*. En las notas sucesivas se irán sumando otras referencias.

48 Al parecer, no se impedía a los *djimmies* la constitución de fundaciones en favor de sus pobres, pero las iglesias y monasterios no podían ser beneficiarios de un *waqf* propiamente dicho sino sólo de donaciones: vid. CAHEN, *o.c.*, p. 302. Según D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 244, la doctrina pura musulmana distinguía entre fines propios del Islam, que sólo pueden ser satisfechos por musulmanes, fines comunes tanto al Islam como a las otras religiones monoteístas, que pueden ser satisfechos también por los seguidores de éstas, y fines propios de las religiones monoteístas distintas del Islam, para cuya persecución no se pueden destinar medios económicos.

49 Cfr. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 240; MARTÍNEZ BRASA, *o.c.*, pp. 271, 272 s.; CHARLES, *o.c.*, p. 80.

50 Vid. CAHEN, *o.c.*, pp. 293, 299; cfr. SCHACHT, "Early doctrines" cit., pp. 444 ss.; MARTÍNEZ BRASA, *o.c.*, p. 273.

51 Ejemplos: los animales productores de leche o lana, los árboles por sus frutos, los esclavos por su fuerza de trabajo, un libro para ser estudiado gratuitamente por estudiantes pobres: además de HEFENNING, *o.c.*, p. 1187, vid. LÓPEZ ORTIZ, *o.c.*, p. 133; cfr. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 242; SCHACHT, "Early doctrines" cit., pp. 444 s.; RIOSALIDO, *o.c.*, p. 129 nt. 110.

52 La práctica tradicional aportó algunas atenuaciones a la regla de la inalienabilidad aconsejadas por la conveniencia no ya de mantener sino de mejorar la productividad de los bienes; por ejemplo, la permuta de un bien *waqf* por otro que se convierte también en *waqf* o la venta con obligación de reinvertir el precio: vid. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 265; algunos detalles en RIOSALIDO, *o.c.*, pp. 129, 213. En cuanto a la imprescriptibilidad, mientras la escuela malequí la entendió de modo absoluto, la hanafí llegó a admitir contra el *waqf* una prescripción de 33 ó 36 años, cuando la ordinaria era de 15: vid. D'EMILIA, *Ibid.*, p. 265.

c) El *habūs* se puede constituir en vida o por testamento<sup>53</sup>. Su constitución está libre de cualquier solemnidad, en particular de la forma escrita, por lo que basta una declaración de voluntad del fundador que exprese con claridad su renuncia a las facultades de propietario, el objeto sobre el cual se establece la fundación, la finalidad a la que se destinan los bienes y, en su caso, las personas determinadas beneficiarias.

Pero no todas las escuelas ni todos los juristas admitían el perfeccionamiento de la fundación en virtud únicamente de la declaración unilateral del fundador, esto es, sin necesidad de aceptación por parte del beneficiario. Como especifica LÓPEZ ORTIZ, la constitución del *waqf* en la forma contractual ordinaria, que implica como decimos una oferta del fundador y la correspondiente aceptación de los beneficiarios, podía plantear dificultades cuando éstos no eran personas determinadas; a fin de obviar este problema, algunas escuelas exigieron el nombramiento de un representante que prestara su consentimiento (aceptación) o bien un pronunciamiento de la autoridad judicial a instancias del constituyente<sup>54</sup>. También hubo diferencias doctrinales acerca de la necesidad de la entrega de los bienes a los beneficiarios o al administrador para la válida constitución del *waqf*<sup>55</sup>.

Otras características o requisitos necesarios para la validez de la fundación son los siguientes<sup>56</sup>: 1) la perpetuidad de la adscripción<sup>57</sup> y la inalienabilidad de los bienes convertidos en *waqf*; 2) el despliegue inmediato de su eficacia, con el consiguiente rechazo de toda condición suspensiva que no sea la muerte del fundador; y 3) la irrevocabilidad y por tanto la exclusión de términos finales o condiciones resolutorias<sup>58</sup>.

e) Un punto sin duda importante para la comparación de los *awqāf* con las *piae causae* es el de la propiedad de los bienes constituidos en fundación. Acerca de esta cuestión se desarrollaron diferentes doctrinas. Así, mientras la escuela malequí y el fundador de los hanafíes consideran que el constituyente del *waqf* conserva la nuda propiedad de los bienes (aunque desprovista de todo poder de disposición), cediendo solamente el uso o el usufructo a los beneficiarios, los juristas de otras escuelas suponen que el propietario es Alá, que la propiedad pasa a los beneficiarios o que los bienes no pertenecen a nadie<sup>59</sup>.

El tema no es baladí porque repercute inevitablemente sobre la calificación de la naturaleza jurídica de la institución -donde se abre una disyuntiva entre la enajenación definitiva de los bienes, con la ulterior incógnita del *status* que adquieren, y una división funcional de la propiedad del tipo de la que se da en el usufructo<sup>60</sup>- y sobre algún

---

53 Cuando el *waqf* se constituye *mortis causa* son de aplicación las normas relativas a los actos de última voluntad, y entre ellas el límite de un tercio del patrimonio del fundador ya que tal es la parte de la que se puede disponer por aquella vía; en caso de constitución *inter vivos*, el *waqf* puede extenderse a todos los bienes del constituyente: vid. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 254.

54 Vid. LÓPEZ ORTIZ, *o.c.*, pp. 133 s., 199; CHARLES, *o.c.*, p. 80; RIOSALIDO, *o.c.*, pp. 129 nt. 110, 212.

55 Cfr. COULSON, *o.c.*, p. 58.

56 Cfr. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 255; BAYER, *o.c.*, p. 61.

57 Pero vid. *supra*, nt. 31. En el caso de fundaciones en favor de personas determinadas, el requisito de la perpetuidad se puede satisfacer destinando el producto de los bienes a los pobres tras la muerte de los beneficiarios iniciales.

58 Según la opinión aislada de ABU HANIFA, fundador de la escuela de los hanafíes, la fundación es revocable cuando está vinculada a la muerte del fundador.

59 Vid. LÓPEZ ORTIZ, *o.c.*, p. 133; D'EMILIA, *Il waqf ahlī* cit., pp. 67 ss.; ID., "Per una comparazione" cit., pp. 258 s., 260 s.; BILETTA, *o.c.*, p. 1076; CHARLES, *o.c.*, pp. 80, 81; RIOSALIDO, *o.c.*, p. 129 nt. 110, 213; COULSON, *o.c.*, p. 208; BAYER, *o.c.*, p. 62; cfr. HASSAM, *o.c.*, pp. 316 s.

60 Sobre esta segunda idea pivota la definición de MARTÍNEZ BRASA, *o.c.*, pp. 267 s., según la cual el *waqf* es "una donación del usufructo de una cosa, por un término de duración igual al de la cosa, permaneciendo la nuda propiedad en cabeza del donante, en forma real durante su vida y ficticiamente después de su muerte".

aspecto concreto de su régimen jurídico como pueda ser, principalmente, la reversión de los bienes (es decir, de la propiedad en sí o del usufructo) al fundador o a sus herederos al término del *waqf*. Además, el problema pudiera guardar alguna relación con el desarrollo de las dos clases de *waqf* que hemos mencionado más arriba -el *waqf jayrī* y el *waqf ahlī*- y con la determinación de qué o quiénes pueden ser destinatarios de la fundación. Por último, la cuestión de la propiedad de los bienes tiene mucho que ver también con el asunto de la personalidad jurídica de la fundación.

No estamos en condiciones de dar respuesta satisfactoria a todos estos interrogantes, alguno de ellos influido quizás por la mentalidad dogmática propia de un jurista occidental. Recordemos, eso sí, que el concepto de persona jurídica es completamente ajeno al derecho musulmán histórico, de manera que no podemos representarnos las fundaciones islámicas bajo este ropaje<sup>61</sup> aun cuando algún autor no deje de señalar la presencia de una especie sucedánea de “persona moral” en determinados supuestos de *waqf* de interés público<sup>62</sup>. Y por lo que respecta a las dos clases de *waqf* y a sus destinatarios posibles, conviene recordar también el temprano desarrollo de las fundaciones temporales en favor de los miembros de la familia del fundador (incluso del propio fundador a través de medios indirectos<sup>63</sup>), casos en los cuales, originalmente por lo menos, se daba un derecho de reversión<sup>64</sup>.

f) La administración del *waqf* se organiza, en principio, con arreglo a las instrucciones del fundador. Éste puede reservarse para sí mismo la administración durante su vida<sup>65</sup> o nombrar al primer administrador. Asimismo es él quien determina los aspectos particulares de la gestión de los bienes y la utilización de sus rendimientos. Por ejemplo, soslayada indirectamente la nulidad de una fundación en su propio beneficio, el fundador puede aparecer como único destinatario del producto de los bienes. Por otro lado, cuando la administración se encomienda a los propios beneficiarios de la fundación, lo cual es perfectamente posible, desde cierto punto de vista se puede advertir una singular coincidencia de aquella función y de la titularidad de los bienes fundacionales en unos mismos sujetos.

En líneas generales, el administrador del *waqf* se encarga sólo de la administración ordinaria, siendo nula toda actuación suya que se salga de este concepto; debe actuar con diligencia y responde de los daños causados a la fundación por su propia culpa; asimismo le está vedado obtener ganancia de los bienes que administra y no puede ceder la titularidad de sus funciones<sup>66</sup>.

61 Lo recuerda también HASSAM, *o.c.*, p. 316, aunque su conclusión de que en ello reside una diferencia radical con el derecho romano es, por lo menos, un tanto superficial. Sobre la determinación del *subiectus iuris* en el *waqf*, vid. con amplitud D'EMILIA, “Per una comparazione” cit., pp. 256 ss. Según MARTÍNEZ BRASA, *o.c.*, p. 337, la institución del *waqf* “no apela, para su vigencia en el Islam, a la teoría de la persona jurídica”, no obstante lo cual, “en los *awqāf*... el patrimonio donado adquiere algo semejante a una personalidad civil de pleno derecho”; el *waqf* sería “un caso excepcional de personalidad jurídica” en el derecho musulmán (*ibid.*, p. 279).

62 Cfr. CAHEN, *o.c.*, p. 297, que menciona dos casos: 1) la construcción o donación de un inmueble sin ninguna previsión respecto de la atención a los gastos de mantenimiento más que con los rendimientos ordinarios del bien constituido en *waqf* (fundación de una mezquita, de un jardín, de un cementerio, etc.); 2) destinación de las rentas de un bien nuevo en beneficio de una institución preexistente; cfr. también D'EMILIA, *Il waqf ahlī* cit., pp. 77 s., sobre la utilización de la idea de persona moral para explicar la naturaleza del *waqf*.

63 Vid. HEFFENING, *o.c.*, p. 1187; BILETTA, *o.c.*, p. 1076; cfr. D'EMILIA, “Per una comparazione” cit., p. 248, que ve la posibilidad de que el fundador sea a la vez el primer beneficiario como causa de una modificación estructural del *waqf ahlī*; MARTÍNEZ BRASA, *o.c.*, p. 272; COULSON, *o.c.*, p. 179.

64 Vid. CAHEN, *o.c.*, p. 294.

65 Una vez más, este punto no es admitido por todas las escuelas: vid. D'EMILIA, “Per una comparazione” cit., p. 266 nt. 190.

66 Vid. D'EMILIA, “Per una comparazione” cit., pp. 268 s.

Con el tiempo se desarrolló una competencia de control y vigilancia de los *qudāt* (singular *qādī*) sobre la aplicación efectiva de los bienes fundacionales a sus fines<sup>67</sup>. Incluso, en muchos casos, estos jueces o agentes de la autoridad llegaron a ser los administradores efectivos de las fundaciones<sup>68</sup>.

g) Al margen del supuesto excepcional de la fundación temporal, el *waqf* se extingue por cese de su finalidad o por pérdida o destrucción de su objeto material<sup>69</sup>. En el primer caso la propiedad de los bienes se devuelve a los parientes más próximos del fundador (según la escuela malequí sólo si son necesitados) o bien se sigue asignando a los pobres u otras obras pías de interés general<sup>70</sup>. Se excluye en todo caso la confiscación por parte de la autoridad pública.

3. *Finalidad*. a) El extraordinario y rápido desarrollo alcanzado por las fundaciones piadosas en la sociedad musulmana, ya desde sus primeros siglos, hunde sus raíces en la incitación del Corán a la beneficencia; la limosna, la asistencia a los pobres y necesitados es para el creyente musulmán un preciso deber religioso, y una de las formas de cumplir este deber tomó precozmente la figura del establecimiento de *awqāf*<sup>71</sup>. Pero la tensión religiosa no es suficiente para explicar en su totalidad el conjunto de fines y motivos heterogéneos, objetivos y subjetivos, a los que el *waqf* proporciona un cauce jurídico y un aura de respetabilidad. La holgada noción islámica de *qurba*, como elemento que debe formar parte necesaria de la finalidad última de la fundación, permitía, en este terreno, muchas posibilidades distintas al lado o por debajo de lo que puede ser visto como el cumplimiento estricto de un deber religioso<sup>72</sup>.

b) Por su posible concomitancia con lo que acaso podamos comprobar luego al estudiar las *piae causae*, nos interesa referir principalmente dos de las finalidades que, por decirlo de alguna forma, corren frecuentemente en paralelo a la intención piadosa y se amparan de este modo en la figura del *waqf*<sup>73</sup>. Importa subrayar que ambas se presentan como típicas del *waqf ahli* o familiar.

En primer lugar, el *waqf* llegó a ser utilizado como un instrumento legal para eludir las normas coránicas que disciplinan el derecho hereditario. El instituyente podía, en

---

67 En Egipto, el cadí TAWBA IBN NAMIR estableció un registro de *awqāf* en 736/117; cfr. KÖPRÜLÜ, *o.c.*, pp. 21 ss.; D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 271; CAHEN, *o.c.*, p. 299; COULSON, *o.c.*, pp. 41 s.

68 Esto es lo que sucedió en Al-Andalus, donde llegó a existir un inspector dependiente del cadí para la administración de los *awqāf*, el *nāzir al-awqāf*: vid. MARTOS QUESADA, *o.c.*, p. 71; cfr. LÓPEZ ORTIZ, *o.c.*, p. 134.

69 Respecto de lo que debe hacerse en caso de ruina o deterioro de los bienes, vid. algunas indicaciones en RIOSALIDO, *o.c.*, pp. 129, 213.

70 Vid. LÓPEZ ORTIZ, *o.c.*, p. 134; D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 273; MARTÍNEZ BRASA, *o.c.*, pp. 279 s.

71 Especialmente si hablamos de las fundaciones de utilidad pública, dirigidas por ejemplo a la erección o el sostenimiento de mezquitas, escuelas, hospitales, bibliotecas, etc.; cfr. BECKER, *o.c.*, pp. 62 s.; HEFFENING, *o.c.*, p. 1189; SROUR, *o.c.*, p. 278; BAYER, *o.c.*, pp. 59 s.

72 En su exposición, SROUR, *o.c.*, pp. 277 s., distingue los motivos del fundador -que en parte pueden ser puramente mundanos (por ej., el prestigio social vinculado al *waqf*)-, la función del *waqf* -que se concreta en la atención a diferentes necesidades sociales y de modo especial en la mitigación de las necesidades de las capas sociales inferiores- y el papel sociopolítico del *waqf* como institución que llegó a ser indispensable en la sociedad islámica desde el punto de vista de la estabilidad y la moderación de las diferencias sociales.

73 Los autores apuntan todavía otros fines, claramente fraudulento alguno de ellos como, por ejemplo, la sustracción de los bienes del fundador a la ejecución de los acreedores por medio de su constitución en *waqf* en favor de los descendientes de aquél: cfr. HEFFENING, *o.c.*, p. 1191; KÖPRÜLÜ, *o.c.*, p. 9; otra posible finalidad era la ayuda a la donación nupcial de un prometido que, al carecer de recursos, no habría podido contraer matrimonio de otro modo: cfr. SROUR, *o.c.*, p. 278. Sobre "Motives for Founding a *Waqf*" en general, vid. KURAN, *o.c.* (Internet), pp. 16-28.

efecto, servirse del establecimiento de una fundación para burlar el orden sucesorio en varias direcciones, excluyendo a determinados herederos del círculo de beneficiarios, incluyendo en él a otras personas o, de forma más general, con el propósito de mantener la unidad e integridad del patrimonio familiar y de reforzar la familia patriarcal<sup>74</sup>. Las víctimas habituales de este procedimiento eran las mujeres de la parentela del fundador, a las que por este medio se les llegaba a privar de sus derechos a la sucesión<sup>75</sup>. Por lo que denota en cuanto a la antigüedad de su uso, es significativo que semejante artificio legal despertara las sospechas de algún jurista ya en el primer siglo de la Hégira<sup>76</sup>.

En segundo lugar, en un entorno de inestabilidad jurídico-política que debilitaba las garantías legales y la seguridad del tráfico, el *waqf* fue utilizado también como cautela frente al peligro de confiscación por parte del poder<sup>77</sup>. En este caso, la sacralización resultante de su afectación a una finalidad reconocida por la religión buscaba poner los bienes constituidos en *waqf* al abrigo de intromisiones arbitrarias del soberano, a la vez que permitía asegurar a largo plazo un cierto flujo de rentas hacia la familia del fundador.

