



CARACTER
DE
LA DOTE
EN DERECHO ROMANO

POR
PAUL GIDE

PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE PARÍS.

OBRA TRADUCIDA POR
ANTONIO AGUILAR Y CANO.

REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE ESTEPA.



ESTEPA.

—
IMPRENTA DE ANTONIO HERMOSO.
1884.

CARÁCTER DE LA DOTE

EN DERECHO ROMANO.

CARACTER
DE
LA DOTE
EN DERECHO ROMANO

POR
PAUL GIDE

PROFESOR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE PARÍS.

OBRA TRADUCIDA POR
ANTONIO AGUILAR Y CANO,

REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE ESTEPA.

ESTEPA.
—
IMPRENTA DE ANTONIO BERMOSO.
1884.

CARÁCTER DE LA DOTE

EN DERECHO ROMANO.

¿Qué era la dote entre los Romanos? La pregunta no es nueva y puede, á primera vista, parecer ociosa, porque se encuentra la respuesta no solamente en todos los tratados de derecho romano, sino tambien en todos los de derecho francés (1). Si hay, en efecto, en nuestros códigos una

(1) Escusado nos parece decir á nuestros lectores que no son solos los tratadistas franceses los que contestan á esa pregunta: cuantos en todas las naciones de dote se ocupan han dado su definicion. La lista de los españoles sería interminable puesto que habría de ser un índice de los autores que en nuestra patria han escrito sobre derecho romano, ó sobre derecho español comun y foral. (N. del T.)

institucion verdaderamente romana por su origen y naturaleza es, sin duda, el régimen dotal. ¿No parece natural deducir de aquí que la dote entre los Romanos no era otra cosa que lo que es hoy entre nosotros?

Tal idea, muy estendida, es precisamente la que me propongo combatir. Quiero hacer con respecto á la dote lo que ya he hecho aquí mismo (1) con respecto á otro diferente asunto (2): poner frente á frente y en oposicion la ley romana y la ley moderna, y demostrar que la misma palabra corresponde, en las dos distintas legislaciones, á dos ideas profundamente diferentes.

Esta diferencia, lo confieso, no aparece á primera vista. Si preguntais cómo se debe definir la dote, los intérpretes del derecho romano y los comentaristas de nuestros códigos os darán lo mismo unos que otros la misma, exactamente la mis-

(1) Se refiere á la Revista de Legislacion francesa y extranjera. (N. del T.)

(2) Véase el tomo 1.º de dicha Revista, p.º 113 y siguientes. p.º 672 y siguientes.

ma, respuesta: *dote es lo que la mujer lleva al marido para atender á las cargas del matrimonio* (1). Si preguntais á los unos como á los otros en qué pueden consistir estas cargas, estarán de acuerdo para contestaros que consisten en el mantenimiento de la mujer y de los hijos. Hasta aquí todo parece idéntico en las dos legislaciones; pero esta identidad, lo repito, está en las palabras y nó en las cosas.

Cuando se dice hoy que la dote se ha establecido en interés de los hijos y para atender á su mantenimiento se repite un adagio que fué cierto y ya no lo es. Hoy los hijos tienen exactamente los mismos derechos sobre los bienes del padre que sobre los de la madre, y por consecuencia

(1) Cpr. J. 76, D., *De J. D.*, XXIII, 3; Code civil, art. 1540. (N. del A.)

El art. que el autor cita dice así: «La dot, sous ce régime comme sous celui du chapitre II, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage.»

Nuestra ley de Partida dice que dote es: «El algo que dá la mujer al marido por razon de casamiento ... con entendimiento de se mantener et ayudar el matrimonio con eila.» Ley 1.º Tit. 11. P.º 4.º. (N. del T.)

les importa poco que la fortuna de la casa esté colocada en manos del uno ó del otro (1). Que haya dote ó que no la haya, que la mujer al casarse lleve bienes al marido ó los guarde para sí, ni mas ricos ni mas pobres serán por ello los hijos que del matrimonio nazcan. Si se entrega, pues, una dote al marido no es para que los hijos estén mas ricamente mantenidos, sino para que el cuidado de su mantenimiento y la administracion de la casa, en vez de dividirse entre los dos esposos, se concentre en las manos del marido y no pertenezca más que á él solo. Tal es hoy el único fin, el único objeto de la dote; y ved aquí las consecuencias: siendo temporal este objeto y terminando con el matrimonio, resulta que la dote no es mas que una especie de depósito temporal confiado al marido, del cual el marido no llega á ser propietario, y que debe restituir luego que el matrimonio se disuelve.

Todo lo contrario era en la antigua Ro-

(1) Hago abstraccion por el momento del especial interés que presenta la inalienabilidad de la dote: se sabe que los bienes dotaes no son siempre inalienables.

ma. Para comprender lo que la dote fué en aquella época, es necesario recordar lo que fué la familia: esta palabra *familia* tenía en la antigüedad un sentido enteramente distinto al que hoy tiene (1). Se pertenecía á la misma familia, no por ser de la misma sangre, sino por tener el mismo nombre y los mismos dioses, resultando de aquí que nadie podia pertenecer á la vez á dos familias diferentes. Por otra parte el hijo llevaba el nombre de su padre y no el de su madre. El hijo, pues, pertenecía esclusivamente á su padre, y bajo el punto de vista legal, no era para

(1) La fijacion del sentido de la palabra *familia* en la época romana es un problema difícil, de elementos complicados, y tan vario como el tiempo especial á que la pregunta se concreta. Su solucion no es para acometida en una nota, y por ello nos limitaremos á llamar la atencion á nuestros lectores sobre la etimología de la palabra susodicha. La significacion de *familia*, así como la del griego *oikos*, es propiedad y casa ó domicilio, y en tal sentido la aplican las Doce Tablas; en un principio, pues, no fué la significacion de familia la que despues adquirió y en el texto se refiere. Acaso esas mismas ideas en aquella primera época eran aplicables á la *gens*. (N. del T.)

su madre mas que un estraño. Esceptuando el caso de la *conventio in manum*, cuyo exámen vendrá despues, se puede decir que no existía lazo alguno de parentesco civil entre los hijos y su madre (1). Una madre, pues. no podia dejar sus bienes á sus hijos, ni pór testamento, porque ella no podia testar, ni *ab intestato*, porque ella y sus hijos pertenecian á dos familias diferentes. ¿Podia al menos hacerles donaciones? Tampoco, en tanto que el marido vivía; porque, sometidos al poder paterno, los hijos no podian tener bienes por su propia personalidad: sus bienes y los de su padre no formaban mas que un solo patrimonio del qué, el padre era señor. La mujer, por consiguiente, no tenia mas que un solo medio de trasmitir sus bienes á los hijos: era el de llevarlos al marido,

(1) Lo que demuestra bien que á los ojos de los jurisconsultos romanos el parentesco de la madre no era mas que un parentesco natural y no civil, es que, cuando mas tarde se establecieron los derechos de sucesion entre la madre y sus hijos (véase *infra*, p.^a), estos derechos fueron los mismos con respecto á los hijos naturales (*spurii*) que con respecto á los legítimos.

es decir, el de constituirlos en dote. Entonces era cuando se podia decir, con mas verdad que en nuestros dias, qué: la dote estaba destinada á proveer á el establecimiento, educacion y alimentacion de los hijos. No era este, como hoy, un destino temporal y limitado á la duracion del matrimonio: la dote no debia jamás restituirse, porque no hubiese podido volver á la mujer ó á sus herederos sin ser por ese solo hecho pérdida para los hijos. Así el marido la adquiria en pleno dominio. La dote era una donacion (este es el sentido primitivo de la palabra (1), es decir, que

(1) «Dotem manifestatum est ex Græco esse; nam *didonai* dicitur apud eos dare » Festus, h. v.---
«Dos si nuptiarum causa data; hæc græcè *dotine* ita enim hoc siculi. Ab eodem donum.» Varron, *De lingua latina*, V, 175.—«Dos est donum puellarum nubentium.» Acron, *Ad Horat. Carm.*, III, 24, v 19. (N. deí A)

Nuestro Antonio Gomez, en sus comentarios á las leyes 50 à 53 de Toro, dice así; « , nam dos dicitur Græcè *pherna*, id est, donatio, qua propter matrimonium conceditur.» y hace las siguientes citas; *lege prima, et per totum; ff. solut, matrimonio; l. 1. et per totum ff. de jure dotium: l. prima, et per totum, ff. de pactis dotalibus; lege*

la mujer la abandonaba al marido sin reserva y sin la cualidad de restituir.

Se vé por esto que en todos tiempos las leyes sobre dote se han derivado, como una consecuencia natural, de las leyes sobre organizacion de la familia, y que dos organizaciones domésticas tan diversas como la de los Romanos y la nuestra debian necesariamente conducir á dos régimes dotales bien diferentes. Esta diferencia podemos ahora expresarla en dos palabras. Sí, sin duda, en nuestros dias como en los tiempos de los Romanos, es una verdad decir que la dote está destinada á atender las cargas del matrimonio; pero la diferencia consiste en esto: entre nosotros estas cargas y este destino son temporales, mientras que en Roma eran perpétuas. Esta idea es la que los mismos jurisconsultos romanos han formulado en

príma et per totum, Cod. de jure dotium, l. I, et per totum, Cod. de dotis promissione, l. I. et per totum tit. II, part. 4.

Pudiéramos citar, del mismo modo, á Covarrubias, Acevedo, Gutierrez, Sala, y otros muchos tratadistas conformes todos en la significacion de la palabra dote. (N. del T)

ese adagio tradicional, inscrito á la cabeza del título *De jure dotium* como un principio fundamental: «Dotis causa perpetua est (1).»

Es el carcter de *perpetuidad* de la dote, tan extraño á nuestras ideas y á nuestras costumbres, que yo voy, en estas pocas páginas, á ensayar su esclarecimiento. Voy, recorriendo los diversos periodos de la legislacion romana, á estudiar paso á paso los orígenes de este principio, su desenvolvimiento y su decadencia, para demostrar porqué série de progresivas modificaciones la dote primitiva concluyó por convertirse en la dote moderna.

En efecto, la máxima *dotis causa perpetua est* no contiene mas que una verdad histórica, y en el tiempo mismo en que el jurisconsulto Paulo, que nos la ha transmitido, la escribia, habia ya casi cesado de ser verdadera. En dicha época se habian operado grandes cambios en la organizacion de la familia. Bajo la influencia de los Antoninos, la ley se habia humanizado. La madre habia ido reconquistando

(1) L. 1, D., *De J. D.*, XXIII, 3.

en el seno de la familia el lugar que le correspondía: heredaba á sus hijos y estos á su vez la heredaban á ella (1). Desde entonces, el antiguo principio de la perpetuidad de la dote había perdido su razón de ser y no era ya, por decirlo así, mas que un anacronismo. Desde el día en que los hijos habían obtenido sobre los bienes de su madre los mismos derechos que sobre los del padre, poco les importaba que la dote, caso de divorcio, permaneciese en su padre ó volviese á la madre; poco les importaba, aun, que hubiese dote ó que no la hubiese. La dote no tenía ya por fin asegurar el porvenir de los hijos; no tenía ya una *causa perpetua*, y la máxima *dotis causa perpetua est* desde entonces no era ya mas que una fórmula tradicional, que se conservaba todavía por honor de los principios, pero que, no respondiendo á ninguna necesidad prácti-

(1) Sc. Tertulliano, dado bajo Antonio Pio ó bajo Adriano.—Sc Orphiciano, dado bajo Marco Aurelio.—(N. del A.)

Véase para el primero *Dig. Lib. 38. Tit. 17.—C. Lib. 6. Tit. 56*; para el segundo *Dig.* el mismo libro y título.—*C. Lib. 6 Tit. 57.* (N. del T.)

ca, no podía tardar en desaparecer cayendo para siempre en el olvido.

Este cambio progresivo en el destino y la naturaleza de la dote, consecuencia natural de los cambios ocurridos en la organización de la familia, ha escapado generalmente á la atención de los intérpretes. Cuando han tratado de definir la dote y de determinar el verdadero carácter de ella, han afirmado frecuentemente, como verdad absoluta, lo que solo es verdad para tal ó cual periodo de la legislación romana. De aquí muchos errores y divergencias; de aquí dos teorías disintamente opuestas que se pueden formular así.

En el primero de estos sistemas, la dote es esencialmente *temporal*, y del mismo modo que no puede haber dote cuando no hay matrimonio, tampoco puede haberla cuando el matrimonio no existe (1). La dote no es dada al marido, se le presta; sucede en la *datio dotis* como en el

(1) Uno de nuestros expositores dice: «... sine matrimonio esse non potest » Y cita en su apoyo la *l. tertia ff. de jure dorum*, y la *l. cum muliere, versic. sicut. Cód. de donat. ante m. pt.* (N. del T.)

mutuum; ella implica para el adquiridor la obligacion de devolver. Esta obligacion de restituir la dote al terminar el matrimonio, es una obligacion *re, ex contractu*, fundada en los principios generales del derecho. El marido se encuentra, pues, sometido desde que el matrimonio queda disuelto, no solamente á una accion dotal particular, sino tambien á la accion general, á la *condictio*, en virtud de este principio: «Constat id posse condicti.... quod redit ad non justam causam (1).» Tal es la doctrina del gran jurisconsulto Doneau y de todos aquellos que, como él, han buscado el sentido de las leyes romanas en la razon natural mas bien que en la historia (2).

(1) L. 1 párf. 3, D., *De cond. sine c.*, XII, 7,

(2) Doneau clasifica la dote, en su sistema, despues de los cuatro contratos *re*, y se expresa así: «Etiam dotis restituentis obligatio re contrahitur, eodem plane modo que in mutuo....» L. XIV. c. IV, n. 1: cpr. n. 13, et. c. V. n. 1— El jefe de la escuela histórica alemana, Savigny, parece afiliarse á esta doctrina, cuando concede á la mujer «la eleccion entre una *condictio* y la accion *rei uxoriae* que es de buena fe.» System. t. V. app. XIV, n. 5, *in fine*. Ved tambien á Puch-

En el sistema opuesto, la dote es por su naturaleza *perpetua*: fundar una familia, y una familia que se perpetúe, tal es el fin del matrimonio (1), y por consiguiénte el fin de la dote. El marido adquiere esta dote, no para él solo, sino para la familia de quien es representante y jefe; adquiere, pues, para siempre, y la mujer no es ya acreedora, en principio, de bienes dotales de quien ella no es propietaria. ¿Cómo entonces se le concede la accion *rei uxoriae*? Esta es una escepcion, una anomalía, una especie de socorro alimenticio otorgado por favor á la viuda ó á la esposa injustamente repudiada; el origen, la causa de esta accion no está en la *datio dotis*, sino en el hecho de la repudiacion ó de la viudez. Esta doctrina

ta, *Justit.*, t. III, párf. 292, nota 1. Notemos desde ahora que esta asercion no se apoya en ningun texto: el solo que alega Savigny (L. 67, D., *De J. D.*, XXIII, 3) no puede suministrar mas que un argumento *á contrario* sin importancia.

(1) Esto es lo que indica la fórmula sacramental; «liberorum querendorum causa uxorem ducere.» Ulpian. III, 3; Anlo-Gell., IV, 3; Valerio Máximo, VII, 7, 4.

es muy nueva: la encuentro en dos publicaciones extranjeras que, todavía casi desconocidas en Francia, merecen, según creo, ser citadas: los tratados sobre la dote de M. M. Bechmann y Czyhlarz (1).

Es fácil, me parece, después de las precedentes explicaciones, separar y distinguir en cada uno de estos dos sistemas la parte de verdad que contenga. El segundo es expresión exacta de lo que era la dote en su origen: el primero es la no menos fiel representación de lo que la dote llegó á ser bajo Justiniano. La distancia entre estos dos sistemas, tan elejados uno de otro, dá la medida del progreso realizado por la ley romana. Nosotros vamos á seguir este progreso y á presenciar las sucesivas transformaciones que el régimen dotal ha sufrido, primero bajo la república, y después bajo el imperio.

(1) Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, 1865-1867; Czyhlarz, *Das römische Dotalrecht*, 1870. M. Bechmann es profesor en Erlangen y M. Czyhlarz profesor en Praga.—Ved también el juicio crítico del libro de M. Bechmann por M. de Scheurl, *Kritische Vierteljahrschrift*, t. VI, p. 1.: t. XI. p. 103, 266 y 321.

I.

Los más antiguos documentos que poseemos sobre los usos y costumbres de la sociedad romana nos presentan la dote como el accesorio ordinario y casi necesario del matrimonio. Las dotes eran frecuentemente muy considerables (1), y, por pobre que fuese un padre se hubiese creído deshonrado si no hubiese dotado á su hija (2). Este rasgo de las costum-

(1) Catón, *Suasio legis Voconiae*, ed. Jordan, p. 54 (N. del A.).

Hay sin embargo quien sostiene que en tiempo de la república solían ser las dotes bien exiguas aun tratándose de grandes personajes. El Senado, con fondos públicos, dotó á la hija de Cneo Scipión, gobernador de España, con once mil ases, equivalentes á unos 3500 rs. de nuestra moneda. (N. del T.)

(2) Plauto, *Trinummus*, act. III, sc. 1, v. 11: sc. 2. v. 63:

•Flagitium quidem hercle fiet nisi dos dabitur virgini.

Sed ut inops infamis ne sim: ne mihi hanc famam differant
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi

bres, muy notable en una sociedad aun ruda y grosera, puede explicarse facilmente. Se sabe que segun la Ley de las Doce Tablas, las mujeres tenian los mismos derechos de sucesion que los hombres (1), y por consiguiente eran tan ricas como ellos; luego si las riquezas se dividian igualmente entre los dos sexos, era necesario que las cargas domésticas se dividiesen de igual modo, y como la ley ponía los hijos en la potestad del padre y á su esclusivo cargo (2), la mujer no podia contribuir á este mas que de una manera indirecta, abandonando ó entregando á su marido la totalidad ó al menos una parte de sus bienes.

Esta aportacion se efectuaba de tres maneras segun tres hipótesis que sucesivamente examinaré.

1.º Supondré desde luego que la mujer, en el momento del matrimonio, era

Sic sine dote dedisse magis quam in matrimonium.

Alfranius, v 159 (Ribbeck. *Comitorum rel.*, p. 157).

(1) Parf. 3, J, *De agn. succ.*, III, 2

(2) Véase lo que sobre esto decimos en otro lugar.

independiente (*sui juris*), señora de su fortuna, y que casándose pasaba *in manus mariti*. En este caso, todos sus bienes forzosamente entraban en el patrimonio del marido. Esto no era una dote propiamente dicha, toda vez que la dote no es mas que una donacion voluntaria, y aquí la adquisicion por el marido no era mas que una consecuencia, y consecuencia forzosa, de la *conventio in manum*. Pero todo esto era al menos un equivalente de la dote, y se podia aun, atendiendo menos á la naturaleza del acto que á sus efectos, ver aquí una especie de dote tácita. En este sentido es en el que ha podido decir Ciceron con exactitud: «Quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt *dotis nomine* (1).»

2.º Pero las mujeres se casaban jóvenes en la antigua Roma (2). Sucedia con frecuencia que, en el momento de la *conventio in manum*, la mujer se encontraba to-

(1) *Topiques*, 4.

(2) A los catorce años proxicamente. Epicteto, *Manual*, 40. Friedländer, *Sittengesch. Roms.* t. 1, p. 386 (segunda edicion).

davía bajo la potestad de su padre, y por consiguiente no tenía bienes personales. En este caso, debía el padre suministrar la dote; las costumbres, ya lo hemos visto, le hacían un deber de ello, y este deber era tanto más imperioso, cuanto que la mujer, sometiéndose á la *manus*, renunciaba por este solo hecho á todos sus derechos en la sucesión paterna (1). Dotando á su hija, no hacía el padre más que recompensarle este sacrificio, sin perjudicar á los otros hijos. Aquí encontramos, nótese bien, no ya el equivalente de una dote, sino una dote propiamente dicha, es decir una liberalidad hecha al marido á nombre de la mujer y por causa de matrimonio. Probablemente en tales circunstancias es cuando la dote ha encontrado su más antigua aplicación.