## V. LAS *PIAE CAUSAE* DEL DERECHO ROMANO JUSTINIANO

1. Dada la finalidad primordial de este trabajo, que no es otra que facilitar una comparación entre dos instituciones de apariencia similar encuadradas en dos ordenamientos jurídicos distintos, como son las *piae causae* del derecho romano justiniano y los *awqāf* del derecho musulmán, en esta parte del estudio deberemos conformarnos con una descripción somera de la configuración y el régimen jurídico de las primeras, tal y como quedan ya más o menos fijados desde la época de Justiniano y por efecto principalmente de la legislación de este emperador<sup>78</sup>. Es esta descripción, por lo tanto, lo que pretendemos colocar en el primer plano de nuestra exposición, sin complicarla más de lo estrictamente necesario con cuestiones relativas al proceso histórico de desarrollo de las *piae causae* hasta llegar a ese momento<sup>79</sup>.

Otra advertencia nos parece todavía necesaria. Seguramente no nos alejamos demasiado de lo cierto si decimos que el acercamiento tradicional de los estudiosos a esta materia de las *piae causae* ha estado marcado por el interés predominante de ave-

74 Cfr. HEFFENING, *o.c.*, p. 1191; KÖPRÜLÜ, *o.c.*, pp. 9 nt. 2, 17; CAHEN, *o.c.*, p. 304; BILETTA, *o.c.*, p. 1076; MARTÍNEZ BRASA, *o.c.*, p. 269; CHARLES, *o.c.*, p. 79; BAYER, *o.c.*, pp. 62 s.; KURAN, *o.c.* (Internet), pp. 25 ss.

75 Vid. una breve referencia a estos derechos en COULSON, *o.c.*, pp. 25 s.

76 Vid. HEFFENING, *o.c.*, p. 1188, que refiere la opinión de SHURAIH's, muerto en 701/82; cfr. BECKER, *o.c.*, p. 62. COULSON, *o.c.*, p. 207, recuerda la opinión de un jurista zahirí del siglo XI (IBN HAZM, muerto en el año 1063/441) y de algunos hanbalíes que consideraban "tiránica" la exclusión, por parte del fundador del *waqf*, de ciertos de sus herederos. Según P. MANDIROLA BRIEUX, *Introducción al Derecho islámico*, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 91 s., esta práctica no contó nunca con la aprobación de ninguno de los ritos doctrinarios.

77 Vid. BECKER, *o.c.*, p. 62; HEFFENING, *o.c.*, p. 1191; KÖPRÜLÜ, *o.c.*, p. 19; D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., pp. 248, 276; BILETTA, *o.c.*, p. 1076; MARTÍNEZ BRASA, *o.c.*, p. 269; CHARLES, *o.c.*, p. 79; BAYER, *o.c.*, pp. 61, 63 s., en referencia a las ideas de WEBER (cfr. *o.c.*, p. 912); KURAN, *o.c.* (Internet), pp. 8, 19.

78 La legislación justiniana se mantuvo sustancialmente en vigor hasta finales del siglo IX con la promulgación de los *Libri Basilicorum*: cfr. G. BARONE-ADESI, "Il sistema giustiniano delle proprietà ecclesiastiche", en *La proprietà e le proprietà* (a cura di E. CORTESE), Milano, 1988, pp. 112 ss. Para la evolución en Occidente, vid. H. SIEMS, "Von den *piae causae* zu den Xenodochien", en R. HELMHOLZ-R. ZIMMERMANN (eds.), *Itinera Fiducia: trust and Treuhand in historical perspective*, Berlin, 1998, pp. 57 ss.

79 De la numerosa bibliografía al respecto destacamos solamente, en este momento, la obra de J.L. MURGA, *Donaciones y testamentos in bonum animae en el Derecho romano tardío*, Pamplona, 1968, esp. pp. 293-375.

riguar si estas instituciones llegaron a tener o no autonomía y personalidad jurídica propia y especialmente, en caso de haber sido así, por el interés de saber si la idea de persona jurídica a la que se ajustan o responden es de tipo corporativo o bien, por el contrario, de tipo fundacional, ya sea en sentido técnico estricto (personificación del patrimonio adscrito al fin) ya en sentido meramente económico o funcional (fundación fiduciaria, indirecta o dependiente). Todo lo que tiene que ver con las *piae causae*, desde el análisis de la terminología que las fuentes exhiben al respecto hasta la reconstrucción misma de la organización jurídica de estas instituciones, se ha visto condicionado por el planteamiento antedicho. Y esto ha sido así incluso en alguno de los autores que se han acercado a las fuentes pretextando estar más libres del corsé intelectual que supone, en este caso por lo menos, la moderna construcción jurídica de la fundación<sup>80</sup>.

Aparentemente, el dato de que no fuera sino en la Baja Edad Media cuando la noción abstracta de persona jurídica (*persona ficta* o *representata*) empezó a precisarse<sup>81</sup> no ha sido obstáculo para retrotraer su aplicación a las fuentes jurídicas romanas, y en concreto al asunto de las *piae causae*, acerca de las cuales, y siempre desde aquella perspectiva, se han formulado las más encontradas teorías<sup>82</sup>. Teorías, por cierto, que no

80 Un ejemplo puede ser el de B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942, p. 343: "Le phénomène juridique que la théorie moderne qualifie comme fondation était connu du droit romain du Bas-Empire. Mais la notion de fondation est restée à jamais étrangère à la pensée juridique romaine. Les juristes de cette époque ont appliqué la personnalité juridique aux oeuvres charitables pour leur donner l'existence juridique indépendante", pero "sans se soucier de la 'nature' de tous ces organismes"; libre de estos condicionantes se encuentra, en cambio, la exposición de F. FABBRINI, "La personalità giuridica degli enti di assistenza (detti *piae causae*) in diritto romano", en *La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico. Aequitas romana ed aequitas canonica*, Acti del III Colloquio (Roma 24-26 aprile 1980) e del IV Colloquio (Roma 13-14 maggio 1981) "Diritto romano-Diritto canonico", Roma, 1990, pp. 62 ss, 70, *passim*, cuya conclusión es que las instituciones de beneficencia (*piae domus* y no *piae causae*, es decir, entes de beneficencia de carácter estable y específicamente organizados para un fin) son consideradas por la legislación imperial de Zenón a Justiniano como personas jurídicas sobre la base de una concepción "topográfica" de las mismas. Como visión general sobre el tema, parece acertada en principio la que expresa MURGA, *o.c.*, p. 330, con las siguientes palabras: "la historia de la personalidad de los establecimientos benéficos y de las fundaciones postclásicas [es] como una bella secuencia del casuismo romano. Una historia de soluciones *ad casum*"; pero vid. FABBRINI, *o.c.*, pp. 65 s. Según B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano II*, Milano, 1952, pp. 203, 205, en las *piae causae* falta cualquier substrato para la subjetividad jurídica, problema que no llega siquiera a plantearse, pues lo único que importa es la finalidad y la voluntad de alcanzarla de forma plena y permanente; consideraciones parecidas expresa F. WUBBE, "Die *bona ecclesiastica* bei Justinian und im *Codex Iuris Canonici*", en *Festschrift für Eugen Isele*, Freiburg, Schweiz, 1973, pp. 207 s.

81 Vid. al respecto R. FEENSTRA, "L'histoire des fondations (à propos de quelques études récentes)", en *TR* 24 (1956) pp. 408-433; especialmente S. PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, 1975, *passim*.

82 No obstante el acuerdo más o menos generalizado respecto del reconocimiento de la independencia y personalidad jurídica de las *piae causae* en el derecho justinianeo, los autores se muestran muy divididos a la hora de decidir si nos encontramos: - i) ante auténticas fundaciones independientes en el sentido de patrimonios personalizados: A. KNECHT, *System des justinianischen Kirchenvermögensrechtes, kirchenrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart, 1905, p. 45, y J. LAMMEYER, *Die juristischen Personen der katholischen Kirche*, Paderborn, 1929, p. 60, ambos autores citados por H.R. HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae nach justinianischem Rechte*, Basel, 1953, p. 11 nt. 19; también, aunque con cierta indecisión, SCHNORR VON CARLSFELD, *o.c.*, p. 24, a propósito especialmente de C. 1.3.34(35), y el propio HAGEMANN, *o.c.*, pp. 8 s., 35 s., 41, que piensa, con alguna reserva, que se trata de figuras del tipo del establecimiento o institución ("Anstalt"); - ii) ante personas jurídicas de base corporativa: R. SALEILLES, "Les *piae causae* dans le droit de Justinien", en *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, pp. 543 s., que habla de fundación-corporación; - iii) ante formas de propiedad fiduciaria cuyo manejo se encuentra en manos de los obispos o de administradores supervisados por ellos: P.W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge, 1938, pp. 175 ss.; - iv) ante un resultado más de la aplicación de la teoría romana de la ficción, es decir, ante "entidades irreales" tratadas por el derecho como si fueran "individuos reales" (como la *hereditas* y la *universitas*) y asimiladas en conjunto a las demás personalidades jurídicas bajo la fórmula *personae vice fungitur*: A. PHILIPSBORN, "Les établissements charitables et les théories de la personnalité juridique dans le droit romain", en *RIDA* 6 (1951) pp. 154 ss.; - v) ante entidades configuradas a semejanza de una persona física capaz de relaciones jurídicas y caracterizadas, según resulta de C. 1.3.55(57), por el elemento topográfico (la *domus*), el antropomórfico (la *congregatio*) y el teleológico (la *perennitas* asegurada *piis causis*), todos ellos imprescindibles



parecen haber llegado todavía a la aclaración definitiva ni siquiera del problema principal y previo a cualquier veredicto sobre la naturaleza jurídica corporativa o fundacional de las *piae causae*: el de su reconocimiento como sujetos de derecho independientes<sup>83</sup>.

Dadas las circunstancias descritas, algún pronunciamiento sobre la cuestión de la personalidad jurídica de las *piae causae* será, por nuestra parte, inevitable, pero sólo en la medida en que pueda ser útil a los efectos de avanzar en nuestro propósito comparativo, sin intención de comprometernos a fondo en el debate que toma este problema por objeto y con la decidida voluntad de evitar que este único, por más que importante aspecto de la personalidad jurídica se adueñe de nuestras preocupaciones.

2. De todos modos, para despejar un poco el camino y aclarar algunas ideas puede ser conveniente un ensayo previo de análisis de la forma en que se presentan las *piae causae* en algunas importantes leyes justinianeas, atendiendo a lo que en ellas se dice, y sobre todo a la manera de decirlo, cuando se habla de las personas, de los bienes y de las actuaciones que tienen que ver con las *piae causae*. No pretendemos en modo alguno hacer un estudio terminológico riguroso y exhaustivo encaminado a fijar el significado técnico de las palabras y expresiones legales, pues esto podría llevarnos de nuevo al atolladero en el que ha venido a parar la discusión sobre el problema de la personalidad jurídica de las “fundaciones” caritativas cristianas. Nuestra única intención es tratar de ver cómo se representaba el legislador justiniano la consistencia jurí-

---

e inseparables: G. BARONE-ADESI, “Dal dibattito cristiano sulla destinazione dei beni economici alla configurazione in termini di persona delle *venerabiles domus* destinate *piis causis*”, en *Atti dell'Accad. Romanistica Costantiniana* 9 (1993) pp. 259 ss., esp. 262 ss.; es significativa, con todo, esta frase del autor: “il legislatore viene, infatti, indotto a concepire le *venerabiles domus* quasi alla stregua di una persona giuridica non poco prodromica rispetto alla più moderna concezione di fondazione” (p. 264), que enlaza con observaciones correspondientes de R. ORESTANO, “Beni dei monaci e monasteri nella legislazione giustiniana”, en *Studi in onore di Pietro de Francisci* III, Milano, 1956 = Id., *Scritti* III, Napoli, 1998, pp. 1273 s.; - vi) ante lo que G. SAVAGNONE, “Le corporazioni-fondazioni”, en *BIDR* 18-19 (1956) pp. 93 ss., denomina “corporación-fundación”, esto es, una fundación agregada a una corporación con la que comparte una misma finalidad (cfr. pp. 94, 122); aunque, a decir verdad, en esta doctrina no queda claro si las alusiones a fundaciones que SAVAGNONE identifica en las fuentes (vid. en particular nts. 74-81, 86-91 y 94-99) responden o no a esta construcción, como sí parece responder a ella, en cambio, la estructura jurídica del orfanato (vid. p. 103), respecto del cual, sin embargo, subsiste la duda de si SAVAGNONE lo considera fundación o establecimiento de beneficencia, toda-vez que, según él, estas figuras no deben ser confundidas (cfr. pp. 108, 116, 119 y en general todo su análisis de la terminología). Dudosa sería aún, al menos para la mayoría, la inclusión en casi cualquiera de las hipótesis enumeradas de las liberalidades en favor de los pobres o para la redención de cautivos sin más, es decir, de aquellas que no se materializan en principio, desde la misma disposición del ordenante, en ningún establecimiento de caridad existente ni por constituir: cfr. PHILIPSBORN, *o.c.*, pp. 148 ss.; HAGEMANN, *o.c.*, pp. 65 ss.; R. FEENSTRA, “Le concept de fondation du droit romain classique jusqu'à nos jours”, en *RIDA* 3 (1956) p. 255.

83 Al menos, el reconocimiento de la independencia y personalidad jurídica de las *piae causae* en el derecho justiniano, admitido en tantos estudios especiales, no parece encontrar en las exposiciones de conjunto una acogida uniforme. Por el contrario, la idea de que las *piae causae* no llegaron a emanciparse completamente (por lo menos no todas) de la personalidad jurídica y el patrimonio de las iglesias sigue presente en el tratamiento que dedican a la materia algunos manuales: vid. por ejemplo A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993 (ristampa 1995), p. 166; A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* II, Santiago de Chile, 1996, pp. 757 ss.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*, Madrid, 2000, pp. 268 s. En la mayor parte de los casos, la admisión del sustancial progreso del derecho justiniano hacia el concepto de “fundación independiente” se acompaña con advertencias sobre la poca claridad de la construcción jurídica resultante y, en alguno de ellos, con prevenciones ante la posibilidad de que esa construcción haya significado la personificación del patrimonio-fin: vid. M. KASER, *Das römische Privatrecht* II. *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975, p. 158; P. JÖRS-W. KUNKEL-L. WENGER, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg, 1987, p. 81; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 184; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1992, pp. 327 s.; A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1997, pp. 400 s. La ambigüedad que envuelve el asunto se traslada a la exposición de A. DI PIETRO, *Derecho privado romano*, Buenos Aires, 1996, p. 99, cuando este autor escribe que no se podría decir que el patrimonio entregado a la Iglesia y administrado por sus autoridades para el cumplimiento de los fines caritativos perteneciera a la Iglesia misma ni tampoco que fuera una entidad separada e independiente, es decir, una persona jurídica en sentido moderno.

dica de estas instituciones, bajo el presupuesto, acaso un poco optimista, de que dicho legislador tenía una visión clara y coherente del asunto.

Vamos pues a fijarnos principalmente en las Novelas 7 (a. 535), 120 (a. 544) y 131 (a. 545) de Justiniano; de la tercera de ellas dice MURGA que representa el "verdadero estatuto justiniano de las *piae causae*"<sup>84</sup>; nosotros creemos que ese estatuto resulta mejor y más completamente de la consideración conjunta de las tres leyes. Pues bien, si ordenamos las referencias según el esquema gayano *personae-res-actioes*<sup>85</sup>, invirtiendo sin embargo el orden de sus dos primeros términos, el resultado puede ser el siguiente:

a. *Cosas*. Comenzando por lo más general, una primera constatación es que las cosas pertenecientes a las iglesias y a los establecimientos de caridad forman parte conjuntamente de la categoría de las *res sacrae* en el nuevo sentido de *res ecclesiasticae* que adquiere esta categoría bajo la influencia del Cristianismo<sup>86</sup>. Algunas huellas concretas de esto se encuentran, por ejemplo, en la Novela 7<sup>87</sup>, pero de forma más general, avala esta consideración el carácter inclusivo de la denominación ἐκκλησιαστικὰ πράγματα que figura en el título de esta misma Novela y en el de la Novela 120<sup>88</sup>. En efecto, bajo estas rúbricas relativas a la enajenación, permuta, enfiteusis, locación e hipoteca de las *res ecclesiasticae* se comprenden normas referidas no sólo a los bienes de las iglesias propiamente dichas, sino también a los bienes de instituciones caritativas y a las liberalidades para los pobres y para la redención de cautivos: todo ello cabe en aquella genérica denominación<sup>89</sup>.

Superabundates son después los comentarios que dejan translucir con mayor o menor inmediatez la existencia de una titularidad jurídica de las iglesias y establecimientos de beneficencia sobre unos bienes u otros, ya se trate de menciones explícitas de la *proprietas* (δεσποτεία) o la *possessio* (κτησις) de las iglesias y las venerables casas<sup>90</sup> ya de referencias abreviadas o implícitas en las que late la misma idea jurídica de pertenencia<sup>91</sup>.

---

84 MURGA, *o.c.*, p. 394.

85 Que en todo caso adoptamos únicamente como esquema útil para ordenar nuestra exposición y sin dar a cada uno de sus términos el mismo sentido y el valor sustancial que tiene en las Instituciones de Gayo (1.8) y luego en las de Justiniano (I. 1.2.12).

86 Vid. al respecto KASER, *o.c.*, pp. 243 s.; J.L. MURGA, *La venta de las res divini iuris en el Derecho romano tardío*, Santiago de Compostela, 1971, pp. 19 ss., 55 ss., 95 ss.; WUBBE, *o.c.*, pp. 211 s., 222; M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, pp. 29 s.

87 En Nov. 7, praef. pr. y cap. 2.1 se emplea precisamente la denominación ἱερὰ πράγματα, aunque con sentido equivalente al de ἐκκλησιαστικὰ πράγματα: cfr. WUBBE, *o.c.*, p. 218 nt. 3.

88 También en los títulos de las Novelas 46 (a. 537), 55 (a. 537) y 67 (a. 538).

89 La intención del legislador en la Novela 7 (praef. pr.) es "establecer una legislación" ("μίαν νομοθεσίαν ἐπιθεῖναι") para todos los bienes de las iglesias, albergues de forasteros, hospitales, monasterios, casas de expósitos, asilos de ancianos "y todo sagrado colegio": "καὶ παντός ἱερατικοῦ συστήματος"; esta enumeración es suplida en Nov. 120, praef. por una referencia genérica a los "bienes eclesiásticos" (ἐκκλησιαστικὰ πράγματα).

90 Así, por ejemplo, en Nov. 7, praef. pr., donde, resumiendo el contenido de una ley anterior de León limitada a la iglesia mayor de Constantinopla (C. 1.2.14, a. 470), se juega con las ideas de recompensar a dicha iglesia con una cosa de igual valor "a título de propiedad" ("κατὰ δεσποτείας λόγον"), de hacerse de la iglesia el uso de una cosa "juntamente con la propiedad" ("ἅμα τῇ δεσποτείᾳ") y de adquirir inmediatamente aquella iglesia la propiedad de una cosa ("αὐτίκα μὲν λήψεται τὴν δεσποτείαν"); cfr. también Nov. 7, cap. 4; Nov. 120, cap. 2 y cap. 9.1: "πράγμα... κατὰ δεσποτείαν... εἰς τὸν αὐτὸν εὐαγῆ οἶκον περιελθεῖν"; en Nov. 131, cap. 13.1 las iglesias figuran como destinatarias de la propiedad de los bienes dejados *post mortem* por sus obispos, y en Nov. 131, cap. 14.1 y 2, entre otros lugares, la iglesia local aparece reivindicando o reclamando (ἐκδικεῖω) la propiedad de ciertos inmuebles. Alusiones a las posesiones (κτησις) de las iglesias y venerables lugares o casas se encuentran en Nov. 120, cap. 6.2, cap. 9.1, cap. 7.1 y Nov. 131, cap. 5; en este último lugar se equipara a aquellas entidades con los demás poseedores: "κατὰ μίμησιν τῶν ἄλλων κτητόρων"; cfr. también Nov. 46, praef.

La conclusión obligada de esto último parece ser la percepción, por parte del legislador, de la existencia de conjuntos de bienes, en especial de carácter inmueble<sup>92</sup>, que se encuentran colocados al servicio de las necesidades específicas de cada iglesia o de cada casa de caridad, si no incluso el reconocimiento de la autonomía patrimonial de muchas de estas instituciones.

b. *Personas*. En lo que atañe a las personas que de cualquier forma se relacionan con el funcionamiento de las *piae causae* -desde los obispos y los ecónomos hasta los servidores, pasando por los preposítos, administradores y cartularios- las leyes que estamos analizando exhiben un cuadro ciertamente confuso. Trataremos de arrojar un poco de luz sobre este abigarrado panorama mediante la selección de aquellas referencias que parecen indicar datos constantes, es decir, cierta regularidad en la presencia y actuación de determinadas personas<sup>93</sup>.

En primer lugar, hay dos figuras que son mencionadas con extraordinaria frecuencia: la del preposíto (προεστῶς, *praepositum*)<sup>94</sup> y la del administrador (διοικητής, *ordinator*)<sup>95</sup> de las venerables casas, lugares o colegios. Hasta qué punto se trata de figuras diferentes y en qué relación se encuentran, caso de ser efectivamente distintas, es algo difícil de determinar<sup>96</sup>. En cualquier caso, parece seguro que ambas forman parte del armazón administrativo ordinario de estos establecimientos, y de no ser por la ambigüedad que proyectan algunos pasajes<sup>97</sup>, probablemente se podría conjeturar que el preposíto es el principal de entre los varios gestores que puede haber al frente de una casa de beneficencia y el último responsable de su administración. De aceptarse esta hipótesis, a la figura del preposíto se podría asimilar la del encargado de cada tipo de establecimiento de caridad en particular, esto es, la figura de los ξενοδοχοί,

91 Referencias que son de varios tipos: - i) bienes de las venerables casas o lugares: Nov. 7, cap. 2.1, Nov. 120, cap. 1 pr. y 1; - ii) cosas (muebles o inmuebles) pertenecientes (προσθήκω, διαφέρω) a las iglesias o a las venerables casas o colegios: Nov. 7, cap. 9 pr., Nov. 120, cap. 1 pr. y 2, cap. 5.1, cap. 6.1, cap. 7.1, cap. 8 y cap. 11; el modelo lo proporciona esta frase de Nov. 120, cap. 1.2: "τόποι ἢ τῇ αὐτῇ ἁγιωτάτῃ μεγάλῃ ἐκκλησίᾳ ἢ τινι τῶν εἰρημένων εὐαγῶν οἴκων προσήκοντες"; - iii) "ἐκκλησιαστικά ἢ πτωχικά πράγματα": Nov. 7, cap. 3 pr. y 2, cap. 5 pr. y 1, cap. 6 pr., cap. 7 pr., epil.; en Nov. 7, cap. 4, la denominación "πράγμα ἐκκλησιαστικόν" comprende las cosas de las iglesias y las de los hospicios de pobres; en Nov. 65, praef. (a. 538) se habla de "*res ecclesiasticae vel aliae quae piis domibus deputatae sunt*".

92 Cfr. los títulos de las Novelas 46, 54 (a. 537) y 67 (a. 538). A título de ejemplo, entre esos bienes la Nov. 7, cap. 6 pr. menciona casas, predios suburbanos, campos, huertos, *annonae* o *panes civiles* y esclavos rústicos. En todo caso, como es lógico, tampoco faltan las referencias explícitas a las cosas muebles pertenecientes a las venerables casas: Nov. 46, praef., Nov. 120, cap. 6.2 y cap. 11, Nov. 131, cap. 11, etc.

93 Sobre esta materia, vid. también DUFF, *o.c.*, pp. 179 ss.; HAGEMANN, *o.c.*, pp. 49 ss.; FABBRINI, *o.c.*, pp. 90 ss.

94 Nov. 7, cap. 1, cap. 2.1, cap. 3.2, cap. 6.1, cap. 12; Nov. 46, praef.; Nov. 54, cap. 2; Nov. 120, cap. 4, cap. 5 pr., cap. 6.1, cap. 7.1., cap. 8; un sinónimo parece ser la palabra ἡγούμενος (ἡγούμενοι), utilizada en varias ocasiones con el significado de abad o abadesa de un monasterio (Nov. 7, cap. 1, cap. 5 pr., cap. 6 pr., cap. 12, epil.) o en referencia genérica a "venerables colegios (o corporaciones)" (Nov. 7, cap. 6 pr., cap. 10, epil.): "οἱ τῶν ἄλλων ἡγούμενοι συστημάτων" (cap. 10).

95 Nov. 120, cap. 1 pr., cap. 1.1 y 2, cap. 4, cap. 5.1, cap. 6.1, 2 y 3, cap. 7 pr. y 1, cap. 8; Nov. 131, cap. 10.2, cap. 13.2, cap. 14 pr.

96 Al menos en cuatro lugares se habla conjuntamente de los preposítos y los administradores, pero la impresión que se obtiene no es del todo clara: en Nov. 120, cap. 4 parecen ser lo mismo, pues se habla indistintamente de διοικηταί y de προεστῶτες, término éste que se emplea en plural no genérico sino referido a una venerable casa determinada; en cambio, en Nov. 120, cap. 6.1 y cap. 7.1 el preposíto de cada venerable casa parece ser uno solo a cuyo lado se sitúan los administradores, y en Nov. 120, cap. 8 la referencia es a los administradores de alguna venerable casa y, esta vez de forma genérica, a los preposítos de los venerables lugares.

97 Por ejemplo, en Nov. 120, cap. 6.3 se habla en singular de "el administrador de cualquier venerable casa": "[Ὁ] διοικῆτης οἰοῦδήποτε εὐαγοῦς οἴκου"; algo parecido sucede en Nov. 131, cap. 14 pr. ("ὁ διοικῆτης τοῦ οἴκου") y en Nov. 123 (a. 546), cap. 16.1 y 2; vid. además la nota anterior.

νοσοκόμοι, πτωχοτρόφοι, βρεφοτρόφοι, ορφανοτρόφοι, γεροντοκόμοι, etc. mencionados también muchas veces<sup>98</sup>, aunque aquí nuevamente topamos con la dificultad de algunos lugares en los que se da la impresión de que estos encargados no se diferencian en realidad del administrador (διοικητής)<sup>99</sup>.

Mención especial merecen, en segundo lugar, los obispos y los ecónomos que en ciertos casos y para ciertos asuntos constituyen su brazo ejecutor. De interés secundario para nosotros son aquellas referencias en las que estas personas aparecen desarrollando alguna operación que afecta a los bienes propios de sus respectivas iglesias<sup>100</sup>. En cambio, debemos resaltar aquellas otras en las que su actuación se relaciona directamente con la buena marcha de las *piae causae*; las referencias más significativas en esta dirección se encuentran sobre todo en las Novelas 120, 123 y 131, y en conjunto dibujan no tanto un cuadro de sujeción de los establecimientos caritativos a la directa administración episcopal -con la importante excepción de aquellas casas de las que las propias leyes dicen esto precisamente<sup>101</sup>- cuanto el ejercicio por parte de los obispos y ecónomos de un poder difuso de vigilancia e inspección sobre la gestión realizada por los administradores ordinarios (προεστῶτες, διοικηταί, etc.) al frente de aquellos establecimientos<sup>102</sup>. Conviene destacar asimismo el dato de que por lo menos en determinados casos, si no con carácter ordinario o general, el encargado de nombrar (“προβάλλω ἢ χειροτονέω”) a estos administradores es también el obispo<sup>103</sup>.

Finalmente, en determinados momentos, y sobre todo ante determinadas decisiones que afectan a bienes raíces pertenecientes a casas de caridad, son mencionadas otras personas cuyo papel, sin estar claro del todo por el carácter esporádico de sus apariciones en la legislación imperial, no permite afirmar con seguridad su integración estable como figuras independientes en el cuadro administrativo de aquéllas. Éste es el caso de los cartularios (χαρτουλάριοι) que deben jurar -a veces en unión de los ecónomos y de los administradores, y ante el obispo o el prepósito de la venerable casa según la variedad de los casos- que la enfiteusis (temporal o a perpetuidad), la hipoteca o el arrendamiento por más de cinco años no se hacen en perjuicio del establecimiento al que pertenece el inmueble<sup>104</sup>. Y éste es el caso asimismo de “los que sirven” (λειτουργοῦντες) en la venerable casa, cuyo consentimiento mayoritario debe unirse al juramento y el consentimiento de los administradores en el complejo procedimiento establecido para la venta de un inmueble con el fin de pagar a un acreedor que no acepta otro modo de liquidar su crédito menos gravoso para la casa deudora, o para la dación en pago de dicho inmueble; consentimiento de la mayor parte de los que prestan servi-

98 Nov. 7, cap. 1, cap. 6 pr. y 1 y cap. 12 (donde en efecto se les asimila a los προεστῶτες), cap. 5 pr., epil.; Nov. 120, cap. 5.1, cap. 6.2; Nov. 131, cap. 10.2, cap. 13.2.

99 Nov. 120, cap. 5.1 y cap. 6.2; Nov. 131, cap. 10.2, cap. 13.2; Nov. 123, cap. 16.1, cap. 23.; cfr. J.P. THOMAS, *Private Religious Foundations in the Byzantine Empire*, Washington, D.C., 1987, p. 67.

100 Por ejemplo, Nov. 7, praef. pr. (resumiendo el contenido de la ley de León recogida en C. 1.2.14), cap. 1, cap. 5 pr.-2, cap. 6 pr., cap. 10, cap. 12; Nov. 120, cap. 5 pr. (en materia de enfiteusis, hipoteca y arrendamiento por más de cinco años de bienes de la iglesia mayor de Constantinopla).

101 Vid. principalmente Nov. 120, cap. 6.1 y 2; cfr. *infra*, apartado VI.2.e).

102 Sin entrar por ahora en el análisis de las normas en cuestión, vid. Nov. 7, cap. 3.2; Nov. 120, cap. 6.1 y 2; especialmente Nov. 131, cap. 10.2. Se debe señalar también que en la Nov. 131, cap. 10 pr. y 2 y cap. 11.2 el obispo es encargado especialmente de velar por el cumplimiento de todas las “pías voluntades” (εὐσεβείς βουλῆσεις) aun en contra de la prohibición especial del testador o del donante; en determinadas circunstancias (cfr. Nov. 131, cap. 11.1-3, cap. 12 pr.), el obispo mismo y sus ecónomos se hacen cargo de la ejecución de la obra piadosa; en la legislación anterior, vid. C. 1.3.45(46) pr.-6a (a. 530).

103 Nov. 120, cap. 6.1 y 2, cap. 7.1; en la legislación anterior, vid. C. 1.3.41(42).20 (a. 528); vid. Nov. 131, cap. 10.2 para los casos en los que el testador, directamente o por encargo a sus herederos, ha determinado quiénes deben ser nombrados como administradores; cfr. THOMAS, *o.c.*, p. 54.

104 Nov. 120, cap. 5 pr., cap. 6.1.

cio que también es necesario, junto con el de los administradores de las dos casas interesadas, cuando lo que éstas pretenden realizar es una permuta<sup>105</sup>.

c. *Acciones*. Si consideramos por último la actividad jurídica de la que pueden ser protagonistas las *piae causae*, salta a la vista de forma inmediata la preocupación especial del legislador por preservar la consistencia patrimonial de estos establecimientos manteniendo sus bienes a salvo de operaciones imprudentes, perjudiciales o fraudulentas que los pudieran disminuir o disipar. Las normas en tal dirección se multiplican en un breve arco de tiempo a partir de la Novela 7 del año 535 y configuran un régimen de relativa inalienabilidad que afecta fundamentalmente a los bienes inmuebles y que tiende a ser suavizado mediante sucesivas adaptaciones a situaciones o necesidades determinadas.

Anudándose principalmente a una constitución anterior del emperador León (C. 1.2.14), la mencionada Novela 7 se ocupa con detenimiento de las que en algún momento denomina, con nombre colectivo, “enajenaciones eclesiásticas”<sup>106</sup>. La norma principal que se establece, en relación con la cual se articulan todas las demás, consiste en la prohibición general de enajenar bienes inmuebles pertenecientes a iglesias, monasterios y casas de caridad; la prohibición se dirige a los patriarcas y obispos, a los abades y abadesas y a los encargados de los establecimientos, incluye la venta, la donación, la permuta y la enfiteusis perpetua y se extiende también a los inmuebles en ruinas o destruidos<sup>107</sup>. La enfiteusis temporal queda permitida en favor de un primer concesionario y de dos herederos, hijos o nietos de aquél o el marido o la mujer si fueron mencionados expresamente<sup>108</sup>. También es posible la cesión del uso o el usufructo de fincas, si bien con el requisito de que el que lo recibe entregue inmediatamente en compensación a la iglesia o el establecimiento otro inmueble de valor equivalente al que obtiene, debiendo quedar íntegramente ambas fincas, a la extinción del derecho, en poder de la iglesia o el establecimiento concedente<sup>109</sup>. Otras disposiciones se refieren a la prohibición de enajenar vasos sagrados, salvo que ello se haga para la redención de cautivos, y a la prohibición de adquirir predios improductivos por vía de donación o de compra<sup>110</sup>.

En la legislación sucesiva, a la vez que se mantiene con carácter general la regla de la inalienabilidad<sup>111</sup>, se va configurando un régimen parcialmente distinto, y en con-

105 Vid. respectivamente Nov. 120, cap. 6.2 y cap. 7 pr. (exceptuando la iglesia mayor de Constantinopla y las casas establecidas bajo su dependencia); en Nov. 120, cap. 7.1 lo que se exige es el juramento de la mayor parte de estos servidores para vender una posesión gravada con muchos tributos y poco productiva. Los *λειτουργοῦντες* de esta Novela son el equivalente de los *ὑπουργοῦντες* de C. 1.2.17.2.

106 Nov. 7, praef. pr.: “περὶ τῶν ἐκκλησιαστικῶν ἐκποιήσεων”, expresión que se repite en el título de la Nov. 120: “περὶ ἐκποιήσεως καὶ ἐμψυτεύσεως ἐκκλησιαστικῶν πραγμάτων”; con anterioridad, cfr. C. 1.2.17. Un resumen del contenido principal de las Novelas 7 y 120, en WUBBE, *o.c.*, pp. 217 y 220 ss., respectivamente.

107 Nov. 7, cap. 1, cap. 3.2; también se prohíbe la prenda especial sobre inmuebles y asimilados (cap. 1, cap. 2.1, cap. 5 pr.), permitiéndose llegar como máximo, en caso de ineludible necesidad, a la hipoteca general: cap. 6.1. El régimen de sanciones contra los infractores de estas disposiciones se fija en los cap. 5 y 6 pr. (según los cuales la responsabilidad no recae sobre la casa sino sobre sus administradores) y en el cap. 7 pr. Como excepción se autoriza la permuta de inmuebles con el imperio: Nov. 7, cap. 2.1.

108 Nov. 7, cap. 3 pr.-2 (cfr. C. 1.2.24.5, a. 530); la enfiteusis se extingue si el enfiteuta deja de pagar el canon durante dos años continuos, en lugar de los tres ordinarios.

109 Nov. 7, cap. 4, Nov. 120, cap. 2, cap. 9.1.

110 Respectivamente Nov. 7, cap. 8 (cfr. C. 1.2.21, a. 529, e I. 2.1.8) y cap. 12 (cfr. también Nov. 120, cap. 9.1); en este último caso se subraya de nuevo la indemnidad de las venerables casas y la responsabilidad personal de sus administradores. En Nov. 7 epil. se confirma la legislación anterior sobre el arrendamiento de bienes eclesiásticos (cfr. C. 1.2.24.4).