3.º En fin se puede suponer que el ma-

(1) Se consideraba la dote como equivalente para la hija á sus derechos de *sua*. Así cuando más tarde se admitió que la hija pudiese conservar sus derechos de *sua* aun recibiendo dote, se tuvo cuidado de corregir esta acumulación de dos derechos primitivamente incompatibles, por la *collatio dotis*.

trimonio se verificaba sin *conventio in manum*: sabido es que ya bajo la ley de las Doce Tablas se podía hacer así. En este caso, el matrimonio no entrañaba para el marido ninguna adquisición legal, y por consiguiente la necesidad de una dote propiamente dicha se hacía igualmente sentir, lo mismo si la mujer al casarse tenía bienes personales, que si todavía estaba bajo la potestad paterna. La dote generalmente se constituía por la misma mujer en el primer caso y por el padre en el segundo.

Lo que importa sobre todo notar, es que, en estas tres hipótesis, si los medios eran diferentes, el fin era siempre el mismo. Este fin consistía en procurar al marido un enriquecimiento que compensase las cargas que el matrimonio le imponía. En los tres casos, los bienes que adquiría tenían el mismo destino y debían, por consiguiente, ser regidos por la misma ley. En los tres casos los adquiría sin restricción y sin reserva y, de cualquiera manera que el matrimonio se disolviese, no tenía obligación de restituirlos. Sobre este último punto debo detenerme un ins-

tante.

«Se refiere,» dice Aulo-Gellio, «que, durante los cinco primeros siglos de la fundación de Roma, no existían, en Roma, ni en todo el Lacio, acciones ni estipulaciones *rei uxoriae*, sin duda porque no había necesidad de ellas, no disolviéndose entonces los matrimonios por divorcios. Servio Sulpicio dice también, en su libro sobre la dote, que la necesidad de las estipulaciones *rei uxoriae* no se hizo sentir más que cuando Spurio Carvilio... repudió á su mujer (1).» Sería difícil recusar este testimonio; se apoya, como se acaba de ver, en la autoridad de uno de los más sabios y más antiguos jurisconsultos de Roma, autor de un tratado especial sobre la dote. Dicho testimonio encuentra por otra parte, su confirmación en un pasaje de Dionisio de Halicarnaso. «Rómulo», nos dice el autor de las *Antigüedades romanas*, «no había dado ninguna acción á la mujer contra su marido, ni establecido ninguna ley para la restitución de la do-

(1) *Noches áticas.*, IV, 3; cf. XVII, 21.

te (1).» Este dato es menos preciso que el de Aulo-Gellio; pero los dos historiadores convienen en atestiguar un hecho capital, á saber: que ha transcurrido todo un periodo durante el cual ya existía la institución de la dote, en tanto que su acción de restitución no se había creado.

Una segunda prueba puede añadirse á la primera que precede. La ausencia de toda acción dotal, en los primeros siglos de Roma, no es solamente un hecho histórico, es además una consecuencia lógica del estado general de la legislación y de las costumbres en dicha época. Hoy, sin duda, una ley que dispensase al marido y sus herederos de restituir la dote sería tan inícuo como irracional. Pero considérese bien por un instante lo que era la familia romana en los primeros siglos, y se confesará que una ley semejante no tenía nada que pudiese herir á la equidad ni á la razón. Nosotros en este punto debemos distinguir otras tres hipótesis, porque el matrimonio podía disol-

(1) *Antig roman.*, II, 25.

verse de tres diferentes maneras:

1.º Por muerte de la mujer. En este caso ¿no era razonable que el marido guardase la dote, puesto que conservaba á su cargo los hijos, á quienes la dote estaba destinada? Estos hijos, ya lo he dicho, no podían suceder mas que á su padre y de ningun modo á la madre, y no podían por consiguiente, recoger un día los bienes dotales, si estos no permanecían en el patrimonio paterno (1). El matrimonio, es verdad, podía ser estéril, aun cuando era caso muy raro en los primeros siglos de Roma. Pero aun entonces ¿no era mas justo que á los herederos de la mujer, que no podían ser mas que colaterales, se prefiriese aquel á quien la mujer había permanecido unida hasta su muerte, con el mas íntimo y el mas sagrado de todos los lazos?

2.º El matrimonio podía tambien concluir por muerte del marido, y en este caso la ley romana, que rehusaba á la viuda el derecho de volver á tomar su dote, puede parecer á primera vista difícil de

(1) Véase lo que sobre esto en otro lugar decimos.

justificar. Para comprenderla, es necesario primero distinguir si había habido ó nó *convento in manum* entre los esposos.

Si la mujer estaba *in manu*, tenía sobre los bienes del marido exactamente los mismos derechos que una hija sobre los bienes de su padre. Sucedia, pues, al marido por una parte de sus bienes como hija, ó, en defecto de hijos, por el todo (1), y en este patrimonio del marido en el cual sucedía, encontraba los bienes dotales que allí se habían confundido. La dote continuaba así llenando, aun despues del matrimonio, su doble destino, que es proveer al mantenimiento de la mujer y de los hijos, y, por esta feliz combinacion, todos los intereses domésticos se encontraban satisfechos á la vez.

Pero, si la mujer no estaba *in manu*, su posicion era muy diferente: ella no tenía ningun derecho á la sucesion del marido premorto, y una jóven ricamente dotada hubiese podido encontrarse sin recursos el dia de su viudéz (2), si las costumbres

(1) Gayo, I, 111. II, 139, 159: III, 3.

(2) Téngase presente que muchas veces, á falta de *con-*

en este caso no hubiesen corregido la ley. Desde luego era uso que el marido, en su testamento, dejase á su viuda, ó su dote, ó al menos un legado que la pusiese á cubierto de la necesidad: el edicto *de alterutro* y la importancia del *prælegatum dotis* en la antigua jurisprudencia romana (1) atestiguan la generalidad de este uso. Además, aun suponiendo que la dote, á falta de disposición testamentaria, pasase á los herederos del marido, no olvidemos que estos herederos no serán otros frecuentemente que los hijos nacidos del matrimonio: estos hijos estarán obligados á alimentar y mantener á su madre. Tal obligación, ciertamente, no se le impone por las leyes y sí por las costumbres; pero lo mismo acontece con la obligación del marido de alimentar á su mujer; la mujer tiene, pues, respecto á sus hijos, los mismos derechos que respecto á su marido, de suerte que la disolución del matri-

ventio in manum, conservaba la mujer sus derechos de sucesión en su familia de origen.

(1) Véase el título *De dote præl.* D., XXXIII, 4, y la L. 1, D., *De leg. præst.*, XXXVII, 3.

monio no empeora su condición (1).

3.ª Podemos suponer en fin que el matrimonio se disuelve no por la muerte de uno de los dos esposos, sino por el divorcio. El divorcio era raro, sin duda, durante este primer periodo, pero no carecía de ejemplos, y si es dudoso que la mujer estuviese nunca autorizada para separarse de su marido, no lo es que el marido podía en ciertos casos repudiar á su mujer (2). En estos casos excepcionales, la esposa repudiada hubiera hecho mal demandando en justicia á su marido para reclamar su dote. Porque toda mujer repudiada era por ello mismo reputada culpable. La repudiación, en las costumbres romanas, no era un acto arbitrario: era un verdadero juicio, que el marido no podía ejecutar sin rodearse de un consejo de parientes y amigos (3). Probablemente este es el tribunal doméstico que estatúa sobre la suerte de la mujer y, según las

(1) Bechmann, obra citada, I, párf. 15.

(2) Valerio Máximo, II, 9, 2, (ed. Kempf, p. 228).

(3) Valerio Máximo (*loc. cit.*) refiere que Lucio Autonio fué arrojado del Senado por haber repudiado á su mujer *multo amicorum in consilium adhibito*.

circunstancias, le concedía ó denegaba, en todo ó en parte, la restitucion de los bienes dotales. Cualquiera que fuese su decision era justa, ó se presumía tal, puesto que constituía un juicio y un juicio sin apelacion.

Este régimen dotal primitivo, tal como acabo de esponerlo, presenta, lo reconozco, una grave laguna: es esta la ausencia de toda garantía contra los abusos del poder marital. El marido, señor absoluto de la dote, podia distraerla de su destino con miras egoistas y culpables y despojar de ella para siempre á su mujer y á sus hijos. Pero esto no era mas que una consecuencia natural de la autoridad doméstica, tal como entonces se la concebía. ¿Cómo el jefe de la familia no habia de tener derechos absolutos sobre los bienes, cuando tenia poder absoluto sobre las personas? ¿Cómo se le habia de impedir despojar á sus hijos ó á su mujer, cuando se le permitía castigarlos con la muerte? El poder del *pater familias* era el mas antiguo, y por consiguiente el mas sagrado, el mas absoluto de los poderes. El mal esposo ó el mal padre no eran justiciables

por ningun otro tribunal que el de la opinion pública, y esta responsabilidad no era en verdad ilusoria; porque las costumbres en esta época eran tan severas como para hacer veces de ley, y un jefe de familia que hubiese abusado de su poder no hubiera escapado á la nota infamante del censor (1).

Puedo resumir en pocas palabras todos los desenvolvimientos que preceden. Ha transcurrido un primer periodo en la legislacion romana durante el cual la institucion de la dote era de un uso general, en tanto que toda accion de restitucion de dote era todavia desconocida. Así la idea de dote y la idea de restitucion, que hoy nos parecen inseparables, se presentan al principio como enteramente independientes la una de la otra. La accion *rei uxorie*, lejos de ser la consecuencia lógica y necesaria de la institucion dotal, no de-

(1) El censor era un magistrado que tenia, entre otras importantes atribuciones la facultad de vigilar la moralidad de los ciudadanos y la de castigarlos por la falta de la misma con la degradacion y pérdida de cargos ó empleos. —Liv. XXVII, 11; Suet. *Aug.* 37; Polyb. VI, 13, 3. (N. del T.)

be su origen mas que á circunstancias exteriores y hasta cierto punto accidentales, que seguidamente voy á exponer.

La fecha á que debe referirse, segun Aulo Gellio (1), el origen de la accion *rei uxoriae*, es por sí misma bastante significativa: hácia la mitad del siglo sexto de Roma. En esta época, las costumbres sencillas y severas de que antes hablaba comienzan á corromperse; el lujo y la molición penetran en Roma con los ricos despojos de Carthago (2). La censura llegó á ser impotente, los divorcios se multiplicaban, el matrimonio ne era con frecuencia mas que un vergonzoso tráfico: el marido guardaba la dote y repudiaba á la mujer. Para remediar tales abusos faltaba restringir la autoridad sagrada del jefe de la familia, é imponer al marido que repudiase á su mujer la obligacion de devolver la dote. No eran solamente la equidad y la humanidad quién exigian imperiosa-

(1) Véase *supra*, lo que decimos sobre esto.