111 Suavizada por la Nov. 46, cap. 1 (a. 537), que permite la enajenación de algún inmueble, en caso de necesidad, para allegar recursos con los que pagar deudas fiscales; quedan excluidas de esta excepción la

junto algo más riguroso, para la iglesia mayor de Constantinopla y para los establecimientos de caridad ubicados en esa ciudad o en su región. Así, por ejemplo, respecto de la enfiteusis, el régimen previo de la temporalidad se conserva sólo para los inmuebles de dicha iglesia y de tales establecimientos<sup>112</sup>, mientras que para los pertenecientes a iglesias o venerables casas situados en otras regiones se llega a admitir la enfiteusis perpetua, primero sólo la que entre sí puedan realizar estos establecimientos y después ya sin ninguna restricción de esta naturaleza<sup>113</sup>. Una evolución similar puede observarse en relación con la permuta<sup>114</sup> y con el arrendamiento de inmuebles<sup>115</sup>. Por último, si en el año 544 se prohíbe a los administradores de las casas de caridad recibir directa o indirectamente enfiteusis, arrendamiento o hipoteca de bienes pertenecientes a estos establecimientos, dos años más tarde la prohibición es levantada por lo que respecta al arrendamiento y la enfiteusis<sup>116</sup>.

Naturalmente, la administración y preservación de recursos presupone su previa adquisición. Las *piae causae* tienen, en efecto, la capacidad de adquirir bienes y derechos, y en este campo destacan por encima de todo las prescripciones relativas a las liberalidades *inter vivos* y *mortis causa* de las que pueden ser destinatarias. Las primeras manifestaciones legislativas sobre esta materia empiezan a producirse, como es bien sabido, prácticamente desde los mismos inicios del Imperio cristiano<sup>117</sup>, pero, con arreglo al propósito que nos hemos fijado en este apartado, debemos centrar nuestra exposición en las Novelas de Justiniano<sup>118</sup>.

La información más abundante procede de la Novela 131. En primer lugar, la posibilidad de dejar herencias y legados a establecimientos preexistentes está implícita ya en la concesión de un plazo especial de cuarenta años para su reclamación<sup>119</sup>. Otra opción legalmente aceptable consiste en dejar la herencia o el legado para la redención de cautivos o para alimento de pobres, comitiendo la norma la ejecución del piadoso designio al obispo de la ciudad y sus ecónomos si es que el testador no ha dado instrucciones concretas sobre el modo de realizarlo, o si aquellos a quienes se lo encargó se retrasaran en darle cumplimiento<sup>120</sup>. Cuando el heredero no paga lo dejado *ad pias causas* so pretexto de insuficiencia de los bienes hereditarios pierde la *quarta Falcidia*,

---

iglesia mayor de Constantinopla y las casas de su término: Nov. 46, cap. 3.; vid. también, entre otros lugares, Nov. 40 (a. 536), que permite a la iglesia de la resurrección de Jerusalén la venta de edificios, Nov. 65 (a. 538), limitada a la iglesia y provincia de Misia, y Nov. 120, cap. 6.2, cap. 7.1, cap. 9 pr.; cfr. WUBBE, *o.c.*, pp. 219 s.; BARONE-ADESI, "Il sistema giustiniano" cit., pp. 103 ss.

112 Nov. 55 (a. 537), cap. 2; Nov. 120, cap. 1 pr., cap. 5 pr.; si se trata de inmuebles arruinados se admite la enfiteusis perpetua: Nov. 120, cap. 1.2.

113 Nov. 55, cap. 2; Nov. 120, cap. 6 pr.-2, con minuciosa regulación del procedimiento a seguir; cfr. también Nov. 123, cap. 6.

114 Nov. 54 (a. 537), cap. 2; Nov. 55, cap. 1; Nov. 120, cap. 1 pr., cap. 7 pr.

115 Que todavía no es mencionado en la Nov. 7; cfr. Nov. 120, cap. 3, cap. 5 pr., cap. 8; Nov. 123, cap. 6.

116 Respectivamente Nov. 120, cap. 5.1 y cap. 7.1, y Nov. 123, cap. 6.

117 Vid. por todos BIONDI, *o.c.*, pp. 341 s.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano I. Introduzione. Parte generale*<sup>2</sup>, Milano, 1967, pp. 426 s.; T. KUNDEREWICZ CR., "Disposizioni testamentarie e donazioni a scopo di beneficenza nel diritto giustiniano", en *SDHI* 47 (1981) pp. 57 ss.

118 Con anterioridad a las Novelas pueden verse, entre otras, las siguientes leyes justinianas: C. 1.2.19 (a. 528), C. 1.2.22 (a. 529), C. 8.53(54).34 (a. 529), C. 1.2.23 (a. 530), C. 1.3.45(46) pr., 1 y 9 (a. 530), C. 1.3.48(49) (a. 531), C. 1.3.55(57) pr. y 3 (a. 534); cfr. KUNDEREWICZ CR., *o.c.*, pp. 67 ss., 75 ss.

119 Herencias y legados *ad pias causas* ("τῶν εἰς εὐσεβεῖς αἰτίας καταλελειμμένων"): Nov. 131, cap. 6.

120 Nov. 131, cap. 11; aunque lo dejado para los mencionados fines pueda haberlo sido bajo la modalidad de una renta anual, no parece que estos casos den lugar al nacimiento de un establecimiento diferente de la propia iglesia episcopal. Distinto es el supuesto de la fundación de un establecimiento de caridad ordenada en el testamento: Nov. 131, cap. 10.

y de nuevo es encargado el obispo de aplicar la totalidad de los bienes a los fines señalados por el testador<sup>121</sup>. Los legados en favor de las *piae causae* se deben cumplir en el plazo de seis meses desde la apertura del testamento, el retraso obliga a abonar frutos e intereses desde la muerte del testador<sup>122</sup>. Cuando las personas o los inmuebles a cuyo cargo fue dejado un legado de anualidad (*annuum legatum*) se encuentran en una provincia lejana de la venerable casa beneficiaria, puede ésta, con el consentimiento de la parte obligada, permutar o vender el legado de modo que su valor no experimente disminución<sup>123</sup>. La propiedad de los bienes que adquieren los responsables de un establecimiento de beneficencia durante el tiempo de su administración, con excepción de los procedentes de parientes hasta el cuarto grado, corresponde tras la muerte de aquéllos a dicho establecimiento<sup>124</sup>.

Finalmente, la donación de predios gravosos o improductivos es nula y da lugar a la responsabilidad del administrador que los acepta<sup>125</sup>.

El tercer y último grupo de normas nos descubre de forma muy fragmentaria algunos aspectos de la actuación de las *piae causae* como acreedoras y deudoras, como demandantes y demandadas. Aquí encaja el privilegio de la prescripción de cuarenta años con que son favorecidos los “derechos y contratos” de los religiosos o venerables lugares (“τοῖς σεβασμίοις τόποις καὶ τῷ δικαίῳ αὐτῶν καὶ τοῖς συναλλάγμασι”)<sup>126</sup>, las reglas sobre el pago de las deudas que estos establecimientos pueden tener con el fisco o con acreedores privados<sup>127</sup> y las providencias relativas a la actuación procesal por medio de su encargado o administrador<sup>128</sup>; también las ocasionales referencias a la reivindicación<sup>129</sup>.

d. *Conclusión*. Bienes, funciones administrativas y actividad jurídica posible y reconocida, además de una causa o finalidad altruista, son las piezas que configuran la pujante realidad de las *piae causae* del siglo VI. Hay un patrimonio, hay unas relaciones jurídicas que se le imputan y hay unos individuos encargados, en distintos momentos y en diferentes niveles, del cuidado y manejo de todo ello con vistas a la realización

121 Nov. 131, cap. 12 pr. Es discutido si esta disposición exceptúa en general los legados y fideicomisos *ad pias causas* de la aplicación de la *lex Falcidia*; cfr. al respecto G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino, 1962, p. 345; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, rist. Roma, 1976, pp. 543 ss.

122 Nov. 131, cap. 12.1.

123 Nov. 131, cap. 12.2; con anterioridad, vid. C. 1.3.45(46).9-15 y C. 1.3.55(57).1 y 2.

124 Nov. 131, cap. 13.1-2; no se trata de un supuesto de sucesión *abintestato*: el establecimiento es contemplado como propietario y no como heredero (vid. Nov. 131, cap. 13.3); cfr. ya antes C. 1.3.41(42).11-15. Por otro lado, sin embargo, el dinero prestado al obispo, al ecónomo o al administrador de cualquier venerable casa sólo puede ser reclamado a ésta si se prueba que fue invertido en su propio beneficio: Nov. 120, cap. 6.3.

125 Nov. 7, cap. 12; cfr. Nov. 120, cap. 9 pr. Con la misma preocupación, aunque con perspectiva distinta, la Nov. 65 permite a las iglesias de Misia vender los inmuebles adquiridos mediante herencias o legados para redención de cautivos o alimento de pobres cuando son poco productivos o están expuestos a las incursiones de los bárbaros.

126 Nov. 111, cap. 1 (a. 541); esta disposición rectifica una ley anterior del Código (C. 1.2.23.4 [a. 530], sobre la cual vid. WUBBE, *o.c.*, pp. 215 s.) que sometía a una prescripción privilegiada de cien años cualquier acción personal o real con la que las iglesias y los establecimientos de caridad pudieran reclamar las herencias, legados y fideicomisos que se les dejaban y las cosas que adquirirían por donación o venta; el nuevo plazo de cuarenta años de la Nov. 111 se refiere a los mismos casos y es generalizado en Nov. 131, cap. 6; la Nov. 9 (a. 535) extendió la prescripción centenal a las iglesias occidentales, cabiendo la duda de si fue modificada también por la Nov. 111.

127 Nov. 46, cap. 1 y 2 (cfr. Nov. 54, cap. 2 pr., Nov. 65, praef., Nov. 67, cap. 4); Nov. 120, cap. 6.2.

128 Nov. 131, cap. 15 pr., que sólo menciona los orfanatos; cfr. Nov. 123, cap. 28.

129 Nov. 131, cap. 11.3, cap. 14.1-3. Puede recordarse también la exclusión de la *condictio indebiti* respecto de los legados y fideicomisos dejados a las iglesias y establecimientos de caridad: I. 3.27.7.

del fin caritativo que en cada caso corresponde. Entre otras señales de lo mismo, las numerosas normas sobre la responsabilidad personal de los administradores en caso de mala gestión, de las que apenas hemos mencionado algunas<sup>130</sup>, prueban la independencia de los conjuntos de bienes y relaciones jurídicas que aquellos individuos gobiernan<sup>131</sup>. A nosotros nos basta con esta constatación; la preocupación ulterior por reunir las variadas manifestaciones de aquella pujante realidad bajo un *nomen iuris* que pueda comprenderlas a todas responde a un purito dogmático del que podemos prescindir en este momento.

De todos modos, no se nos oculta que la caracterización anterior puede pecar de alguna inexactitud en los casos de “fondos” (no concretados, en principio, en un establecimiento físico permanente) para alimento de pobres y redención de cautivos, perfectamente posibles y seguramente muy frecuentes a la luz de la legislación que los contempla<sup>132</sup>. Dejamos aquí constancia de esta nueva manifestación de la caridad privada de la que tendremos que volver a ocuparnos después.

3. Intentemos situarnos ahora sin ideas preconcebidas frente al panorama descrito en los párrafos anteriores. Probablemente será fácil convenir en la necesidad de no dar demasiado crédito al oscilante vocabulario que emplean las Novelas de Justiniano para referirse a las que, también sin mayor pretensión de rigor técnico por nuestra parte, venimos denominando *piae causae*. Tenemos, por un lado, enumeraciones frecuentes que colocan en línea los hospitales (νοσοκομεία), orfelinatos y casas de expósitos (ὄρφανοτροφεία, βρεφοτροφεία), asilos de ancianos (γεροντοκομεία), hospederías para forasteros (ξενῶνες ο ξενοδοχεία), casas para pobres (πτωχεία), etc.<sup>133</sup> como los integrantes más repetidos de la tipología de “obras de caridad” que tanto proliferan en la sociedad romana del siglo VI. Parece indudable que estas denominaciones aluden a la existencia de un substrato físico duradero que dota de consistencia material y de individualidad perceptible a cada uno de estos establecimientos, pero en principio no dicen nada concreto acerca de su condición jurídica<sup>134</sup>. Por otro lado, la señalada terminología de efecto individualizador y carácter concreto coexiste en las Novelas con otras formas de referirse colectivamente a las “obras” o “establecimientos” de beneficencia, y han sido fundamentalmente estas otras expresiones las que han dado pie en más de una oportunidad a la formulación de diferentes teorías sobre la personalidad jurídica y sobre la naturaleza fundacional o corporativa de estas instituciones<sup>135</sup>. Creemos que tales intentos de caracterización dogmática están, en general, condenados al fracaso desde el momento en que su apoyo principal consiste en el análisis de unos términos que el legis-

130 Vid., entre otros lugares, Nov. 7, cap. 5 pr.-2, cap. 6 pr. y 3, cap. 7 pr., cap. 12; Nov. 120, cap. 6.3, cap. 9 pr.; cfr. Nov. 123, cap. 23. Sobre la responsabilidad de los administradores de las *piae domus*, vid. especialmente FABBRINI, *o.c.*, pp. 87 s. (sobre Nov. 120, cap. 6.3), 92-105.

131 De C. 1.3.41(42).6 y Nov. 131, cap. 13.1-2 se desprende también la distinción entre los bienes del establecimiento y los de su administrador; las inconsecuencias o contradicciones lógicas que cree apreciar HAGEMANN, *o.c.* pp. 39 ss., en estas leyes de Justiniano no desvirtúan nuestra afirmación; cfr. FABBRINI, *o.c.*, p. 91. ELIACHEVITCH, *o.c.*, pp. 341 s., da por seguro el dato de la autonomía jurídica de las *piae causae* en la época justiniana; cfr. también H.R. HAGEMANN, “Die rechtliche Stellung der christlichen Wohltätigkeitsanstalten in der östlichen Reichshälfte”, en *RIDA* 3 (1956) pp. 272, 279 s.

132 C. 1.2.19, C. 1.2.23.1 y 3, C. 1.3.48(49), C. 6.48.1.29, C. 8.53.36 pr., Nov. 131, cap. 6 y esp. cap. 11; cfr. ELIACHEVITCH, *o.c.*, pp. 343 ss.; HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 65 ss.; KUNDEREWICZ CR, *o.c.*, pp. 85 ss., 88 ss.

133 La legislación imperial no establece un *numerus clausus* de establecimientos de caridad: vid. PHILIPSBORN, *o.c.*, pp. 146 s.; MURGA, *Donaciones y testamentos* cit., pp. 377 nt. 155, 417 ss.; FABBRINI, *o.c.*, pp. 59 s.

134 En el mismo sentido se expresa J. GAUDEMET, “Les fondations en Occident au Bas-Empire”, en *RIDA* 2 (1955) p. 284; más en general, vid. también P.G. CARON, “La proprietà ecclesiastica nel diritto del tardo impero”, en *Atti dell'Accad. Romanistica Costantiniana* 9 (1993) pp. 217 ss.

135 Cfr. *supra*, nts. 82 y 83.



lador justiniano parece emplear con notable inconsecuencia, y seguramente sin la coherencia jurídico-conceptual que indebidamente se le tiende a suponer.

En efecto, en el lenguaje de las Novelas -aunque esto es algo de lo que ya da muestras la legislación anterior<sup>136</sup>- hay varios apelativos que se aplican a las *piae causae* poco menos que de forma indistinta y por tanto, podemos concluir razonablemente, sin intención apreciable de marcar con el uso de uno u otro de ellos diferencias significativas de configuración y régimen jurídico. Términos como (venerables, santos, sagrados, religiosos, etc.) “colegios [corporaciones]”, “casas” o “lugares” aparecen no sólo en leyes distintas y sucesivas, lo que podría fundar la conjetura de una evolución de la terminología relacionable con una evolución paralela de la concepción subyacente del legislador<sup>137</sup>, sino también alternándose -y eventualmente acoplándose- en el interior de una misma Novela. Concretamente, la palabra “colegio” (σύστημα) se utiliza ocho veces en la Novela 7<sup>138</sup>, casi siempre como remate de una enumeración no exhaustiva o bien en unión de “casas”, mientras que este segundo vocablo es empleado en la misma ley en más de diez ocasiones<sup>139</sup>. En las Novelas 120, 123 y 131 ya no se habla de colegios sino sólo, con machacona reiteración, de “casas” (οἶκοι) y de “lugares” (τόποι)<sup>140</sup>; recuérdese, sin embargo, que estas denominaciones ya eran frecuentes en la legislación justiniana hasta el año 534<sup>141</sup>, por lo que no será legítimo pretender que su insistente utilización en estas tres Novelas es síntoma o reflejo de algún cambio importante respecto del uso de συστήματα en la Novela 7<sup>142</sup>. Para lo que aquí nos importa, tampoco es posible deducir nada concreto de las muy pocas ocurrencias en que aparece la locución *piae causae* (εὐσεβείς αἰτίαι), utilizada en ocasiones para expresar la finalidad de un acto y carente en general de cualquier valor denominativo o conceptual<sup>143</sup>.

136 En C. 1.2.20, C. 1.2.23.3, C. 1.2.25(26) pr., C. 1.3.41(42).12, C. 1.3.45(46).11 y C. 1.3.55(57).2 y 4 se habla de “casas” o de “lugares; en C. 1.3.45(46).9 y C. 1.3.55(57).1, las palabras empleadas son *corpora* o *συστήματα*; vid. además C. 1.2.22 pr. (“*aliarum domorum, quae piis consortiis deputatae sunt*”) y C. 1.3.55(57).3 (“*τοῖς δὲ εὐαγέσιν οἴκοις καὶ ταῖς αὐτῶν συστάσεσιν*”); en algunos pasajes, en fin, se habla con sentido no unívoco de bienes destinados a usos piadosos (C. 1.3.41[42].17: “*τὰ εἰς εὐσεβείας ἀφορισμένα χρεῖας πράγματα*”) o de *piae causae* u *operae* (C. 1.2.19, C. 1.3.45[46].1a, 3 y 12, C. 8.53[54].34.1a: “*donationes super piis causis factae*”, “*δοῦναι πρὸς... εἰς εὐσεβείας αἰτίας, τῶν εὐσεβῶν πράξεων διοικητάς, ταῖς εὐαγέσι πράξεσι*”, “*donationibus... quae in causis piissimas procedunt*”); cfr. también C. 1.3.45(46).6: “*τὸ εὐσεβὲς ἔργον ἢ τὴν εὐσεβῆ φιλοτιμίαν*”. Una recopilación de los lugares en los que se utilizan las diferentes denominaciones puede verse en SAVAGNONE, *o.c.*, pp. 108 ss. (*domus* y *locus*), 114 s. (*collegium*), 115 s. (*corpus*), 116 ss. (*piae causae*), 119 ss. (*pia acta* y *pius usus*); sobre la terminología de las fuentes, vid. también FABBRINI, *o.c.*, pp. 58 s., 76 ss.

137 Siempre que, por otro lado, las leyes posteriores no mostraran retrocesos a la terminología empleada en las anteriores, lo que no es el caso; ELIACHEVITCH, *o.c.*, p. 343, pone claramente de relieve la futilidad del argumento basado en la terminología.

138 Nov. 7, praef. pr., cap. 1, cap. 2.1, cap. 6 pr., cap. 9, cap. 10, cap. 12, epil.

139 Nov. 7, cap. 2.1, cap. 3 pr. y 2, cap. 4, cap. 5 pr., 1 y 2, cap. 6 pr. y 1, cap. 7 pr., cap. 12.

140 Nov. 120, cap. 1 pr., 1 y 2, cap. 2, cap. 3, cap. 4, cap. 5 pr. y 1, cap. 6 pr., 1, 2 y 3, cap. 7 pr. y 1, cap. 8, cap. 9 pr. y 1, cap. 10, cap. 11; Nov. 123, pr., cap. 6, cap. 16.1 y 2, cap. 23; Nov. 131, cap. 4, cap. 5, cap. 6, cap. 9.1, cap. 10 pr., cap. 12.2, cap. 13.2, cap. 14 pr., cap. 15.1.

141 Vid. *supra*, nt. 136; ya en I. 3.27.7 se hacía mención de los venerables lugares “*quae religionis pietatis intuitu honorificentur*”.

142 En realidad, el término σύστημα tampoco se encuentra ya en las Novelas intermedias (Nov. 46, 54, 55 y 65), en las que solamente se utiliza la denominación “casas”. DUFF, *o.c.*, p. 188, llega a la conclusión de que εὐαγὲς σύστημα es una mera variación de εὐαγὲς οἶκος; también en opinión de FABBRINI, *o.c.*, p. 77, *consortium* es simplemente un sinónimo de *pia domus*; según R. ZIMMERMANN, “Cy-près”, en *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz, 1986, p. 403, *venerabiles domus* (o *loci*) no es un término técnico.

143 Cfr. por ejemplo Nov. 65, cap. 1.4: “*si pretia... in aliam causam consumserint, licet piissima sit, et non in praedictas duas tantummodo causas*”, o sea, para la redención de cautivos o para alimento de pobres, “actos” calificados de *piissimi* (igual en la Nov. 115, cap. 3.13 [a. 542] para la redención de cautivos); Nov.

## VI. ESTUDIO INSTITUCIONAL DE LAS *PIAE CAUSAE*

1. A continuación vamos a proceder a realizar un ensayo de descripción analítica del régimen jurídico de las fundaciones piadosas cristianas en la legislación imperial. Al igual que ya hicieramos en el caso del *waqf*, para este análisis de las *piae causae* nos fijaremos en un conjunto de aspectos o elementos relevantes que podemos considerar distintivos de las líneas comunes de la institución estudiada, y que a la vez guardan la suficiente homogeneidad con aspectos o elementos correspondientes de la paralela institución musulmana con la que, como propósito último, pretendemos establecer la comparación.

El mismo designio comparativo nos exigirá poner de manifiesto también aquello que sea oportuno en relación con el fin o los fines que se persiguen mediante la utilización de la figura jurídica cuyo régimen nos aprestamos a caracterizar.

2. *Régimen jurídico.* a) Nada especial se debe reseñar en principio respecto del fundador de una *pia causa*. Desde el punto de vista estrictamente técnico del derecho, basta con referir los requisitos generales de capacidad jurídica y de obrar que debe reunir, y por lo que afecta en particular a los actos de disposición *mortis causa*, que representan en cierto modo el método normal de ordenación de un *pium opus* o de aportación a un establecimiento, la exigencia de la *testamentifactio* activa. Desde un punto de vista más amplio, sí conviene anotar que el ejercicio de la caridad privada en la forma que aquí nos interesa no era de ningún modo un monopolio de las clases pudientes sino que expresa una orientación social de enorme difusión, como lo prueban, por ejemplo, las normas de la Nov. 65 sobre el modo de tratar las pequeñas liberalidades dejadas para la redención de cautivos o el alimento de pobres<sup>144</sup>. Como es natural, ello no impide que excepcionalmente las fuentes guarden recuerdo nominal de los fundadores de algunos establecimientos que a buen seguro debieron ser individuos de rango elevado o al menos de posición muy desahogada, a lo que se debe añadir la al parecer nada infrecuente actividad de beneficencia desarrollada por los propios miembros de la casa imperial<sup>145</sup>.

b) Razones evidentes relacionadas con la durabilidad<sup>146</sup> y con la regularidad del rendimiento económico hacen de los bienes inmuebles el objeto preferido de las dona-

---

131, cap. 6: "ἐν τῇ απαιτήσει τῶν ληγάτων καὶ τῶν κληρονομιῶν τῶν εἰς εὐσεβεῖς αἰτίας καταλελειμμένων"; Nov. 131, cap. 13 pr.: "εἰς αἰχμαλώτων δὲ ἀνάρρυσιν καὶ πτωχῶν ἀποτροφᾶς καὶ εἰς ἄλλας εὐσεβεῖς αἰτίας ἢ ὑπὲρ τοῦ συμφέροντος τῆς ἰδίας ἐκκλησίας ἐκ τούτων δαπανᾶν ἄδειαν ἐχέτωσαν". Vid. no obstante las consideraciones de SALEILLES, o.c., pp. 520 ss., sobre el posible significado objetivo de "δοῦναι εἰς εὐσεβεῖς αἰτίας" en relación con "τῶν εὐσεβῶν πράξεων διοικητάς" en C. 1.3.45(46).1a, 1b y 3; también DUFF, o.c., p. 179 y la nota final sobre la expresión *piae causae* (pp. 203 ss.). Fallido debe considerarse el intento de SAVAGNONE, o.c., pp. 116 ss., de referir las apariciones de la locución *piae causae* unas veces a las fundaciones y otras a los establecimientos de beneficencia sobre la base, no suficientemente explicada, de la diferencia que existiría entre las unas y los otros.

144 Nov. 65, cap. 1.

145 En C. 1.3.34(35) pr. (a. 472) se recuerda un orfelinato fundado por Zótico, que según L. BRÉHIER, *Les institutions de l'empire byzantin*, Paris, 1970, p. 416, era senador; en Nov. 59, cap. 3 (a. 537) y Nov. 131, cap. 15 pr. se menciona un albergue de peregrinos conocido por el nombre de su fundador, Sampsos, y dirigido, por cierto, por un diácono llamado Eugenio; otros nombres de fundadores se han conservado en alguna documentación papiroológica examinada por HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 31 s., 53. Por otra parte, la propia Nov. 59, cap. 3 se refiere a un albergue de peregrinos establecido por Justiniano, y los ejemplos del mismo tipo se podrían multiplicar: vid. C. 7.37.3.3 (a. 531); PROCOPIUS, *De Aedif.*, 1.2.15-17, 1.11.27, EVAGRIUS, *Hist. Eccl.*, 4.30, MALALAS, *Chron.*, p. 452; cfr. THOMAS, o.c., pp. 44 ss., 46 s.

146 Vid. la enfática declaración de Justiniano en C. 1.3.55(57).3, que recogemos en esta ocasión en latín: "*Unicuique enim homini unus vitae cursus a creatore datus est, cuius finis omnino mors est: venerabilibus autem domibus earumque congregationibus, quae immortales sub deo custodiuntur, non convenit finem imponere ne in possessionibus quidem, sed quoad durant venerabiles domus (durant autem in perpetuum et usque ad ipsum saeculorum finem, donec Christianorum nomen apud homines est et veneratur), iustum est durare etiam perpetuo relictas erogationes vel redditus immortales, ut semper inserviant piis actibus nunquam cessaturis*"; cfr. BARONE-ADESI, "Il sistema giustiniano" cit., pp. 98 s.; ID., "Dal dibattito cristiano" cit., pp. 260 s.

ciones, herencias, legados y demás disposiciones piadosas. Casas, campos, huertos, viñas, etc. son, en efecto, los tipos concretos de inmuebles más mencionados en la legislación, aunque también aparecen, asimilados a ellos, los esclavos rústicos y las *annonae civiles*<sup>147</sup>. Por otro lado, respecto del objeto posible de aquellas disposiciones no parecen existir trabas específicas o de principio, sino sólo, una vez más, las derivadas de la preocupación por evitar el perjuicio económico que un objeto improductivo o de alguna forma dañoso pudiera ocasionar al buen desempeño de la finalidad caritativa: asegurar el eficaz cumplimiento de éstas es lo que importa siempre y por encima de todo<sup>148</sup>. En realidad, cualquier clase de bienes -inmuebles, muebles o semovientes-, y desde luego no necesariamente bienes de carácter no consumible, pueden entrar en el objeto de una herencia, de un legado o de una donación *in pias causas*<sup>149</sup>; ello no obstante, la autoridad pertinente deberá encargarse en algún caso de su transformación en objetos más seguros o duraderos, de mayor rendimiento o de más fácil acceso<sup>150</sup>. Cabe reseñar por último, aunque a esto tendremos que regresar cuando hablemos de las clases de *piae causae*, la alternativa siempre posible entre dejar unos determinados bienes para ser consumidos de una sola vez y dejarlos bajo la forma o modalidad de una renta periódica<sup>151</sup>.

c) Respecto de la constitución y la dotación de las *piae causae*<sup>152</sup>, ya hemos adelantado que los actos de última voluntad, en sus distintas manifestaciones<sup>153</sup>, representan el cauce jurídico por así decir ordinario seguido por la generosidad privada para la actuación de cualquier designio caritativo. Indudablemente, la donación *inter vivos* es utilizada también para estos mismos fines<sup>154</sup>. Por otra parte, la impregnación religiosa que caracteriza toda esta materia, y sin la cual no puede ser entendida, penetra de lleno la legislación imperial rodeando de “privilegios” aquellas donaciones, herencias, legados y fideicomisos cuya última justificación (es decir, cuya causa) reside en el auxilio de la gente necesitada. Las disposiciones piadosas no sólo mitigan o solucionan un sinnúmero de necesidades sociales, también son beneficiosas para el negocio de la salvación<sup>155</sup>. En consecuencia, ningún rigor ni solemnidad del derecho debe impedir su validez ni obstaculizar su realización. Y de ahí, por lo tanto, aquellos privilegios que comienzan por el levantamiento de la nulidad de las disposiciones en favor de *incertae personae* cuando sus destinatarios directos -y en todo caso sus beneficiarios indirectos- son anónimamente los pobres o los cautivos<sup>156</sup>; privilegios que siguen por la inaplica-

147 Para esa asimilación expresa, cfr. especialmente Nov. 7, praef. pr.; por otra parte, de Nov. 131, cap. 12.2 parece desprenderse la consideración de un legado de anualidad (*a fundo*) como cosa incorporal inmueble.

148 Cfr. por ej. C. 1.3.41(42).17, Nov. 65, cap. 1 pr. y 5.

149 En abstracto, basta recordar el concepto de herencia como *universitas iuris*, pero además, las fuentes contienen referencias expresas a herencias y legados de bienes muebles o inmuebles (Nov. 131, cap. 11 pr.), a donaciones *in quibuscumque rebus* (C. 1.2.19), a *pecunia vel res* (C. 1.2.23.1), a cualesquiera bienes muebles, inmuebles o semovientes (C. 1.3.23.3) o sencillamente a todos los bienes (*totam substantiam*: C. 1.3.48[49] pr.).

150 C. 1.3.48(49).3, Nov. 65, cap. 1.1-2, Nov. 120, cap. 9 pr., Nov. 131, cap. 12.1-2.

151 Nov. 131, cap. 11 pr.; cfr. C. 1.3.48(49).2-3.

152 Cfr. HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 42 ss.

153 Vid. por ejemplo la relación de posibilidades de C. 1.3.45(46) pr.; cfr. también C. 1.2.23 pr., C. 1.3.28 pr., Nov. 131, cap. 9-12.

154 C. 1.2.15, C. 1.2.19.

155 Son disposiciones *pro anima, pro salute animae* o *in bonum animae*: cfr. MURGA, *Donaciones y testamentos* cit., pp. 25 ss., 99 ss., 141 ss., 163 ss., entre otros muchos lugares; E.F. BRUCK, *Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht*, München, 1970, pp. 313 ss. Este motivo espiritual se intensifica o se duplica cuando se trata de la redención de cautivos, pues ésta es concebida como *animae redemptio*: vid. Nov. 65 pr.

156 C. 1.3.24 (a. 455), C. 1.3.28 pr. (a. 468), C. 6.48.1.26 y 29 (a. 528-529), C. 1.3.48(49) pr., 1-3 y 5; vid. GROSSO, o.c., pp. 193 s., 197 s.; VOICI, o.c., pp. 427 ss.; MURGA, *Donaciones y testamentos* cit., pp. 311 ss., 408.

ción de la *quarta Falcidia* a los legados y fideicomisos dejados *ratione pietatis*<sup>157</sup> y que incluyen igualmente la flexibilización del requisito de la insinuación para la validez de las donaciones *super piis causis factae*<sup>158</sup> y la concesión de un plazo especial de prescripción de cuarenta años<sup>159</sup>.

Pero, por otro lado, la misma amplitud con que se admite la constitución y dotación de *piae causae* y el imperativo tantas veces reiterado de respetar la voluntad del fundador conducen muy naturalmente a una considerable diversificación de clases. Clases no sólo o no tanto por lo que se refiere a la variedad de fines con los que se las puede concebir (de lo cual algo diremos después), sino también y sobre todo, para los efectos que ahora nos interesan, en cuanto a la organización jurídica del resultado que se obtiene ordenando la herencia, la donación o el legado de una u otra forma.

Resumiendo la copiosa información de las fuentes podemos proponer, desde el mencionado punto de vista, la siguiente sistematización:

- 1) Mandas en favor de un establecimiento de caridad preexistente<sup>160</sup>; probablemente, una vez alcanzado un determinado grado de desarrollo del sistema en su conjunto, ésta debió ser una de las opciones más utilizadas.
- 2) Disposiciones en favor de un establecimiento por constituir o precisamente con el sentido de fundar un establecimiento<sup>161</sup>.
- 3) Fundaciones en beneficio de los pobres o para la redención de cautivos<sup>162</sup>; aquí se abren varias posibilidades:
  - i) con especial designación de la persona o la venerable casa encargada de dar cumplimiento a la disposición<sup>163</sup>;
  - ii) sin señalamiento especial de persona o establecimiento encargado (*persona non designata*)<sup>164</sup>;

---

157 C. 1.3.48(49) pr., 2, 4, 6 y 7, Nov. 131, cap. 12 pr.; vid. MURGA, *Donaciones y testamentos* cit., pp. 109 ss.; cfr. también *supra*, nt. 121.

158 C. 1.3.41(42).13, C. 1.2.19, C. 8.53.34.1a (a. 529); vid. MURGA, *Donaciones y testamentos* cit., pp. 219 ss.

159 Vid. *supra*, nt. 126 y texto correspondiente. Cfr. un compendio de los privilegios de las *piae causae* en ZIMMERMANN, *o.c.*, pp. 403 s.