(2) Salustio *Hist. fragm.*, I, 3. Las leyes Oppia, Vociunia, el senado-consulta de las Bacanales, igualmente provocados por la corrupcion de las costumbres, siguieron de cerca á la aparicion de la accion *rei uxoriae*.

mente esta reforma, era además el interés del Estado. «Interesa á la república», decian los jurisconsultos romanos (1), «que las mujeres tengan dotes y que las conserven, porqué es por sus dotes por lo que se las toma en matrimonio.» Bajo la influencia de esta máxima, desconocida seguramente á los Romanos de los primeros siglos (2), se verifica la introduccion en la jurisprudencia de la obligacion de restituir la dote. Esta obligacion era útil para crear obstáculos al divorcio y consolidar los matrimonios: á falta del lazo moral, un lazo de interés unía á los esposos; y si este freno era impotente, al menos la mujer repudiada encontraba en la dote que se le volvía los medios de contraer una nueva union. Así es cómo con

(1) L. 2, D., *De J. D.*, XXIII, 3; L. 1, D., *Sol matr.*, XXIV, 3; L. 18, D., *De reb. auct. jud. poss.*, XLII, 3.

(2) En los primeros siglos, los segundos matrimonios, lejos de ser aprobados, eran reprobados por las costumbres. La calificación de *univiria* era título de honor para una mnjer. Orelli, I, 2742; II, 4330. Ved los numerosos textos citados por Marguardt, *Röm. Privatrecht.*, notas 190 y 370; Friedländer, *Sittengesch.*, I, p 337 (segunda edicion).

el cambio de las costumbres cambió de naturaleza la dote; esta vino á ser una institucion de órden público, que tenía la doble utilidad de inclinar al matrimonio y de apartar del divorcio; y así es cómo, para acomodar el régimen dotal á las nuevas necesidades se instituye la accion *rei uxorie*.

Esta grande reforma jurídica, como todas las reformas en Roma, se llevó á cabo con lentitud. Vamos á seguir sus progresos paso á paso, mostrando en él como la nueva accion dotal fué sucesivamente aplicada á cada uno de los tres casos de disolucion del matrimonio.

Si hemos de creer á Aulo-Gellio, la accion *rei uxorie* fué primeramente introducida para el caso de divorcio. No fué una ley formal quien la estableció, sinó la práctica y el uso. Todo induce á creer, en efecto, que la restitucion convencional de la dote precedió á la restitucion legal. Cuando los primeros escandalosos casos de divorcio se produjeron, se imaginó, dice el jurisconsulto Sulpicio (1), exigir del

(1) En Aulo Gellio, IV, 3. Ved *supra*, lo que sobre es-

marido, en el momento en que recibía la dote, formal promesa de que volvería algo de ella en caso de divorcio. Los términos en que ordinariamente estaba concebida esta promesa, nos han sido conservados en un curioso pasage de Boecio, tomado sin duda de algun antiguo jurisconsulto. «*Dos interdum*», nos dice el comentador de Ciceron, «*his conditionibus dari solebat, ut, si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius æquius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori*» (1).

Para cumplir una promesa así formulada, el marido no tenía mas medio que conformarse con el antiguo uso: debía reunir, caso de divorcio, un consejo de parientes y de amigos, que determinasen, segun la equidad y las conveniencias (*quod melius æquius esset*), la parte de dote que el marido podia conservar y la que debía restituir. De esta especie de arbitra-

to decimos.

(1) Boecio, ad. Cicer. *Tonic.*, XVII, 66; (ed. Orelli, p. 378). Bechmann, obra citada, p. 72 y siguientes.

ge á la accion *rei uxoriae* no habia mas que un paso: no faltaba mas que sobreentender esta convencion de restitucion cuando las partes la hubiesen omitido. Esto es lo que hizo la jurisprudencia, y la restitucion convencional de la dote se transformó así en restitucion legal, sin que por otra parte se cambiase su carácter esencial; siempre fué una especie de arbitrage, de acomodamiento de familia, que no tenia otras leyes que el uso, las conveniencias y la equidad. Tal fué el origen de la accion *rei uxoriae*, tal fué su carácter primitivo (1).

Introducido primeramente en favor de la esposa divorciada, el beneficio de la accion dotal, no tardó en ser igualmente otorgado á la viuda (2). Todavía en este

(1) «Vir cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium quod videtur habet; si quid perverse tatreque factum est à muliere, mu tatur.» Caton, *De dote*, ed. Jordan, p. 68. Rudorff, *Fam. Rechtsch.*, II, p. 381.

(2) Es notable que Ulpiano, tratando de la dote (*Fragm. VI*), no habla nada de la accion *rei uxoriae* en caso de muerte del marido, lo que, junto á otros indicios que seria muy largo mencionar aquí, ha hecho conjeturar á M. Bechmann (I, p. 59 et sig.), que no habia en este caso mas

caso se referia esta accion á un uso antiguo. Las antiguas costumbres, ya lo he dicho, imponían al marido el deber de dejar en su testamento algunos bienes á su viuda. Si el marido habia faltado á este deber, la equidad exigía que no se dejase á la viuda sin recursos, y por este le fué concedida la accion *rei uxoriae*. Lo que parece indicar bien que tal accion era subsidiaria en este caso, y que no era admitida mas que para suplir la falta ó insuficiencia de las disposiciones testamentarias del marido, es el antiguo edicto *de alterutro*, segun el cual la viuda, heredera ó legataria de su esposo, debia optar entre la disposicion testamentaria y la accion *rei uxoriae*, y no podia aceptar la primera sin privarse por ello mismo del derecho de intentar la segunda (1).

No se presentan las mismas consideraciones de equidad cuando era la muerte

que una accion *rei uxoriae utilis*. Como quiera que sea, esta accion existia en tiempo de los Gracos. L. 66. *pr.*, D., *Sol. matr.* XXIV, 3. Cpr. Czyhla z, *citata.*, p. 42, nota 1.^a.

(1) Bechmann, *op. cit.*, I, p. 58 y sig., II, p. 422.

de la mujer la que ponía fin al matrimonio. Así en este caso se conservaron los antiguos principios, y la acción *rei uxoriae*, concedida como un favor personal á la esposa divorciada ó á la viuda, no se concedió jamás á los herederos de la mujer premortua. Pero hubo otra persona que pareció digna del mismo favor: esta fué el padre de la mujer, cuando él mismo había suministrado la dote. Esta nueva extensión de la acción dotal podía justificarse bajo dos puntos de vista: primero bajo el punto de vista de la equidad: «Hubiese sido muy duro para el padre,» dicen sencillamente los jurisconsultos romanos, «perder á la vez su dinero y su hija (1);»—y segundo bajo el punto de vista del interés social: la dote, como ya se ha visto, había llegado á ser una institución de utilidad pública; importaba que el padre dotase á su hija, y el legislador, que un poco mas tarde debia contradecirle, comenzó por animarle haciéndole

(1) L. 6; D., *De J. D.*, XXIII, 3. Esta acción existía ya en tiempo de Servio Sulpicio. L. 79, D., *cod. i.*

esperar que la dote, que daba, un día había de volver á él. Sin embargo, esta especie de devolución de la dote no tenia lugar mas que en ciertos casos: se necesitaba que el matrimonio hubiese terminado por la muerte de la esposa (1); se necesitaba además que dicho matrimonio hubiere sido esteril: si había hijos dél, se reducía la acción del padre y aun llegaba á excluirse. No tengo para que entrar en estos detalles; todo lo que tengo que hacer constar, es que la acción *rei uxoriae*, en esta última aplicación, como en las precedentes, no es presentada, por los mismos jurisconsultos romanos, mas que como una excepción y una anomalía, que ellos tratan de justificar, no con razones de derecho, sino por consideraciones de equidad.

Una última nota tengo que añadir. En los diversos casos de disolución del matrimonio á que acabo de pasar revista, no he distinguido si la mujer estaba ó nó *in*

(1) Ulpiano, VI, 4. Mas adelante explicaré porqué se rehusaba al padre la acción en caso de divorcio.

manu mariti. Esto ha sido porqué, bajo el punto de vista de la accion dotal, la sola que debe ocuparnos, parece poco menos que indiferente la circunstancia de una *conventio in manum*. Aquí me separo, lo sé, de la opinion comun: se considera, en general, la *conventio in manum* como absolutamente incompatible con la existencia de una dote y de una accion dotal; pero, si yo no me engaño, esta opinion no es mas que una consecuencia del error fundamental que trato de combatir en esta disertacion. Si la dote, como se cree ordinariamente, no era mas que una especie de préstamo hecho al marido, si el marido se constituía deudor de la dote al venir á ser su propietario, seguramente la *conventio in manum* haría imposible toda dote y toda accion dotal; porque imposible es que una mujer *in manu mariti* sea acreedora de su marido. Pero si por el contrario (como creo haber probado) es verdad que la dote romana fué, no un préstamo, sinó una donacion hecha para siempre, si es verdad que la accion *rei uxoriae* no fué mas que una especie de socorro personal concedido á la viuda ó á la espo-

sa divorciada, y que por consiguiente no nacía mas que el dia del divorcio ó de la viudez ¿qué importa entonces la *conventio in manum*? Ella no podía ser obstáculo á la accion *rei uxoriae*, puesto que, en el momento en que esta accion nacía, la *manus* habia dejado de existir (1).

Voy, aun, mas lejos: si la accion *rei uxoriae* puede aplicarse al matrimonio con *manus*, digo que debe aplicarse; porqué todos los motivos que la han hecho establecer existen igualmente en este caso y son igualmente poderosos. ¿Que la mujer haya estado ó nó *in manu*, no hay el mismo interés público en que pueda volverse á casar? ¿Que haya estado ó nó *in manu* no hay la misma razon de equidad para socorrerla cuando el divorcio la ha dejado sola y sin recursos (2)? Ó, si hay alguna diferencia, la mujer que tiene mas nece-

(1) Bechmann, *op. cit.*, I, p. 105.