160 C. 1.2.19, C. 1.3.45(46).9, C. 1.3.48(49).7, Nov. 131, cap. 12.

161 C. 1.2.15 pr.-1, C. 1.3.45(46).1, Nov. 131, cap. 10.

162 En general, C. 1.2.19, C. 1.2.23.1 y 3, C. 1.3.24, C. 1.3.28 pr., C. 1.3.45(46).1b y 9, C. 1.3.48(49) pr.-4 y 6, C. 8.53(54).36 pr., Nov. 123, cap. 37, Nov. 131, cap. 11. La fraseología legal es bastante imprecisa como para poder decir, en determinados supuestos, cuál es la forma jurídica que adopta la disposición: se habla de "*donationes in ipsos pauperes*", de "*in redemptione captivorum relinquere vel legitimo modo donare*", de "*pauperibus testamento vel codicillis relinquere*", de herencias (testamentarias o *ab intestato*), legados y fideicomisos dejados "*redemptioni captivorum*" o "*pro redemptione captivorum aut alimentis pauperum*" y -lo que sin duda despierta el mayor interés- de la institución de los mismos cautivos o pobres como herederos. En relación con esta última posibilidad, y de modo especial por lo que respecta al significado de la frase de C. 1.3.48(49).4 "*si enim heredum eis et ius et nomen dedimus, sine Falcidia tamen legis emolumento, necesse est eos et debita exigere et creditoribus respondere*", autores como ELIACHEVITCH, *o.c.*, pp. 346 s., y HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 66, 68 s., ven en ella una referencia al obispo, el ecónomo o el establecimiento encargados *como herederos* de cumplir la pía disposición; cfr. también FABBRINI, *o.c.*, pp. 61 s., 81 s. Creemos más acertada esta interpretación que la de MURGA, *Donaciones y testamentos* cit., pp. 111, 169, 408, esp. 319 s., que, aun sin llegar a una solución práctica distinta, refiere aquella frase a los pobres y los cautivos mismos; sea como fuere, el resultado que parece vislumbrarse para todos estos supuestos es el de las llamadas fundaciones "dependientes, indirectas o fiduciarias".

163 C. 1.3.28.1, C. 1.3.48(49).7, Nov. 131, cap. 11 pr. y 3.

164 C. 1.3.28.1 y 3, C. 1.3.48(49).2 y 3, Nov. 131, cap. 11.1 y 2.

- iii) concretando de alguna forma el círculo de las personas necesitadas beneficiarias de la disposición<sup>165</sup>;
  - iv) sin concretar los beneficiarios (*incerto vocabulo, indiscrete*), hipótesis frecuentísima a juzgar por la cuidadosa regulación del procedimiento establecido para asegurar su ejecución<sup>166</sup>;
  - v) ordenando el consumo total de los bienes (normalmente sumas de dinero) en la realización del fin señalado por el disponente o limitando la inversión a los rendimientos que anualmente produzcan<sup>167</sup>.
- 4) Por último, la herencia, el legado o el fideicomiso dejados a Jesucristo se interpretan como disposiciones en favor de la iglesia del lugar donde residía el difunto, que deberá aplicar los bienes para alimento de pobres<sup>168</sup>.

Este conjunto de modalidades se materializa en resultados prácticos distintos desde el punto de vista de lo que podríamos llamar independencia jurídica del ente fundacional, lo que es causa a su vez de diferentes regulaciones concernientes al gobierno y administración de los bienes y a la realización del fin para el que fueron dejados, incluyendo previsiones sobre la interpretación de la voluntad del disponente, sobre la intervención de los obispos y las sanciones en caso de incumplimiento, etc.<sup>169</sup> Relacionado con todo esto está también el tema de la propiedad de los bienes destinados a una finalidad caritativa.

d) Ahora bien, este asunto de la propiedad que tanto nos preocupaba en el estudio del *waqf*<sup>170</sup> reviste, quizás, menor importancia en nuestro análisis actual de las *piae causae*. En realidad, su interés se reduce a determinar, en unión de otros datos, el posible grado de independencia jurídica que se les reconocía a estas obras piadosas; en otros términos, al problema de si tuvieron personalidad jurídica y bajo qué forma en su caso. Pero, por un lado, en un apartado anterior hemos llegado ya a una conclusión favorable a la independencia patrimonial y jurídica de al menos una parte considerable de las *piae causae*<sup>171</sup>, lo que nos llevaría ahora a decir que son ellas las titulares de los bienes y derechos que adquieren, gestionan e invierten en una amplia gama de actividades de beneficencia. Por otro lado, sin embargo, el complejo cuadro que componen las singulares manifestaciones de la beneficencia privada nos obliga también a reconocer una serie de casos en los que aquella independencia queda sensiblemente atenuada o sencillamente no existe; nos parece, en efecto, que esto era lo que sucedía en varios de los supuestos que hemos distinguido en la clasificación anterior: con toda certeza en los agrupados bajo el número 3)<sup>172</sup> y también probablemente en los comprendidos bajo el número 4). Propietarios en estos supuestos lo serían personalmente los obispos (o acaso sus respectivas iglesias), o bien las personas o las venerables casas especialmente designadas

165 C. 1.3.45(46).9, C. 1.3.48(49).1, Nov. 131, cap. 11.1.

166 C. 1.3.48(49).1, 3 y 5-6, Nov. 131, cap. 11.1.

167 C. 1.3.28.2, C. 1.3.48(49).2-3, Nov. 131, cap. 11 pr.

168 C. 1.2.25(26) pr. (a. 530); cfr. C. 1.2.15 pr., Nov. 131, cap. 9.; sobre el carácter fundacional de estas disposiciones vid. J.L. MURGA, "El testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el derecho romano postclásico y justiniano", en *AHDE* 35 (1965) pp. 398 ss., 406 ss., 410 ss.; ID., *Donaciones y testamentos* cit., pp. 349 ss.

169 Vid. *infra*, el apartado e) sobre administración, supervisión y control de las *piae causae*.

170 Vid. *supra*, el apartado IV.2.e) sobre la propiedad de los bienes constituidos en *waqf*.

171 Vid. *supra*, el apartado V.2.d); cfr. también G. PUGLIESE, "Assistenza all'infanzia nel Principato e *piae causae* nel diritto romano cristiano", en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* 7 (Napoli, 1984) pp. 3186 ss.

172 Vid. *supra*, nt. 161.

por el fundador; aunque, eso sí, titulares todos ellos de una propiedad fiduciaria *lato sensu*, con lo que el resultado, en definitiva, se aproxima al concepto actual de fundación indirecta o dependiente<sup>173</sup>.

Una idea para la que no encontramos suficiente apoyo en las fuentes es la de la propiedad colectiva de los beneficiarios, base de la explicación corporativa de las *piae causae* defendida por SALEILLES entre otros<sup>174</sup>, ya se la quiera concretar a los indigentes ingresados o atendidos en un determinado establecimiento ya se la quiera referir a la masa anónima de los pobres o los cautivos. Tampoco la noción de un propietario divino o celestial ni la idea de “propiedad sin propietario”<sup>175</sup> nos parecen consistentes con la información de las fuentes.

e) Si alguna regla merece el calificativo de general en materia de administración de las *piae causae*, no cabe duda de que ese precepto es el que obliga a respetar las instrucciones del fundador<sup>176</sup>. El problema es que no siempre existen tales instrucciones ni tampoco son siempre suficientemente precisas. Todavía más: por encima de los mandatos del fundador se sitúa el deseo de lograr la eficacia del fin caritativo al que quiso destinar todos o parte de sus bienes, aunque ello obligue a prescindir de algunas de sus previsiones en este campo. Por otro lado, en fin, la multiplicidad de manifestaciones concretas que revestía de hecho la beneficencia privada es causa de una diversificación de las previsiones legislativas sobre la gestión y el cumplimiento de las obras pías.

Por todas estas razones, adoptando un esquema utilizado por HAGEMANN<sup>177</sup>, nos parece útil ordenar la exposición de esta materia separando lo relativo al titular o los titulares de la administración (y hablando en general, a los encargados de cumplir las voluntades piadosas) de lo concerniente al modo o modos concretos de desempeñar esa gestión; añadiremos también un párrafo sobre la vigilancia e inspección episcopal de las *piae causae*.

---

173 Vid. HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 69 s.; FEENSTRA, “Le concept de fondation” cit., p. 255; ID., “L’histoire des fondations” cit., pp. 399 ss.; la concepción de la propiedad limitada o fiduciaria es rechazada expresamente por PHILIPSBORN, *o.c.*, pp. 148 ss., que reconduce estas hipótesis al cuadro normal del derecho de sucesiones y concretamente a la figura de los legados o donaciones *sub modo* en favor de personas físicas, de iglesias o de establecimientos preexistentes.

174 “Fundación-corporación”: vid. SALEILLES, *o.c.*, pp. 539 s., 542 ss., 549; este autor plantea inicialmente una serie de alternativas acerca de la identificación del propietario de los bienes fundacionales: el mismo fin personificado, la colectividad anónima de los beneficiarios, el conjunto de los clérigos colocados al frente del establecimiento o el administrador o economo (pp. 526, 534); su conclusión, que es la que se ha indicado en el texto, depende excesivamente del valor que puedan tener los vocablos *consortium* (C. 1.2.22 pr.) y *σύστημα* (C. 1.3.55[57].1, C. 1.3.45[46].9) aplicados a los beneficiarios de la fundación (cfr. a este respecto las críticas de SCHNORR VON CAROLSFELD, *o.c.*, pp. 24 s., PHILIPSBORN, *o.c.*, pp. 151 ss., ID., “Der Begriff der Juristischen Person im römischen Recht”, en *ZSS* 71 [1954] pp. 66 s., y WUBBE, *o.c.*, p. 207, que no cita a SALEILLES). Las mismas posibilidades distinguidas por el estudioso francés, más la propiedad de la *venerabilis domus* en cuanto tal, son analizadas por DUFF, *o.c.*, pp. 185 ss., 194 ss., en relación con las “fundaciones libres de control eclesiástico directo” (p. 183), llegando a la conclusión de que “the practical rights and duties of ownership ar attached to the... Principal, who must sometimes defer to the wishes of his staff” (p. 194); en las “fundaciones eclesiásticas” este papel le correspondía al obispo (pp. 175 ss.); en contra, vid. PHILIPSBORN, “Les établissements charitables” cit., pp. 145 ss. Por su lado, ELIACHEVITCH, *o.c.*, p. 342 s., considera que, existiendo sin duda ninguna las fundaciones autónomas en el Bajo Imperio, toda la cuestión de su “naturaleza” es ajena en realidad al pensamiento jurídico de esta época.

175 PHILIPSBORN, “Les établissements charitables” cit., p. 151; vid. G.B. IMPALLOMENI, “Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano”, en *Studi in onore di E. Volterra*, 3, Milano, 1971 = ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, pp. 259 ss.; THOMAS, *o.c.*, pp. 40 s.

176 Vid. por ejemplo C. 1.2.15.3 (a. 477), C. 1.3.48(49).7, Nov. 131, cap. 10.2; cfr. SALEILLES, *o.c.*, p. 532; DUFF, *o.c.*, p. 184.

177 HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 49 ss.: cap. 3: Die Verwaltung der Piae Causae; ID., “Die rechtliche Stellung” cit., pp. 272 ss.; un brevísimos resumen del tema ofrece I. MARTÍN SÁNCHEZ, “Funciones civiles de los obispos en la legislación de Justiniano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* 37 (1970) pp. 355 ss., esp. 357 s.

i) El punto de partida para tratar de lo primero nos lo proporciona la distinción de la Novela 120, cap. 6.1 entre casas sujetas a la administración del obispo y casas dotadas de su propia administración (“ιδίαν διοίκησιν ἔχοντες”). Ahora bien, la administración episcopal es normalmente indirecta, en el sentido de que se realiza por medio de un cuerpo de gestores y subalternos, dotado tendencialmente de cierta diferenciación interna, que es el encargado en la práctica del manejo ordinario de los asuntos del establecimiento<sup>178</sup>. Como es lógico, un cuerpo similar integra también el equipo administrativo de los establecimientos autónomos o independientes.

Una vía anómala en principio por la que puede llegarse a la administración episcopal es la de la negligencia de los encargados de cumplir la voluntad del testador que ha ordenado una pía disposición<sup>179</sup>. En tal supuesto, efectivamente, una ley del año 530 prescribe la intervención del obispo del lugar, incluso contra la prohibición expresa del ordenante, y le faculta según los casos para exigir la entrega de los bienes con el fin de construir o instalar él mismo el establecimiento y de darle un administrador, para expulsar a los malos administradores designados por el testador y nombrar otros idóneos en su lugar o, por último, para asumir él mismo la administración y nombrar administrador del establecimiento subsanando así la omisión en que han incurrido los herederos<sup>180</sup>.

Otro camino por el que se llega a un resultado parecido<sup>181</sup> es el de la interpretación de la voluntad del testador, prevista tanto para el caso de que éste no haya designado administrador o encargado como para el caso de que sus instrucciones sobre el particular hayan resultado ser imprecisas o insuficientes. Al parecer, esta situación se daba con relativa frecuencia en las mandas dejadas para la redención de cautivos o el sustento de pobres, y especialmente cuando los propios necesitados eran instituidos como herederos. En semejantes ocasiones, tratándose de redención de cautivos, una vez más es preceptiva la intervención del obispo de la ciudad, que junto con su ecónomo deberá exigir la entrega de los bienes y encargarse de realizar el propósito del difunto<sup>182</sup>; en cambio, tratándose de institución hereditaria en favor de los pobres, la actuación del obispo se limita, en principio, a la determinación del establecimiento al que deben ir los bienes -si es que hay varios en la ciudad que podrían recibirlos<sup>183</sup>-, y sólo si no hubiese ninguno deberá tomar él la herencia y distribuirla entre los indigentes<sup>184</sup>.

178 Προεστώτες, διοικηταί, (o bien ξενοδόχοι, νοσοκόμοι, πτωχοτρόφοι, βρεφοτρόφοι, ορφανοτρόφοι, γεροντοκόμοι, etc.), χαρτουλάριοι, λειτουργούντες, etc.; vid. *supra*, el apartado V.2.b). Como puede leerse en el cap. 6.2 de la Nov. 120, los obispos tienen estas venerables casas bajo su propia jurisdicción: “ἔχουσιν ὑπὸ τὴν ἰδίαν δικαιοδοσίαν”.

179 Esto puede suceder en varias maneras: - i) los herederos (legatarios o fideicomisarios) no han construido o instalado el establecimiento ordenado por el testador dentro del plazo de un año; - ii) los administradores nombrados por el testador han gestionado pésimamente; - iii) los herederos (legatarios o fideicomisarios) han desatendido la designación de administradores que el testador les había confiado; - iv) el heredero pretende excusarse del cumplimiento de lo que se dejó *ad pias causas* alegando la insuficiencia de los bienes; vid. C. 1.3.45(46).1b, 3 y 5, Nov. 131, cap. 12 pr.

180 C. 1.3.45(46) pr., 1b y 3, Nov. 131, cap. 10; aunque la Nov. 131, cap. 10.1 no menciona con claridad la edificación del establecimiento por el propio obispo en caso de no hacerlo los directamente encargados por el testador, esta posibilidad puede considerarse incluida en la norma más general del cap. 11.3, que se refiere a la ejecución por el obispo de toda *pia causa* que la persona designada por el testador no haya cumplido de forma satisfactoria.

181 Decimos que el resultado es sólo parecido porque los supuestos a considerar se enmarcan de forma aproximada en la idea de fundación indirecta o dependiente (vid. *supra*, apartado VI.2.d), por lo que sólo en sentido impropio puede hablarse en ellos de administración.

182 C. 1.3.28.1 y 3, C. 1.3.48(49).2, Nov. 131, cap. 11.2.

183 Si hubiera un solo establecimiento, él adquiriría la herencia y su administrador se encargaría de la distribución: C. 1.3.48(49).3.

184 C. 1.3.48(49).5 y 6; en la Nov. 131, cap. 11.1 el obispo y sus ecónomos reciben la herencia y la distribuyen por sí mismos entre los pobres de la ciudad; para las herencias dejadas a Jesucristo, vid. C. 1.2.25(26) pr.

Al borde de este cuadro se sitúan aquellos casos en los que el testador sí ha designado persona encargada de llevar a cabo la redención de cautivos<sup>185</sup> y aquellos otros en los que la institución de los pobres como herederos no se ha producido de forma indiferenciada (*incerto vocabulo* o *indiscrete*), sino que puede entenderse que el testador estaba pensando en un hospicio de pobres determinado<sup>186</sup>; supuestos, todos ellos, que deberán quedar normalmente excluidos de la injerencia administrativa del obispo<sup>187</sup>.

En cuanto a la administración autónoma de aquellos establecimientos que disponen de ella, debe entenderse sometida a importantes limitaciones. No es la menor de ellas el hecho de que, de acuerdo con la Novela 120, cap. 6.1, la propuesta y ordenación de sus administradores (*προεστώς, διοικηταί*, etc.) corresponde al obispo de la localidad<sup>188</sup>. Así pues, la situación parece ser la siguiente: la persona o personas designadas por el fundador para hacerse cargo de la administración no asumen ésta sino en virtud de la aprobación y el nombramiento episcopal<sup>189</sup>, y ejercen sus funciones con sujeción a las instrucciones del fundador pero siempre bajo el control y la supervisión del obispo; según HAGEMANN, todo ello es suficiente para justificar la conceptualización de los establecimientos dotados de administración propia como verdaderas instituciones eclesiásticas<sup>190</sup>.

Finalmente, las fuentes ofrecen algún indicio, no demasiado concluyente en nuestra opinión, de la existencia de *piae causae* cuya administración es desempeñada por otra *pia causa*, razón por la cual no estarían sometidas a la administración episcopal ni dispondrían tampoco de administración independiente<sup>191</sup>.

ii) La reglamentación sobre la forma en que debe llevarse la administración de las *piae causae* ha sido ya revisada sobre la base de las Novelas justinianas en uno de los apartados anteriores, en particular por lo que se refiere a la enajenación de bienes inmuebles<sup>192</sup>. Aquí y ahora conviene añadir alguna información sobre medidas concretas cuya finalidad es completar o suplir las instrucciones del fundador, que de todos modos deben ser respetadas<sup>193</sup>, o bien encauzar la gestión de los administradores mediante pautas y procedimientos de obligada observancia.