(2) El caso en que la mujer *in manu* llega á ser viuda es mas dudoso; en este caso, si el marido la ha desheredado ¿tiene la accion *rei uxoriae*, la *querela inofficiosi testamenti*, ó la eleccion entre las dos acciones segun el edicto *de alterutro*?—Sería temerario, faltando textos, resolver la cuestion.

sidad de ser socorrida ¿no es precisamente aquella á quien la *conventio in manum* ha privado de su familia y de sus bienes? En fin, ¿que la mujer haya estado ó nó *in manu*, su padre no tiene exactamente el mismo interés en volver á tomar la dote que habia suministrado? Guardémonos de introducir una sutil distincion en una materia en que todo se trata *æquius melius*, y de denegar, cuando la equidad la reclama una accion que por la sola equidad se rige. Lejos de autorizar esta distincion, la rechazan los textos. Si los jurisconsultos romanos, tan propios en su tecnicismo, han preferido á la denominacion tan natural de accion *dotal* la de accion *rei uxoriae*, es sin duda porqué esta accion se aplicaba, no solamente á la dote propiamente dicha, sinó tambien á los bienes que pasaban al marido por efecto de la *conventio in manum* (1). En los dos casos, habia *res uxoria*; en los dos casos, segun la frase de Ciceron, habia adquisicion *dotis nomine* (2), y, lo que prueba mejor to-

(1) Czyblarz, *op. cit.*, p. 41, nota 17,

(2) *Topics*, 1.

davia que estos dos casos estaban en general regidos por las mismas leyes, es que Paulo no vacila en llevar conclusiones del uno al otro por razon de analogía (1).

He insistido sobre esta analogía, porqué ella me suministra un argumento decisivo para la tésis que sostengo. En efecto, nadie vacila en reconocer que, en caso de *conventio in manum*, la *res uxoria* es adquirida por el marido á título definitivo y perpétuo, y que esta adquisicion no implica por sí misma ninguna obligacion de restituir. Luego si la dote propiamente dicha es regida por las mismas leyes ¿qué será necesario concluir de aquí? Que la dote tambien se adquiere por el marido definitivamente y para siempre; es decir, que la dote es *perpétua*, y que la obligacion de restituirla no es otra cosa que una derogacion de los principios y una anomalía.

II.

Si he detenido tan largo tiempo al lec-

(1) «... Omnia in dotem... dari posse, argumento esse in manum conventionem.» *Frag. Vatic.*, 115.

tor en el origen de la accion dotal, es porqué este origen significa algo mas que un simple objeto de curiosidad histórica: él solo puede hacernos comprender el especial carácter de esta accion y darnos la clave de las numerosas dificultades que presenta.

El carácter escepcional de la accion *rei uxoriae* aparece desde luego en su misma fórmula: esta fórmula nos dicen los juriconsultos de la era clásica, estaba «in bonum et æquum concepta (1),» y Ciceron nos enseña que contenia estas espresiones particulares: «quid æquius melius erit (2).» Con un formulario tan preciso como el del pretor romano, se puede estar seguro de que á una particularidad tan notable en la redaccion de la fórmula deberian corresponder algunas particularidades importantes en la naturaleza misma de la accion. La averiguacion de tales particularidades será el objeto de este párrafo.

(1) L. 8, D., *De cap. min.*, IV, 3.

(2) *Tópicos*, 17, y Boecio, *ad h. l.* —Val. Probus, VI, 9; M. A. E.; melius æquius erit.

Es necesario prevenirse desde luego, en esta indagacion, contra un error muy peligroso. Pudiera uno inclinarse á confundir la cláusula *quid æquius melius erit*, con otra mucho mas frecuente en las fórmulas de procedimiento, la cláusula *ex fide bona*, y considerar como idénticas las acciones *in bonum et æquum conceptæ* y las acciones de buena fé. Hay, aun, un texto de las Institutas que podria arrastrar á esta confusion: Justiniano, al derogar la accion *rei uxoriae*, declara que era del número de las acciones de buena fé (1). Pero si esto era así en la jurisprudencia bizantina, es difícil creer que fuese lo mismo en el tiempo de la pura jurisprudencia clásica (2); porqué no encontramos la accion *rei uxoriae*, ni en la enumeracion de las acciones de buena fé que nos dá

(1) Párrf. 29, J., *De act.*, IV, 6.

(2) Segun Savigny—*System*, t. II, párrf. 71, nota g.— la accion *rei uxoriae* habria sido al mismo tiempo accion de buena fé y accion *in bonum et æquum concepta*, estas dos cualidades eran independientes una de otra, pero no incompatibles. Yo creeria mejor que esta accion no ha ocupado un lugar entre las acciones de buena fé hasta la época en que su carácter excepcional tendia á borrarse, es decir hasta la decadencia de la jurisprudencia clásica.

Ciceron, ni en la que nos ha dejado Gallo (1). Y es que en efecto las acciones *in bonum et æquum conceptæ* estaban colocadas fuera de los cuadros regulares y de las clasificaciones del derecho comun: ellas formaban, en una esfera aparte, un pequeño grupo de acciones escepcionales, anómalas, que Cuyacio, el primero segun creo, ha revelado á la ciencia (2). La doctrina de este gran maestro, desarrollada y completada por Savigny (3) en nuestros dias, puede resumirse en los puntos siguientes.

No hay mas que cuatro acciones que como *in bonum et æquum conceptæ* indiquen los textos: la accion *rei uxoriæ*, la accion de injurias, y en fin otras dos acciones que no son mas que aplicaciones especiales de la accion de injurias: la accion *sepulchri violati* y la accion *de effussis* (4).

(1) Ciceron, *De offic.*, III, 17; Gayo, IV, 62. La ausencia de la accion *rei uxoriæ* en la enumeracion de Ciceron es tanto mas significativa, cuanto que acababa de hablar de esta accion algunas líneas antes.

(2) Cuj. *Observ.* XXII, 14; *Comm.* ad L. 9, de *cap. min.* (*Paut. ad Edic.*) (ed Fabrot, t. V, col. 169 y sig.)

(3) Savigny, *System*, t. II, párrs. 71-73.

(4) 1.º L. 8, D., *De cap. min.*, IV, 3—2.º LL. 11 pár-

Estas cuatro acciones presentan, como rasgos distintos, las dos particularidades que siguen: 1.º El juez goza en ellas de una latitud escepcional. Esta latitud es en este caso mucho mas grande que en las acciones arbitrarias y que en las acciones de buena fé. En estas acciones el juez debia arreglarse, para la estimacion del litigio, á los usos del comercio; en la accion *in bonum et æquum conceptæ*, hacia esta estimacion por el grado de su apreciacion personal, «*quanti bonum æquum ei videbatur* (1).» Como muy bien lo hace notar Savigny, «en las acciones de buena fé, dos jueces inteligentes deben llegar, en el mismo juicio, á dos idénticas soluciones; por el contrario, en las acciones *in bonum et æquum conceptæ*, dos jueces igualmente honrados y de clara inteligencia pueden llegar á dos solucio-

rafo 1.º, 48 pr., D., *De injur.*, XLVII, 10; L. 34 pr., D., *De O. et A.*, XLIV, 7.—3.º L. 10, D., *De sep. viol.*, XLVII, 12.—4.º LL. 1 pr., 3 párrs. 3, D., *De his qui eff.*, IX, 3. Esta última accion no es *in bonum et æquum* mas que cuando el injuriado es un hombre libre.

(1) L. 1. pr., D., *De his qui eff.*, IX, 3; L. 42, D., *De ad. ed.*, XXI, 1; L. 3. pr., D., *De sep. viol.*, XLVII, 12.

nes muy diferentes (1).»—2.º La segunda particularidad, que los textos nos presenten an cómo estrechamente ligada á la primera (2), es que estas acciones son *individuales*; entendiendo con tal palabra que ellas marchan unidas, no á la personalidad jurídica del que tiene el derecho, sino á su individualidad física; de dónde resultan estas dos anomalías: de un lado estas acciones no se pierden por la *muerte civil*, es decir por la *capitis deminutio* (3), que hace perder en general todos los derechos; y de otro, ellas se pierden por la muerte natural y no se transmiten á los herederos.—Este carácter de *individualidad*, con la doble consecuencia que dél se deriva, se encuentra igualmente en algunas otras acciones que presentan una grande analogía con las acciones *in bonum et æquum conceptæ* y que pueden cla-

(1) Savigny, *System*, t. II, p. 93, 94, ed. franc. p. 92.

(2) L. 8, D., *de cap. min.*, IV, 3: «... De dote actio, quia in bonum et æquum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis diminutionem.»

(3) Esto es verdad en general para la *minima* y la *media capitis dem.*, y á veces para la *capitis dem. maxima*. Savigny, *loc. cit.*, párrf. 71, p. 92.

sificarse en su grupo: son estas especialmente las acciones de alimentos y la *querela inofficiosi testamenti* (1).

Tal es la teoría de Cuyaccio y de Savigny. Sin embargo de que puede parecer temerario querer añadirle cosa alguna, me parece que algo queda por desear. Cuyaccio y Savigny han comprobado y descrito el fenómeno. pero no han dado la explicación dél. No nos han explicado cómo los jurisconsultos romanos se han visto obligados á colocar en un grupo aparte, acciones tan diversas en apariencia como la acción dotal, la acción de injurias, y la *querela testamenti* (2). ¿Cual puede ser el carácter comun que distingue y separa estas acciones de todas las otras? A esta difícil pregunta, ved aquí la respuesta que, me parece, se puede dar.

El carácter distintivo y esencial de estas acciones, es que no son, hablando con

(1) Savigny, *loc. cit.*, párrf. 72, A., D.; párrf. 73, G.