La ley establece un orden de prioridades determinado y de lógica convincente al que debe ceñirse el gasto que los directores de las casas de caridad realizan al frente de ellas: la primera necesidad a cubrir es el cuidado de las personas necesitadas que constituyen la razón de ser de estas instituciones; en segundo lugar se sitúa el mantenimiento de los bienes y edificios del establecimiento y, por último, el eventual sobrante debe ser empleado en la adquisición de rentas, o sea, de bienes que las puedan producir y por lo tanto principalmente de bienes inmuebles<sup>194</sup>. La preocupación que aquí se refleja por

185 C. 1.3.28.1, Nov. 131, cap. 11.2.

186 C. 1.3.48(49).1, Nov. 131, cap. 11.1; si el testador hubiese pensado en los pobres de una iglesia cierta, ella sería la encargada de cumplir su voluntad.

187 C. 1.3.48(49).7.

188 Lo mismo debe decirse *a fortiori* de los administradores de los establecimientos sometidos a la administración del obispo; cfr. C. 1.3.41(42).20, Nov. 120, cap. 7.1.

189 Éste sería el significado de la frase “Τοὺς δὲ θεοφιλεστάτους ἐπισκόπους, εἰ μὲν τινας ῥητῶς οἱ τελευτῶντες ἐπιστήσαιεν τοῖς πράγμασιν... ἐκεῖνους μὲν ἂν ἔχουσθαι τῆς διοικήσεως” de C. 1.3.45(46).3; pero vid. THOMAS, *o.c.*, p. 54.

190 HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 52 s., esp. nt. 13, en contra de DUFF, *o.c.*, pp. 180 s., 183 s.

191 C. 1.3.34, Nov. 131, cap. 15.1; cfr. HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 54 s.

192 Vid. *supra*, el apartado V.2.c).

193 Cfr. C. 1.2.15.3.

194 C. 1.3.41(42).16.



la durabilidad de los bienes fundacionales no queda circunscrita al patrimonio de las *piae causae* que se concretan en un establecimiento propiamente dicho, sino que reaparece significativamente en las instrucciones sobre la forma en que el obispo y el ecónomo o el encargado del hospicio que corresponda deben emplear la herencia dejada respectivamente a los cautivos o a los pobres; a todos ellos se les prescribe, en efecto, invertir en el cumplimiento del piadoso fin el rendimiento anual de los bienes -lo que presupone que los bienes mismos quedan a salvo y se conservan-, o bien vender las cosas muebles y semovientes para adquirir bienes raíces que puedan producir un rendimiento regular<sup>195</sup>. Pero, por otro lado, también al obispo que recibía sumas de dinero para emplear *pío arbitrio* en la redención de cautivos le había marcado el legislador del siglo V una pauta rigurosa, imponiéndole primeramente la obligación de manifestar de inmediato ante el gobernador de la provincia, *gestis interventibus*, la cantidad de que se trataba y el tiempo en que la había recibido, y en segundo lugar la de declarar después de transcurrido un año el número de cautivos que hubiera rescatado y los precios pagados por ellos<sup>196</sup>. Procedimiento, el que acaba de describirse, que configura un supuesto excepcional de directo control y supervisión de la autoridad secular sobre la religiosa.

Por otra parte, el tratamiento de los *annua legata* dejados a las venerables casas o a los pobres de las iglesias recibe una atención especial del legislador<sup>197</sup>. Conforme a la regulación final de la Novela 131, estos legados son perpetuamente inalienables; sin embargo, excepcionalmente se autoriza su permuta por rentas saneadas o su venta por precio no inferior a lo que hubieran podido producir en treinta y cinco años, posibilidad que sólo existe cuando la persona o el lugar gravados por el legado se encuentran a considerable distancia del establecimiento beneficiario del mismo, y que requiere, por lo demás, el consentimiento de la parte obligada.

A los directores de orfanatos se les prescribe actuar como tutores y curadores de las personas ingresadas en ellos, de tal modo que puedan demandar y ser demandados, sin necesidad de prestar fianza, tanto a nombre del propio establecimiento como en los asuntos de los huérfanos acogidos en él. Tras recibir los bienes de un huérfano mediante inventario levantado ante funcionario público, pueden administrarlos con gran libertad, llegando a enajenarlos, si lo consideran necesario, con el fin de conservar su precio o para invertirlo en la adquisición de otros bienes. Se les exime, además, de la rendición de cuentas de la tutela y la curatela<sup>198</sup>.

Por último, según la clara norma de la Novela 123, cap. 23, que se refiere indudablemente a las casas sujetas a administración episcopal, los gestores de los venerables lugares deben rendir cuentas de su gestión ante el obispo al que están subordinados<sup>199</sup>. En el mismo orden de cosas, cuando se produce un relevo al frente de la administración de un establecimiento, el nuevo director debe exigir al saliente las cuentas de la gestión realizada<sup>200</sup>.

iii) Sin necesidad de llegar a la destitución de los administradores o ejecutores designados por el fundador -lo cual sólo podría ocurrir, como hemos visto, en los casos de incumplimiento de la pía disposición o de nefasta gestión de los asuntos del establecimiento-, las leyes confían a los obispos una misión general de vigilancia e inspección

195 C. 1.3.48(49). 2 y 3; cfr. Nov. 65, cap. 1.1-2.

196 C. 1.3.28.2 (a. 468).

197 C. 6.48.1.15, 26 y 29, C. 1.3.45(46).9-15, C. 1.3.55(57) 1 y 2, Nov. 131, cap. 12.2.

198 Nov. 131, cap. 15 pr.; cfr. C. 1.3.31 (a. 472).

199 “Παρά τῷ ἰδίῳ ἐπισκόπῳ ᾧ ὑπόκεινται”; en su caso, los gestores podrán reclamar ante el metropolitano, o ante el patriarca de la diócesis si la rendición de cuentas la hicieron ante el metropolitano.

200 C. 1.3.41(42).18.

sobre todas las *piae causae*<sup>201</sup>. Aparte de su necesaria presencia en los procedimientos regulados para la enfiteusis de inmuebles pertenecientes a los establecimientos de caridad<sup>202</sup>, las manifestaciones más importantes de esta tarea supervisora se producen en dos momentos distintos y sucesivos: el primero es el de la realización inicial de la voluntad piadosa del fundador por los herederos encargados de ello, cumplimiento que el obispo debe exigir y comprobar aunque el propio fundador lo haya prohibido<sup>203</sup>; el segundo se refiere a la inspección de la administración realizada por los encargados y administradores de las *piae causae* designados por el fundador<sup>204</sup>.

f) No encontramos en la legislación justiniana norma concreta alguna sobre la extinción de los establecimientos de beneficencia una vez constituidos válidamente (caso distinto es, por supuesto, el agotamiento de los fondos destinados a ser consumidos en su totalidad); seguramente ello es debido a que las *piae causae* se concebían como perpetuas<sup>205</sup> y la desvinculación de los bienes inmuebles que administraban no se producía ni siquiera por la ruina en que circunstancialmente podían llegar a caer<sup>206</sup>. Tampoco tenemos información concreta acerca de casos de desafectación de establecimientos piadosos comparables a los procesos de secularización que golpearon a numerosos monasterios en el siglo VIII durante el primer período iconoclasta<sup>207</sup>. Ello no obstante, la posibilidad de absorción de unos establecimientos por otros análogos o por la propia iglesia local, en caso de inviabilidad insuperable de los primeros, representa una hipótesis verosímil cuya probable consecuencia jurídica sería la desaparición del establecimiento absorbido.

3. *Finalidad*. a) En la moderna literatura romanística la locución *piae causae* (εὐσεβεῖς αἰτίαι) se ha convertido en la denominación común y general de las “fundaciones” caritativas del derecho romano justiniano. Sin embargo, cuando aparece en los textos legales, tal locución suele jugar un papel menos ambicioso que éste, concretamente el de indicar de forma genérica los fines o motivos determinantes de la voluntad del fundador; indicación genérica que no carece, por cierto, de significado jurídico, puesto que alude a una finalidad o conjunto de finalidades bien caracterizadas social y económicamente las cuales, en este sentido, pueden ser vistas como el elemento causal del negocio en el que intervienen<sup>208</sup>. La causa pía o piadosa se constituye de esta manera en la razón que justifica la especial perspectiva con que la legislación imperial contempla aquellos negocios y, por consiguiente, también en la razón de ser del concreto régimen jurídico al que se deben someter las instituciones resultantes de ellos<sup>209</sup>.

201 Vid. la afirmación de principio de Nov. 131, cap. 11.2: “*In omnibus enim talis piis voluntatibus sanctissimos locorum episcopos volumus providere (προνοεῖν), ut secundum defuncti voluntatem universa procedant, licet praecipue a testatoribus aut donatoribus interdictum sit eis habere ad haec aliquod participium*”; destaca bien este aspecto SALEILLES, *o.c.*, pp. 530 ss.; vid. también HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 51 ss.; en contra, FABBRINI, *o.c.*, p. 109 nt. 119.

202 Vid. Nov. 7, cap. 3.2, Nov. 120, cap. 6.1.

203 C. 1.3.45(46) pr., Nov. 131, cap. 10 pr.; el término utilizado en ambas leyes, πρόνοια, tiene el significado de previsión, providencia o buen juicio; en Nov. 131, cap. 10 pr. esta misión se atribuye conjuntamente al obispo de la ciudad y al juez civil.

204 C. 1.3.45(46).3, Nov. 131, cap. 10.2; ambas normas utilizan el verbo ἐποπτεύω: atender a, vigilar, cuidar de, etc.

205 Vid. *supra*, nt. 146.

206 Nov. 7, cap. 3.2, Nov. 120, cap. 1.2.

207 Vid. THOMAS, *o.c.*, pp. 118 ss.

208 Así en C. 1.3.28.1 y 5, Nov. 65, cap. 1.4, Nov. 131, cap. 6, cap. 11.4, cap. 12 pr. y 1, cap. 13 pr.; vid. *supra*, nt. 143; cfr. MURGA, *Donaciones y testamentos* cit., pp. 388 ss.; FABBRINI, *o.c.*, pp. 65 s.

209 Sentido objetivo que se refleja especialmente, según SALEILLES, *o.c.* pp. 520 ss., en C. 1.3.45(46).1b y 3 -donde se habla de “τῶν εὐσεβῶν πράξεων διοικηταί”- y en Nov. 131, cap. 11.3, mientras que en C. 1.2.19, C. 8.53(54).34.1a y C. 1.3.45(46).1a, frases como “*donationes super piis causis factae*”, “*donationes... quae in causas piissimas procedunt*” y “*δοῦναι... εἰς εὐσεβεῖς αἰτίαις*” son huellas del tránsito del sentido subjetivo (motivo, fin, intención) al objetivo (establecimiento).

b) Obviamente, la finalidad piadosa coincide a grandes rasgos con el sentimiento cristiano tan característico de la época y, dentro de él, específicamente con la preocupación por el *bonum animae* y con el deber religioso de la caridad<sup>210</sup>. Pero, en un plano más concreto, lo que aquí nos debe interesar es la hipótesis de la acumulación o el solapamiento de un interés de carácter privado o familiar que pudiera combinarse con el interés público presente en el fin caritativo de las *piae causae* o incluso disfrazarse con él. Una opinión al respecto ha sido emitida recientemente por BAYER. Apoyándose en varios estudiosos, y principalmente en la autoridad de MAX WEBER, este autor ha sostenido que la inalienabilidad de los bienes fundacionales tenía “einen besonderen politisch motivierten Hintergrund”, con lo cual quiere significar que mediante su entrega a una institución eclesiástica aquellos bienes adquirirían un carácter sagrado que los ponía al abrigo de las pretensiones confiscatorias del poder imperial; también ha señalado que la fundación de un monasterio podía ir unida a un fin económico en la medida en que, por disposición del fundador, el excedente de los ingresos y gastos del monasterio debiera revertir a su familia<sup>211</sup>.

Sin descartar que todo esto haya podido suceder, los argumentos de BAYER son discutibles en varios aspectos: en primer lugar, por la inexacta derivación de la inalienabilidad de los bienes fundacionales de la conceptualización de los mismos como *res sacrae*<sup>212</sup>, cuando lo cierto parece ser que la relativa extracomerciability de los ἐκκλησιαστικὰ πράγματα depende en esta época más de las prohibiciones legales al respecto que de su propia inclusión en aquella categoría de *res*<sup>213</sup>; y en segundo lugar, por la incoherencia que supone el hecho de que la inalienabilidad sea prescrita, regulada y garantizada por la propia legislación imperial, esto es, por la voluntad soberana del presumible poder confiscador. Comprensiblemente, en las fuentes jurídicas justinianeas no se contempla de forma expresa la posibilidad de que el fundador de una *pia causa* acumule al fin caritativo que es propio de ella otros fines o intereses mundanos del tipo de los mencionados por BAYER; si acaso, esta posibilidad podría haber quedado subsumida en la libertad con la que el benefactor podía organizar la fundación y a la vez celada por ella<sup>214</sup>. Es verdad, por otro lado, que las observaciones de WEBER por las que BAYER se guía son muy escuetas y se refieren explícitamente a la “típica fundación bizantina” de conventos de los siglos XI o XII<sup>215</sup>. De cualquier modo, no faltan las prue-

210 Vid. *supra*, nt. 155.

211 Vid. BAYER, *o.c.*, pp. 58 s.

212 Dice BAYER, *o.c.*, p. 58: “Als sakrales Terrain -res sacra- war das Grundstück nunmehr der Konfiskation... entzogen”.

213 A las referencias citadas *supra*, nt. 86, añádase BARONE-ADESI, “Il sistema giustiniano” cit., pp. 95 s.

214 El campo más apropiado para la verificación de esta hipótesis sería el de los establecimientos de caridad pertenecientes a individuos privados de las que da testimonio la documentación papirológica examinada por HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae* cit., pp. 31 s.; ID., “Die rechtliche Stellung” cit., pp. 275 ss.; pero la interpretación de las fuentes es discutida: vid. FABBRINI, *o.c.*, pp. 111 ss.

215 WEBER, *o.c.*, p. 912 (vid. también *supra*, nt. 1): “Si, por ejemplo, se considera una típica fundación bizantina de conventos del siglo XI o XII, se advierte que el fundador ha entregado una porción considerable de tierras (especialmente de terrenos para edificación en Constantinopla, de los que se espera un aumento de valor) a favor de un monasterio, a cuyos monjes se asignan determinadas prebendas (que a veces pueden consumirse incluso fuera del convento) con el deber de alimentar de un modo prescrito a cierto (limitado) número de pobres y la obligación de cumplir con ciertos deberes religiosos. Pero no solamente se reserva a la familia del donador por algún tiempo la administración del convento, sino, lo que es más importante, todos los excedentes de los ingresos. El fideicomiso (pues, en rigor, no se trata de otra cosa) que así se forma es desde entonces un bien eclesiástico, y en calidad de tal no puede ser atacado por el poder secular sin que se cometa un sacrilegio”; para entender bien esta cita conviene tener presente que en la época del Imperio bizantino las instituciones de beneficencia se encontraban normalmente adscritas a los monasterios. Desde un punto de vista diferente, A.M. TALBOT, “The Byzantine Family and the Monastery”, en *Dumbarton Oak Papers* 44 (1990) pp. 119 ss., informa sobre la inextricable vinculación de muchos monasterios bizantinos con las familias de sus fundadores y benefactores. Acerca de las fundaciones piadosas en el derecho greco-romano, con perspectiva muy general, vid. K.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, Aalen, 1955, pp. 205 ss.

bas de que en esta misma época la confiscación imperial no se detenía ante la existencia de una fundación conventual<sup>216</sup>.

## SÍNTESIS COMPARATIVA

### VII. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS FUNDACIONES PIADOSAS DEL DERECHO ROMANO JUSTINIANO Y LAS DEL DERECHO ISLÁMICO

1. Presupuesta la comparabilidad de las dos instituciones que hemos examinado<sup>217</sup>, ahora nos proponemos llevar a cabo una síntesis comparativa que destaque, en la medida de lo posible, las semejanzas y diferencias existentes entre ellas. Para esta finalidad intentaremos servirnos del mismo esquema de descomposición analítica en elementos tendencialmente homogéneos utilizado en el estudio del *waqf* y las *piae causae* que hemos realizado en los apartados anteriores. Así pues, la comparación tratará de enfocar sucesivamente los aspectos siguientes: fundador, objeto, constitución, propiedad, administración, extinción y finalidad.

2. a) Por lo que respecta en primer lugar al fundador, ya sea de un *waqf* ya de una *pia causa*, la comparación no ofrece datos demasiado significativos. Simplemente cabe anotar que los requisitos de capacidad exigidos en ambos casos vienen a ser, aunque no del todo idénticos, sí al menos equivalentes<sup>218</sup>. Por otro lado, la permisividad respecto de la creación de fundaciones *awqāf* por parte de los infieles (*ḍimmies*) que parece haber caracterizado al derecho musulmán dentro de ciertos límites no tiene paralelo explícito en el caso de las *piae causae*, aunque esta circunstancia podría explicarse, por lo menos en parte, por la existencia de nutridas poblaciones de religión cristiana en algunos de los territorios sometidos al dominio político del Islam, fenómeno éste que contrasta claramente con la homogeneidad religiosa de la sociedad romano-bizantina<sup>219</sup>; de cualquier modo, la vigilancia episcopal sobre todo tipo de fundaciones caritativas pudo actuar en este terreno como freno efectivo a la iniciativa de individuos heterodoxos.

Por lo demás, aunque ya en un plano distinto, las dimensiones alcanzadas por el fenómeno de la caridad privada en cada una de las dos sociedades consideradas, la romana tardía y la musulmana de los primeros tiempos, guardan una evidente simetría

---

216 Vid. al respecto P. CHARANIS, "The Monastic Properties and the State in the Byzantine Empire", en *Dumbarton Oak Papers* 4 (1948) pp. 67 ss. Sobre la institución bizantina del *kahristikion*, ID., *ibid.*, pp. 72 ss., y THOMAS, *o.c.*, voz "*charistike*" del índice.

217 "Comparables son las instituciones jurídicas que, en diversos sistemas y con soluciones eventualmente distintas, dan respuesta jurídica a necesidades semejantes", o bien "las instituciones que, desempeñando funciones equivalentes, intervienen en la resolución de cuestiones jurídicas a través de instrumentos jurídicos de naturaleza semejante": cfr. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Dereito comparado. Ensino e método*, Lisboa, 2000, pp. 150 y 151, con referencias.

218 En el bien entendido de que existe la idea de que las fuentes jurídicas musulmanas no distinguen entre capacidad jurídica y de obrar, como sí se hace habitualmente, en cambio, en el derecho romano; de todos modos la cuestión no es totalmente pacífica: cfr. R. BRUNSCHVIG, "Théorie générale de la capacité chez les hanafites médiévaux", en *RIDA* 2 (1949) pp. 157 ss.; D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 240.

219 Pueden recordarse si acaso las restricciones impuestas a los herejes en general y a los judíos en lo relativo a la construcción de templos y monasterios y de sinagogas: Nov. 67, cap. 1 (a. 538), Nov. 131, cap. 14.2; cfr. THOMAS, *o.c.*, pp. 41 ss. Sobre la capacidad testamentaria de los samaritanos, vid. la Nov. 129 (a. 551).

en su vastedad; sirvan como muestra, para el *waqf* islámico, los numerosos ejemplos que apuntan a la utilización de esta figura jurídica por todo tipo de personas y al predominio del *waqf* de tamaño pequeño o mediano<sup>220</sup>.

b) Objeto predilecto de la fundación caritativa, tanto en el derecho romano justiniano como en el derecho musulmán, son los bienes raíces. Esto tiene su razón de ser en la propia concepción del fin fundacional en general como algo duradero cuyo cumplimiento, en la mayoría de los casos, se debe prolongar indefinidamente; de ahí la conveniencia de aplicar a la realización de dicho fin el uso o los rendimientos regulares de los bienes, mientras que los bienes mismos, o al menos su valor, deben permanecer y se intenta conservarlos<sup>221</sup>. Incluso, en el caso del *waqf*, la distinción entre el capital inmovilizado y el uso y rendimiento de los bienes que lo integran, responsable en cierta medida de la indicada preferencia por los bienes inmuebles, forma parte imprescindible del concepto doctrinal más extendido de fundación<sup>222</sup>. Con todo, ni en el derecho musulmán, donde la cuestión era discutida entre las escuelas jurídicas, ni mucho menos en el derecho romano, donde esta contingencia se admitía con normalidad completa, quedaban los bienes muebles o semovientes excluidos totalmente de las aportaciones que los fundadores o los benefactores privados podían lícitamente contemplar<sup>223</sup>.

Ambos ordenamientos coinciden asimismo en el rechazo de los bienes dañinos o improductivos como objeto posible de una fundación caritativa. En cambio, una diferencia destacable en este mismo orden de cosas es la imposibilidad, sin paralelo en las *piae causae*, de constituir en *waqf* bienes consumibles, lo que en el caso del dinero se justifica por la prohibición del interés que caracteriza al derecho musulmán.

Por otro lado, parece indudable la existencia de correlación entre la regla de la inalienabilidad de los bienes afectados a los *awqāf* y el régimen legal de relativa extracomerciability de los bienes pertenecientes a las *piae causae*, sobre todo teniendo en cuenta la flexibilización de aquella regla como fruto de la práctica<sup>224</sup>. Algo semejante ocurre, en fin, con los plazos especiales de prescripción de los que se benefician las fundaciones piadosas tanto en el derecho justiniano como en el derecho musulmán<sup>225</sup>.

c) Por lo que se refiere a la constitución o dotación de una fundación caritativa, una coincidencia digna de ser notada -además de la posibilidad de utilizar para ese fin negocios tanto *inter vivos* como especialmente *mortis causa*- se encuentra en el carácter decisivo que se concede al *animus* o intención del fundador y en la consiguiente flexibilización de los requisitos formales de la manifestación de voluntad<sup>226</sup>. Cuando los

220 Cfr. CAHEN, *o.c.*, p. 298. Los ingresos de un *waqf* podían utilizarse, por ejemplo, para alimentar a un gallo "encargado" de despertar a los muecines a la llegada del alba: vid. *Historia de la Humanidad* (bajo el patrocinio de la UNESCO), tomo 3. *Las grandes civilizaciones medievales* I, Barcelona, 1981, p. 363; otros ejemplos en SROUR, *o.c.*, p. 278; para las *piae causae* vid. *supra*, nt. 144 y texto correspondiente.

221 No olvidamos, en el caso del derecho romano, las fundaciones consistentes en fondos destinados a agotarse en el cumplimiento del fin marcado por el fundador, singularmente en la redención de cautivos: vid. *supra*, nts. 161 y 166 y texto correspondiente. En cuanto a las fundaciones temporales del derecho musulmán, su problemática es distinta de esta que tiene que ver con los bienes objeto de la fundación.

222 Vid. *supra*, apartado III.2.

223 Probablemente, lo contrario hubiera supuesto cerrar la puerta de la privilegiada forma de ejercer la caridad que suponían las *piae causae* y los *awqāf* a una multitud de personas de escasos recursos económicos, lo que no se compadece con el espíritu de estas instituciones.

224 Vid. *supra*, nts. 52 y 69.

225 Vid. *supra*, nts. 52 y 126 y texto correspondiente; cfr. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., pp. 264 s. y nt. 183.

226 Cfr. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., pp. 249, 250 nt. 86, 251.

beneficiarios de la fundación son personas indeterminadas, puede verse también alguna afinidad entre la aceptación de un representante nombrado al efecto o de la autoridad judicial, necesaria según la doctrina de algunas escuelas jurídicas islámicas para la válida constitución del *waqf* por medio de contrato, y el papel que desempeñan los obispos y sus ecónomos en los casos de herencias dejadas a los pobres o los cautivos.

Por otro lado, la constitución de la fundación por vía hereditaria debe hacerse con respeto a las disposiciones imperativas de carácter material del ordenamiento sucesorio, lo cual significa, en el derecho musulmán, que el *waqf* podrá extenderse como máximo a un tercio del patrimonio del fundador, puesto que ésta es la parte de la que se puede disponer con libertad por testamento. La misma exigencia de respeto a las normas sucesorias es predicable del derecho romano, donde no obstante, sin perjuicio de los derechos de los legitimarios, probablemente los legados y fideicomisos piadosos fueron eximidos de la *quarta Falcidia*.

Diferencias sustanciales hay, por último, en lo referente a la inclusión de elementos accidentales en el negocio por el que se constituye o se dota una fundación<sup>227</sup>.

d) Tocamos ahora un punto especialmente importante como es el de la titularidad de los bienes dejados para fines piadosos y el tema, con él relacionado, de la personalidad jurídica de la fundación. Comenzando por esto último, y dado que el derecho islámico tradicional ignora la construcción de la personalidad jurídica, no hay apenas espacio para sostener, por lo menos en el plano dogmático, una concepción del *waqf* como sujeto jurídico independiente<sup>228</sup>. En cambio, aun en medio de una notable indefinición terminológica y conceptual, las *piae causae* del derecho romano justiniano nos han parecido funcionar, si no todas ellas sí algunos de sus tipos principales, con aquella autonomía jurídica y patrimonial que es característica de las personas jurídicas.

En cuanto al tema de la propiedad, puesto que no cabe pensar en el *waqf* mismo como titular de los bienes, los juristas de las distintas escuelas musulmanas llegan a idear diferentes teorías que contemplan prácticamente todas las demás posibilidades imaginables al respecto: propiedad (nuda) del constituyente o fundador, propiedad de los beneficiarios, propiedad de Alá o incluso bienes sin propietario. Con excepción de la primera, todas estas alternativas, más la de la propiedad en manos del cuerpo de administradores de la fundación, han sido también investigadas por los autores romanistas en sus intentos de explicación de la naturaleza jurídica de las *piae causae*. Por nuestra parte, así como hemos afirmado la titularidad de determinados tipos de *piae causae* (en concreto de aquellas que se aproximan esencialmente a la condición de sujeto jurídico independiente) sobre sus propios bienes y derechos, y la titularidad fiduciaria de otros sujetos en los casos de fundaciones dependientes o indirectas, las restantes teorías nos parecen innecesarias y carentes de respaldo sólido en las fuentes.

e) En materia de administración de las fundaciones piadosas no es difícil concretar algunas semejanzas puntuales entre el derecho romano justiniano y el derecho islámico. Así, en primer lugar, el papel central que ambos ordenamientos reservan en este campo a las instrucciones del fundador, tanto por lo que se refiere a la designación del administrador de la fundación<sup>229</sup> como también por lo que respecta a los aspectos más concretos de la gestión que se le encarga. Así, en segundo lugar, la limitación de

---

227 Aun contando con las divergencias de opinión entre las escuelas jurídicas musulmanas: cfr. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 255.

228 Vid. no obstante las opiniones recordadas *supra*, nts. 61 y 62.

229 Con la particularidad islámica de que lo pueden ser el propio fundador o los beneficiarios directos de la fundación, lo cual sucede con frecuencia en el tipo de fundación denominado *waqf ahli* o *dhurri*.

las facultades de los administradores a la esfera de la llamada administración ordinaria<sup>230</sup> y la marcada prevención contra la posibilidad de que obtengan lucro del oficio que desempeñan<sup>231</sup>. Y así también, por último, la existencia de una autoridad superior encargada de supervisar la buena marcha de la administración y el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales.

Por otra parte, sin embargo, alguna diferencia parece provenir de la falta en el orbe islámico de un encuadramiento religioso de la sociedad -dispuesto a través de una organización o estructura unitaria y jerarquizada y del correspondiente estamento clerical- que se pueda comparar a lo que la Iglesia y el clero cristianos representan en la sociedad romana del Bajo Imperio. La consecuencia más inmediata de esto es que mientras que las *piae causae* caen tempestivamente y de modo natural bajo el control directo o indirecto de la autoridad eclesiástica, representada por los obispos, el papel supervisor sobre las fundaciones musulmanas termina por ser asumido por los *cadíes*<sup>232</sup>, cuerpo de jueces delegados de la autoridad política que se desarrolla desde la época del califato omeya<sup>233</sup>. Aunque es evidente que el laxo concepto islámico de *qurba* debió jugar en esto un papel determinante, quizás aquella menor gravitación de una autoridad religiosa organizada (de una autoridad eclesiástica, en definitiva) haya podido contribuir también a la temprana difusión del *waqf ahlī* o *dhurrī*, es decir, a la propagación de la fundación de carácter privado o familiar, mientras que la fundación de interés público o *waqf jayrī* habría recibido más fácilmente la influencia de las *piae causae*<sup>234</sup>.

f) Dejando al margen el supuesto excepcional del *waqf* temporal o de duración determinada, circunscrito una vez más al ámbito de la fundación privada o familiar, la comparación que podemos hacer aquí entre la extinción de las *piae causae* y la del *waqf* se reduce a constatar el parecido espíritu de la solución que se arbitra en ambos casos ante la imposibilidad de subsistencia de la fundación, ya sea debida a caducidad del fin señalado por el fundador ya al irreparable deterioro de su substrato material; consiste esa solución, por lo menos en principio si no con carácter general, en la reasignación de los bienes a otros fines piadosos de naturaleza análoga al que ya no puede ser realizado.

g) Hablando de la finalidad como elemento jurídico esencial y característico tanto de las *piae causae* como del *waqf*, una indudable coincidencia estriba en la exigencia de una motivación piadosa suficientemente definida, si bien este elemento ha de ser entendido conforme a los dictados específicos de la mentalidad religiosa que inspira y preside el desarrollo de cada una de aquellas dos instituciones. El sentimiento religioso y la incitación a la caridad se encuentran, evidentemente, en el origen de las fundaciones de beneficencia cristianas y musulmanas y en la base de su aplicación a fines de utilidad pública<sup>235</sup>. Una diferencia de raíz, no obstante, puede rastrearse en el concepto islámico de *qurba*, cuya especificidad, en comparación con el paralelo concepto cristiano que sustenta el desarrollo de las *piae causae*, consiste como hemos visto en la inclusión en él de la liberalidad y la beneficencia para con los parientes o la familia en

230 Es decir, a una administración de naturaleza fundamentalmente conservativa.

231 En relación con las *piae causae*, vid. principalmente C. 1.3.41(42).11-15, Nov. 120, cap. 5.1 y cap. 7.1, Nov. 131, cap. 13.2.

232 Cfr. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 271.

233 Vid. SCHACHT, "Law and Justice" cit. (Internet).

234 La cuestión es con todo bastante oscura, pues las opiniones de los estudiosos no son conformes respecto a si el desarrollo de una clase de *waqf* es anterior al de la otra o si ambas evolucionan a la par: según CAHEN, *o.c.*, p. 302, el *waqf* antiguo es mucho menos el *waqf* público que el *waqf* privado; en cambio D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., pp. 239, 248, concede la primacía al *waqf jayrī*. El tratamiento de BAYER, *o.c.*, pp. 56 ss., sobre la influencia de las *piae causae* en el origen y el desarrollo del *waqf* prescinde de toda consideración expresa acerca de las diferencias entre las dos clases de esta institución.

235 Cfr. D'EMILIA, "Per una comparazione" cit., p. 245.

general del fundador. El precepto cristiano del amor al prójimo no incluye, por lo menos no con la misma fuerza y claridad, esa inclinación tan decidida hacia la parentela propia que, al dotarle de legitimidad coránica<sup>236</sup>, impulsó sin duda el desarrollo del *waqf ahli*. La legislación imperial romana sobre las *piae causae* no presenta traza directa alguna de que a su amparo haya sido posible un desarrollo similar, de manera que si tal desarrollo se produjo (y esto es algo de lo que apenas puede dudarse a tenor de la información que poseemos<sup>237</sup>), el mismo debió ser fruto de una evolución en la que, de una forma que dista de estar clara, algunos elementos propios de los fideicomisos, y en particular del fideicomiso de familia, parecen haberse combinado con el régimen jurídico de las *piae causae*<sup>238</sup>. Un precedente romano que pudo coadyuvar es el de aquellas “fundaciones” que no llegaban a salir del ámbito patrimonial del fundador, el cual era así su propietario y tenía sobre ellas pleno poder de disposición<sup>239</sup>.

Por otro lado, si tratamos de adentrarnos en el terreno de las influencias todas las hipótesis nos parecen admisibles; es decir, tanto la hipótesis del influjo romano-griego sobre la forma jurídica del *waqf* (aunque no sobre su espíritu)<sup>240</sup> como la hipótesis, sólo en cierto modo inversa, puesto que en realidad es sucesiva, de la influencia musulmana sobre la pujanza medieval y moderna de lo que WEBER llama el “fideicomiso profano”<sup>241</sup>. Con referencia al contexto bizantino y a esta última institución, pero no tal vez tanto con referencia al contexto justiniano y a las *piae causae*, podría señalarse quizás un punto de coincidencia con las fundaciones islámicas en el propósito mundano de impedir de forma permanente la disgregación del patrimonio familiar mediante la correspondiente alteración del orden sucesorio<sup>242</sup>.

Por último, la finalidad de poner coto a la intervención abusiva del poder político, esto es, la estrategia de situar los bienes a salvo de confiscaciones arbitrarias colocándolos bajo la esfera protectora del régimen jurídico fundacional, no parece haber logrado nunca ni en ningún lugar más que un éxito relativo y transitorio. Si, como ha sido afirmado en la doctrina, éste fue uno de los motivos profanos que con mayor asiduidad determinaron la erección de fundaciones piadosas tanto en ambiente cristiano como en ambiente musulmán, la conclusión obligada es que el instrumento utilizado, aun a pesar de sus indudables repercusiones sociales y económicas, fue demasiado débil como para resistir con eficacia la presión, más circunstancial o más prolongada según los momentos y las ocasiones, de un poder despótico a los ojos modernos.

---

236 Sura 2, 215: “Te preguntan qué deben gastar. Di: ‘Los bienes que gastéis, que sean para los padres, los parientes más cercanos, los huérfanos, los necesitados y el viajero’. Dios conoce perfectamente el bien que hacéis”; Sura 16, 90: “Dios prescribe la justicia, la beneficencia y la liberalidad con los parientes”.

237 Sobre reserva de rentas de bienes pertenecientes a iglesias y monasterios para la familia del fundador, vid. especialmente THOMAS, *o.c.*, pp. 56 ss., 71 ss., 83 ss.; este autor ve en C. 1.3.45(46).1b la intención de Justiniano de excluir a la familia del fundador de la participación en la “frequently profitable financial administration of the institution” (p. 44).

238 Para una época muy posterior, vid. alguna leve indicación en R. TRIFONE, *Il fedecommesso. Storia dell'Istituto in Italia I. (Dal diritto romano agli inizi del sec. XVI)*, Roma, 1914, p. 98.

239 Recuerda algunos ejemplos PUGLIESE, *o.c.*, p. 3184 nt. 22; cfr. GAUDEMET, *o.c.*, pp. 279 s.; HAGEMANN, “Die rechtliche Stellung” cit., pp. 276 s.; vid. no obstante FABBRINI, *o.c.*, pp. 111 s.

240 Cfr. HEFFENING, *o.c.*, p. 1189.

241 WEBER, *o.c.*, p. 835; cfr. BAYER, *o.c.*, pp. 63 ss.

242 Pero vid. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *o.c.*, pp. 204 s., sobre el escaso desarrollo de los fideicomisos familiares entre los bizantinos y sobre sus motivos.