(2) Savigny se limita á decir «que es necesario guardarse aquí de generalizar demasiado, y que todo lo que estas acciones tienen de comun, es que son de una naturaleza *menos jurídica* que las acciones ordinarias.» *Loc. cit.*, párrf. 71.

propiedad, acciones *pecuniarias*. Ved aquí lo que yo entiendo por esto,

Todas las acciones, en derecho romano, son pecuniarias por su objeto, puesto que todas tienden á una condena que consiste, como es sabido, en una cantidad de dinero, y no puede consistir en otra cosa. Pero en su principio no son todas pecuniarias, ni en su causa, pudiéndose bajo este aspecto dividir las en dos muy diferentes especies. Las unas, y son el mayor número, son pecuniarias á la vez por la causa de que se derivan y por el objeto á que tienden: si tienen por objeto una cantidad de metálico, reconocen por causa una pérdida del mismo género, quiero decir, una pérdida cualquiera en el patrimonio; es, en una palabra, una mera cuestión de dinero la que se debate entre los litigantes. Pero fuera del patrimonio, fuera del círculo de los intereses pecuniarios, tiene el hombre también otros intereses y otros bienes que defender: tiene su cuerpo y su vida (1), tiene su honor,

(1) «Dominus membrorum suorum nemo videtur.» L. 15, D. ad L. Aquil., IX. 2.

tiene intereses morales que la ley garantiza (1); si él es lesionado en estos intereses y se le concede una acción, esta acción tendrá su nacimiento fuera del patrimonio, no formará parte del, y presentará el raro carácter de no ser pecuniaria en su origen, ni en su principio, aunque tendiendo como todas las otras á una suma de metálico pueda en su resultado y en su fin ser pecuniaria. Estas acciones tan particulares forman un grupo aparte en la jurisprudencia romana, y este grupo es precisamente el de las acciones *in bonum et æquum conceptæ*. Se puede aplicar á todas ellas lo que Ulpiano dice de una: «Non est damnum pecuniarium, nam ex bono et æquo actio oritur (2).»

(1) No tengo para qué mencionar en este lugar los derechos de familia (de agnac. de *suus*), que no son garantidos por acciones propiamente dichas, y que, sometidos por otra parte á leyes regulares, no tienen nada de común con las acciones *anómalas* de que me ocupo.

(2) J. 3 párrf. 5, D., *De his qui eff.*, IX. 3. Cf. L. 20 párrf. 5, D., *De adq. her.*, XXIX. 2; L. 1 párrf. 8, D., *Si quid in fr. patr.*, XXXVIII. 5; L. 23, D., *De injur.*, XLVII. 10; LI. 6, 10, D., *De sep. viol.*, XLVII. 12. Este mismo carácter *extra-pecuniario* se encuentra en las otras acciones que antes señalaba cómo aproximadas á la

Por esto se explican muy naturalmente las dos particularidades que estas acciones presentan, y que ahora poco señalaba. Es fácil comprender que, en estas acciones, el juez juzgase con una latitud escepcional y mucho mas grande que en las acciones de buena fé: porqué, en las acciones de buena fé, se trata de apreciar un perjuicio pecuniario, se trata de evaluar cosas venales, cuyo valor fijan los usos del comercio y las variaciones del mercado; por el contrario, en las acciones *in bonum et æquum conceptæ*, se trata sobre todo de apreciar un perjuicio moral. Por lo mismo, es muy natural que las acciones de esta naturaleza sean acciones individuales: puesto que ellas no forman parte del patrimonio, no podrán tampoco formar parte de la herencia ni, por consi-

acción *in bonum et æquum conceptæ*. Así cuando yo tacho de *inoficioso* el testamento de uno de mis parientes, mi acción es sin duda pecuniaria en su fin, puesto que es una herencia la que me propongo obtener; pero no lo es en su principio, porqué yo no tengo sobre la herencia ningun derecho de propiedad ni ningun crédito: no es un interés pecuniario el que invoco, sino el *officium*, el deber de familia desconocido por el testador. L. 22, D., *de inoff. test.* V. 2; L. 1 párrf, 8, D., *si qui dñ. fr. patr.*, XXXVIII, 5.

guiente transmitirse á los herederos (1); pero tampoco se perderán con el patrimonio, ni se extinguirán por la *minor capitis minutio*; podrán pertenecer aun aquel que no tenga patrimonio y que sea incapaz de tenerlo, p. ej., el hijo de familia (2). Todavía, para dar una idea completa del carácter complejo y ambiguo de estas acciones, me resta un último rasgo que añadir: ya he dicho que si estas acciones no son pecuniarias por su origen, lo son por su resultado final: resulta de aquí que, aun cuando hayan nacido fuera del patrimonio, acaban por entrar en él el día en que ejercitándose en justicia, se aproximan á su fin que es una condenacion en metálico; á partir de este momento, vendrán á ser trasmisibles y serán tratadas,

(1) L. 5 párrf. 5, D., *De his qui eff.*, IX, 3; «Quod in corpore libero damni datur, jure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium...» L. 10, D., *De sep. viol.*, XLVII, 12.

(2) L. 17 párrfs. 10-22, D., *De injur.*, XLVII, 10; L. 8, D., *De procur.*, III, 3; nótese la aproximacion establecida por este texto entre la acción de injurias y la acción *rei uxoriæ*.—Se puede todavía señalar en estas acciones una tercera particularidad. De que ellas no son pecuniarias resulta que su abandono no es considerado como una enagenacion, ni su perdida como un empobrecimiento.

bajo todos aspectos, como derechos pecuniarios. «In bonis nostris non computatur,» dice Ulpiano hablando de la acción de injurias, «*antecum litem contestemur* (1).»

Trátase, pues, ahora de aplicar estas ideas generales á el objeto particular de este estudio, y de demostrar que la acción *rei uxoriae*, así como la acción de injurias ó la acción *sepulchri violati*, es en su principio una acción *extra-pecuniaria*, «*quæ in bonis non computatur.*»

Para conocer la naturaleza de la acción dotal, es necesario conocer primero la naturaleza del derecho que tiene la mujer sobre la dote. Yo voy, pues, á averiguar cual sea este derecho, primeramente, durante el matrimonio, y después, cuando este se haya disuelto (2).

(1) L. 28. cf. L. 13, D., *De injur.*, XLVII, 10. El momento en que la acción viene á ser pecuniaria es en general el de la *litiscontestatio*, á veces también el de la *preparativo litis* (LL. 6 párrf. 2, 7, D., *De inff. test.*, V, 2) ó el de la *mora*.

(2) En esta indagación he aprovechado, combinándolas y modificándolas, las ideas ingeniosas, pero divergentes, emitidas por Savigny (*System.*, II. párrf. 72, C), Bechmann (*op. cit.*, I, párrf. 20) y Czybularz (*op. cit.*, p. 43).

Sobre el primer punto, se expresan los jurisperitos romanos en términos vagos y ambiguos que contrastan singularmente con su habitual precisión. «*Quamvis in bonis mariti dos sit,*» dicen, «*mulieris tamen est... Emolumenti potestatem (ejus) esse creditur.*—*In ejus bonis esse dos intelligitur.*—*Mulier habet dotem.*—*Dos ipsius filiae proprium patrimonium est* (1).» ¿Tiene, pues, la mujer sobre los bienes dotales un derecho de propiedad? Seguramente nó; porque los textos mas formales nos declaran que el solo propietario de la dote es el marido (2) ¿Tiene al menos sobre dichos bienes un derecho de repetición y de crédito, como el que tiene el prestamista sobre el bien que ha prestado? Si fuese así, los jurisperitos romanos tenían, para designar

(1) L. 75, D., *De J. D.*, XXIII, 3; L. 71, D., *De evict.*, XXI, 2; L. 4, D., *De coll. bon.*, XXXVII, 6; L. 43 párrf. 1, D., *De adm. tut.*, XXVI, 7; L. 3 párrf. 3, D., *De minor.*, IV, 4. Es necesario notar en esta última ley que la palabra *patrimonium* en latin no tiene el sentido preciso y técnico de la palabra *patrimonio* en francés. Pruébalo bien, que en este lugar se aplica á una *filiafamilias*, es decir á una persona incapaz de tener un patrimonio.

(2) Gayo, II, 63; L. 24, D., *De act. rer. amot.*, XIV, 2.

este derecho, una expresion técnica que su pluma hubiera encontrado con facilidad: *obligatio*. Luego, es muy notable que hubies en evitado constantemente emplear esa palabra, y que cuando presentaban un cuadro general de las diversas causas de la obligacion, la constitucion de la dote nunca figurase en él (1). ¿Qué es pues este derecho sobre la dote, que no se puede designar en la mas precisa de todas las lenguas jurídicas, mas que por expresiones vagas é indirectas? Evidentemente no es un derecho formal y preciso; no es un derecho pecuniario. Pruébalo que la mujer conserva este derecho aun cuando pierda su patrimonio (1), y que lo posee aun cuando no tenga patrimonio y sea incapaz de tenerlo: «*Dos ipsius filiaefamilias proprium patrimonium est.*»

(1) LL. 1-5, D., *De O. et. A.*, XLIV, 7; Gayo, III, 88 sig.; J., III, 13, párrf. 2 sig. Bechmann, *op. cit.*, I, p. 152 y sig., cpr. L. 19, D., *De J. D.*, XXIII, 3. Lo que parece probar que el crédito de la mujer no tiene su origen en la *datio dotis* ni existe durante el matrimonio, es que este crédito puede ser aumentado por pactos intervenidos *constante matrimonio*. L. 1. D. *De pact. dot.*, XXIII, 4; cf. L. 7 párrf. 3, D., *De pact.*, II, 14 Bechmann, II, p. 392.
() L. 5 párrf. 1, v., *de bon. amn.* XLVIII, 20.

Es, pues, un derecho fuera del patrimonio, una ventaja de hecho, mas bien que un derecho propiamente dicho, y una ventaja moral antes que pecuniaria. En efecto, ved aquí en lo que consiste esta ventaja: gracias á su dote se casa la mujer, y gracias á la conservacion de esta dote asegura el mantenimiento del matrimonio y previene el divorcio (1); y como el matrimonio es el *consortium omnis vitae*, y la *communicatio divini et humani juris* (2), participa en él la mujer no solo del bienestar ó de las riquezas del marido, sido tambien de sus distinciones sociales, de sus privilegios, de sus dignidades, y de todas sus ventajas materiales y morales, merced en definitiva á su dote.

Supongamos ahora que todas estas ventajas se le arrebaten á la mujer y se le arrebaten injustamente: su marido la ha repudiado sin justa causa, ó ha muerto sin nada legarle. Aquí hay para la mujer un perjuicio; pero nó un perjuicio pecuniario; no es su patrimonio el que se

(1) Véase lo dicho anteriormente sobre esto.

(2) L. 1, D., *De R. N.*, XXIII, 2.

ha extinguido; las ventajas de que se vé privada estaban fuera de su patrimonio. Este perjuicio es esencialmente personal: consiste, principalmente, á los ojos de los jurisconsultos romanos (1), en que la mujer vá á encontrarse, faltándole la dote, en la imposibilidad de volver á casarse y de encontrar, en una nueva union, las ventajas de hecho que ella ha perdido. Luego si tal es el perjuicio que dá nacimiento á la accion *rei uxoriae*, ¿no es fuerza concluir de ahí que tal accion toma nacimiento fuera del patrimonio, y por consiguiente no forma parte dél? Pruébalo, además, que esta accion pertenece tambien á la *filiafamilias*, que sabido es no puede tener patrimonio, y á la mujer cuyo patrimonio ha sido confiscado (2). Esta accion es, pues, de la misma naturaleza que la accion de injurias y las demas á esta semejantes; como ellas es pecuniaria en su objeto, siendo este los bienes dotales; pero como ellas tambien, no

(1) Véase lo dicho mas arriba sobre esta materia.

(2) L. 34 párrf. 6, D., *De solut.*, XLVI, 3; L. 5 párrf. 1, D., *De bon. damn.*, XLVIII, 20.

es pecuniaria en su origen ni en su principio: «in bonis non computatur.»

De aquí las dos consecuencias que ya he señalado y que ahora voy á examinar mas de cerca: 1.º la accion *rei uxoriae* es esencialmente personal de la mujer; 2.º el juez en la accion *rei uxoriae* goza de poderes excepcionales.

I. La accion *rei uxoriae* es esencialmente personal, porque, cómo la accion de injurias, es la reparacion de un perjuicio tambien personal por esencia; no hay lesion, no hay accion, más que cuando la mujer se siente lesionada y juzga conveniente obrar. En efecto ¿no es á ella á quien corresponde apreciar si la dote podrá ó nó serle útil para volverse á casar en su día? En caso de divorcio ¿no es á ella á quien toca medir si conviene ó nó acudir á los tribunales de justicia con recriminaciones irritantes y escandalosos debates? En fin, si llega á ser viuda, ¿no es ella quien debe optar entre volver á tomar su dote ó continuar en casa de su marido haciendo como hasta entonces vida comun con sus hijos? De cualquier modo la accion *rei uxoriae* depende exclusi-

vamente de la voluntad personal de la mujer. Ningun otro podrá intentarla en lugar de ella, ni aun sus herederos, ni su mismo padre: Estas dos importantes reglas exigen alguna explicacion.

1.º La accion *rei uxoriae* no pertenece á los herederos de la mujer: es intrasmisible, ó al menos no llega á ser trasmisible hasta el dia en que se convierte en pecuniaria, ó entra en el patrimonio de la mujer. Si se aplicasen aquí las reglas de la accion de injurias, sería necesario concluir que la accion solo se convierte en pecuniaria cuando se demanda judicialmente ó cuando hay *lis contestata* (1). Pero los juriscultos romanos, considerando sin duda que los procedimientos judiciales contra el marido ó sus herederos podrian repugnar á la mujer, han admitido que dichos procedimientos podrian reemplazarse por una simple constitucion en mora (2). Este efecto de la demora, por escepcional que sea, no es mas que

(1) LL. 13-23, D., *De injur.*, XLVII, §10. Para la *querela inofficiosi testamenti*, basta que haya *lis preparata*. L. 7, D., *De inoff. test.*, V, 2.

(2) Ulpiano, VI. 7; *Framn. Vatic.*, 112.

una extension bastante racional de los principios generales; los principios quieren en efecto que todo perjuicio resultante de la *mora* se repare, y que las partes sean repuestas al estado que tendrian en el momento de la constitucion en mora, si el pago hubiese tenido efecto; y claro es, en el caso que nos ocupa, que si hubiera habido pago, ó sea restitucion de los bienes dotales, estos hubieran entrado en el patrimonio de la mujer y habrian pasado á sus herederos.

2.º La accion *rei uxoriae* no pertenece tampoco al padre de la mujer, si esta se encuentra bajo la patria potestad, ó, al menos, el padre no puede intentar dicha accion sin el consentimiento de su hija. La *filiafamilias* tiene pues un derecho en la dote que le es propio: hay, dicen los textos, una especie de *communio dotis* entre el padre y la hija (1). ¿Qué debemos entender por esto? ¿Que es igual en esta *communio* la parte de la hija y la del pa-

(1) Lbs. 3-22 párrf. 1, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3: «*Dos communis est patris et filiae.*»—L. 34 párrf. 6. D., *De solut.*, XLVI, 3: «*In causam dotis particeps quasi socia obligationis patri filia est.*»

dre? Sobre punto tan delicado, la doctrina de los jurisconsultos romanos puede resumirse, segun creo, en las tres reglas que vereis.

Mientras que el derecho de la mujer en la dote no se ha realizado, ni transformado por consiguiente en valor pecuniario; mientras que no ha habido pago, novacion, delegacion, *litis contestatio*, ú otro acto equivalente, este derecho en la dote pertenece á la hija y nada mas que á la hija. Lo prueba el que si la hija con anterioridad á uno de estos actos, sale de la *patria potestas*, la accion *rei uxoriæ* seguirá á la hija: el padre no tendrá nada que ver con ella (1).

Desde que el derecho en la dote se realiza y se convierte en un derecho pecuniario, entra en el patrimonio del padre de familias y á él solo pertenece. Lo prue-

(1) Lbs. 42. *pr.*, 66 párrf. 2, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3; L. 14. *pr.*, D., *ad. L. Falc.*, XXXV., 2; Lbs. 8, 9, D., *De cap. min.*, IV, 5. Si la hija muere antes que la dote haya sido restituida ó reclamada el padre sobreviviente tendrá la accion *rei uxoriæ* para la dote *profecticia*, como si su hija hubiese muerto *constante matrimonio*. L. 25, D. *Ralam rem.*, XLVI, 8; Cujas, *ad. h. l.* (*Opp.*, t. I. col. 1405, ed. Fabrot.)

ba el que si este patrimonio es inmediatamente confiscado, la accion *rei uxoriæ* queda comprendida en la confiscacion (1).

El acto por el cual el derecho en la dote se convierte en metálico y pasa de la cabeza de la hija á la del padre no puede cumplirse sin el consentimiento de ambos, porqué interesa igualmente á uno y otro (2). En este sentido dicen los textos «*Dos est communis patris et filia.*» La dote les es comun en aquello que no pueden realizar ni disponer mas que obrando en comun.

Esta *communio dotis*, que expresa tan

(1) L. 10 párr. 1, D., *De bon. damn.*, XLVIII, 20. Se podría oponer la L. 31 párrf. 2, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3, segun la cual si el padre muere despues de haber intentado la accion *rei uxoriæ*, la accion *judicati* pertenecerá á la hija y no á los herederos del padre; pero todo se explica si se nota que, en la especie de esta ley, no es el padre quien obra sino un *procurator*: se sabe que la *litis contestatio* comprometida con el *procurator* no consumaba el derecho del *dominus litis*; y claro es que la *litis contestatio*, en nuestra especie, no ha consumado ni realizado el derecho de la mujer en la dote, y la mujer ha llegado á ser *sui juris* por muerte de su padre antes de la realizacion de ese derecho. Cpr. Czyhlar, *op. cit.*, p. 307.

(2) LL, 2 párrfs. 1 y 2, 3, 22 párrf. 5, 66 párrf. 2, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3; L. 10 párrf. 1, D., *De bon. damn.*, XLVIII, 20.

bien la naturaleza mixta y compleja de la acción *rei uxoriæ*, presentaba al propio tiempo, bajo el punto de vista práctico, preciosas ventajas. En el antiguo derecho romano, el padre tenía, en virtud de la patria potestad, derecho á pronunciar el divorcio entre su hija y su yerno (1); era, por lo mismo, de temer que un padre avaro abusase de su derecho rompiendo una unión feliz y bien avenida, con el solo fin de hacerse volver y apropiarse la dote.

Tal abuso era intolerable: la República estaba interesada en consolidar los matrimonios; era necesario, pues, que el padre de familias no estuviese interesado en disolverlos. Así, se decidió, que si bien el padre podía pronunciar el divorcio sin contar con la voluntad de la hija, no así demandar la dote sin su consentimiento. Mas tarde, bajo los Antoninos, el legislador, dando un nuevo paso en la misma vía y sancionando una nueva restricción de la autoridad paterna en interés de los matrimonios, decidió que el consenti-

(1) Ennius, *Traged.*, v. 155. sqq. (ed. Vahlen, p. 108); Afranius, v. 52 sqq. (ed. Ribbeck, *Comic. fragm.*, p. 147).

miento de la hija fuese necesario para el divorcio lo mismo que para la repetición de la dote (1).

II. No siendo la acción *rei uxoriæ* la sanción de un derecho pecuniario, resulta, en segundo lugar, que su objeto es indeterminado y dependiente, en gran parte, de la libre apreciación del juez. Este objeto no es precisamente la dote, sino una porción indeterminada de ella; la porción que al juez parezca equitativa, «quod æquius melius est apud virum non manere (2).»

Para determinar esta porción de la dote, disponía el juez en un principio de un poder sin límites. No tenía mas reglas que observar que las de la equidad, las conveniencias y las buenas costumbres. «Después del divorcio,» decía Cato, «el juez hacía el oficio de censor; estatúa como mejor le parecía (3). Pero no tarda-

(1) LL. 1 párrf. 3, 2, D., *De lib. exhib.*, XLIII, 30; Paulo, *Sent.*, V, 6, párrf. 13.

(2) Boecio, *loc. cit.* «... ut quod ex dote iudicatum fuit et melius æquius esse ut apud virum maneret, id vir sibi retineret; quod vero non esset æquius melius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet.»

(3) Véase este texto anteriormente.

ron en sentirse los peligros de una parecida arbitrariedad: la restitucion de la dote, segun ya he dicho, tomó poco á poco el carácter de una institucion de interés público y desde entonces ya no se podia dejar á la discrecion de los jueces, que no eran mas que simples particulares. El legislador intervino, y una ley, que ha permanecido desconocida (1), fijó en reglas precisas la porcion de bienes dotales que el marido podia *retener*. Esto es lo que han llamado los jurisconsultos las *retentiones ex dote*, institucion muy complicada y cuyo especial carácter es con frecuencia mal comprendido.

Á los ojos de ciertos intérpretes, las *retentiones* no eran, al menos en su mayor parte, mas que una particular aplicacion de los principios generales sobre la compensacion: el marido seria, segun ellos, deudor á su mujer de la dote entera, y no podria deducir de esta mas que la parte que la mujer le debiese. Pero lo que prue-

(1) La ley *Mænia*, segun M. Voigt, *Die L. Mænia de dote v. Jahre 568 der Stadt*. Véase la critica de este escrito que he publicado en la *Revista crítica de historia y de literatura*, n.º del 23 de Abril de 1868.

ba que la compensacion y las *retentiones* son dos cosas muy diferentes, es que Justiniano, que no abolió la compensacion, ni aún en materia dotal (1); abolió las *retentiones* que, unidas por su naturaleza á la accion *rei uxoriae*, debian desaparecer con ella (2). ¿Qué son, en efecto, las *retentiones*? La determinacion legal del *quid æquius melius est ex dote reddi*. Al establecerlas la ley no ha hecho más que marcar de una manera mas precisa el límite natural donde se detenia el derecho de la mujer, derecho que, no teniendo otro fundamento que la equidad, debia tambien tener á la equidad por medida. Si pues el marido *retenia* una parte de la dote, no era en virtud de algun crédito que contra la mujer tuviese, sinó en virtud del antiguo principio que le conferia un derecho perpetuo sobre la dote, principio del que

(1) De ello se ha hecho mencion en muchos textos (LL. 7 párrf. 3, 13 párrf. 1, 66 párrf. 1, D., *sol. matr.*, XXIV, 3; L. 1. C., *Rer. amot.*, V. 21), tanto mas significativos cuanto que la palabra *compensatio* no es, probablemente, mas que una interpolacion de los compiladores. Deruburg, *Compensation*. p. 167 (segunda edicion).

(2) L. un. párrf. 5, C., *De act. rei uxor.*, V. 13.

solo querian apartarse en la medida que la equidad exijia. Tal era el caracter, no solo de las *retentiones propter liberos*, sino tambien, segun creo, de la *retentio propter impensas*: mejorando el bien dotal, que era su propio bien, el marido hacia un negocio propio y no el de su mujer; no adquiria por consiguiente ningun crédito contra ella (1). Hay otros dos casos, convengo en ello (*retentio propter res donatas et amotas*), en que la ley daba al marido una accion á la vez que el derecho de retencion; pero es muy probable que estas dos acciones sean de fecha mas reciente que las *retentiones* á que corresponden (2); porqué una vez introducidas estas acciones, las retenciones correspondientes perdieron casi toda utilidad práctica, afirmando Justiniano, al suprimirlas, que no suprimia mas que «vanas palabras (3).»

(1) Bechmann, *op. cit.*, II, p. 258; Czyblarz, *op. cit.*, p. 346.

(2) *Arg. a. párrf. 302, Fragm. Vatic.*; Lbs. 1, 2, 8, D., *De act. rer. am.*, XXV, 2. En cuanto á la accion de *moribus* no era probablemente en su origen mas que un *præjudicium*. Keller, *Instit.*, p. 186.

(3) *L. un. párrf. 5, C., De rei uxor. act.*, V, 13: «Taceat in ea retentionum verboritas...»

no cambiándose en nada el fondo de la legislacion.

Así encontramos todavia en las *retentiones ex dote* la idea primitiva de la perpetuidad de la dote; pero la encontramos ya alterada y aminorada. Indicar que partes de la dote puede retener el marido ¿no es suponer que en principio debe volver la dote entera? Y en efecto, aun cuando la restitucion de la dote no hubiese continuado siendo en teoria mas que la excepcion, de hecho habia venido á ser poco á poco la regla. Esta regla, sobre todo, debió parecer justa y racional el dia en que los hijos, sucediendo á su madre cómo á su padre, no tuvieron ya ningun interés en que su padre retuviese la dote (1). Desde este dia, la *retentio dotis*, no siendo ya mas que de interés personal del marido, fué para él una ganancia, un *lucrum*, y por esto los juriconsultos romanos la calificaron: *Dotem lucratur: lucrum ex dote retinet* (2).» Espresarse así,

(1) Véase lo que antes se dice sobre esto.

(2) Lbs. 16, 20 párrf. 1, 30 párrf. 1, D., *De reliq.*, XI, 7; L. 10 párrf. 1, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3; L. 11 párrf. 4,

era dar á entender que esta retencion habia cesado de ser equitativa y que debia ser abolida. Lo fué, en efecto; la accion *rei uxoriae* dejó su puesto á una nueva accion, y ahora vamos á ver cómo esta transformacion del régimen dotal se preparó y realizó.

La accion *rei uxoriae* debia acabar lo mismo que habia comenzado: fué el uso de las *cautiones dotis*, segun se recordará, quien le dió nacimiento (1), y este mismo uso debia conducirla á su fin. En efecto, á pesar de la introduccion de la accion *rei uxoriae*, estas *cautiones* no habian dejado de ser muy útiles y por consiguiente muy prácticas. La mujer, sin duda, no estipulaba ya segun la antigua fórmula «*Quidquid æquius melius est ex dote reddi;*» estipulaba sencillamente «la restitucion de la dote á la disolucion del matrimonio (2),» y por este medio se procuraba una accion mucho mas ventajosa

D., *o. falso tut.* XXVII, 6; L. 2, D. *De dote preel.*, XXXIII, 4; L. 11 párrf. 3, D., *ad L. J. de adult.*, XLVIII, 3.

(1) Véase lo dicho sobre esto mas arriba.

(2) Bechmann, *op. cit.*, I, p. 116 y sig.

que la accion *rei uxoriae*, porqué era una accion pecuniaria, trasmisible, exenta de restricciones y retenciones, en una palabra una *condictio*; la accion de la mujer, en este caso, era la misma que la del que prestaba, y se puede decir que los bienes dotales no eran ya *donados*, sinó *prestados* al marido. Tales eran las profundas modificaciones que la *cautio dotis* hacia sufrir al régimen dotal segun la ley antigua lo habia constituido, y estas modificaciones respondian á los cambios que se producian, bajo el imperio, en el estado general de la sociedad romana. Yo recuerdo en este momento que, despues del senadoconsulto Orficiano, la utilidad de la dote se limitaba á la duracion del matrimonio (1), y sabido es lo corta que era esta duracion en un tiempo en que segun la expresion de un antiguo, «no se casaban mas que para divorciarse (2).» Es evidente que en esta época el destino de la dote, sino de derecho al menos de hecho, habia dejado de ser perpetuo; es evidente

(1) Véase lo dicho anteriormente sobre esto.

(2) Tertuliano, *Apolog.*, 6.

que la mujer al entregar sus bienes al marido entendia nó que se los abandonaba, sinó que se los prestaba. Es por consiguiente probable que la cláusula de estipulación, tan usada por otra parte en toda especie de contratos, acabó por ser una cláusula habitual en todos los contratos de matrimonio, y esta cláusula respondia tan bien á la verosímil intención de las partes y á sus verdaderos intereses, que Justiniano creyó deber sobreentenderla cuando no hubiese sido formalmente expresada (1). Así desapareció la antigua acción *rei uxoris*; reemplazándola por una *condictio* no hizo mas Justiniano que seguir el uso, y por importante que fuese en teoria esta reforma que trocaba la dote de *perpetua* en *temporal* y hacia de la *datio dotis* un simple préstamo; es muy probable que en la práctica pasase casi desapercibida.

Pero el legislador no podia detenerse: esta primera reforma en el régimen dotal

(1) L. *un.* párrf. 1 C., De rei uxoris act., V. 13: «... Quasi omnibus dotalibus instrumentis á prudentissimi viris confectis...»

arrastraba una segunda, mas importante todavía, que será el objeto de la última parte de esta disertación.

III.

La antigua máxima *dotis causa perpetua est*, de quien todo este estudio es explicación y comentario, va á ocuparnos todavía bajo un nuevo punto de vista. De esta máxima se derivaban en su origen, dos consecuencias bien distintas: entregando la mujer sus bienes dotales no por un tiempo limitado sino para siempre, resultaba de aquí, que ella no tenia sobre tales bienes ningun derecho de propiedad, ni ningun derecho de crédito. Una doble reforma se necesitaba para que el régimen dotal llegase á ser lo que es hoy: se necesitaba que la mujer llegase á ser acreedora de los bienes dotales; se necesitaba que llegase á ser propietaria de ellos.

Se acaba de ver como el primero de esos dos extremos se ha cumplido progresivamente. Primero ha venido una acción escepcional y extrapecuniaria, la acción

rei uxoria; despues una accion regular, la accion *ex stipulatu*. Desde entonces la *datio dotis* ha sido una especie de préstamo, y la mujer no ha perdido la propiedad de los bienes dotales mas que para adquirir sobre dichos bienes un derecho de crédito.

Esta primera reforma llevaba en sí el gérmen de la segunda. Una vez constituido el marido deudor de los bienes dotales, debía dejar de ser propietario de ellos: era esta una necesidad lógica, porque ilógico y contradictorio sería considerar como propietario, es decir como señor de un derecho perpetuo, á quien solo habia recibido los bienes por cierto tiempo y con la obligacion de restituirlos. En otros términos, declarar al marido deudor de los bienes dotales, era derogar el antiguo principio de la perpetuidad de la dote, y una vez derogado sus consecuencias debian desaparecer unas en pos de otras.

Así lo queria la lógica, pero la lógica y las leyes positivas no van siempre de acuerdo, y es necesario convenir que aquí la jurisprudencia romana no ha osado seguir á la lógica hasta su fin. Se ha dete-

nido á la mitad del camino, oscilando entre dos opuestas tendencias. De un lado, eran las antiguas tradiciones de Roma que querian que el *pater familias* fuese señor de la dote como era señor de la familia. Del otro, era el ejemplo de los Griegos, cuyas leyes, aplicadas por los mismos magistrados romanos en las provincias griegas del imperio, atribuian la propiedad de la dote, nó al marido, sino á la muger (1); era en la misma Roma la transformacion de la antigua constitucion de la familia, que necesitaba una transformacion correspondiente en el antiguo régimen dotal. Este conflicto de opuestas influencias se resolvió por una de esas transacciones de que tantos ejemplos ofrece la jurisprudencia romana: los

(1) Se tiene la prueba en el edicto de Tiberio Julio Alejandro, gobernador de Egipto, en el año 68 (párrf. 3, Hænel, *Corpus legum*, p. 269): «...Como los bienes dotales no pertenecen al marido que los ha recibido, el divino Augusto y mis predecesores han ordenado que el fisco, acreedor del marido, vuelva sus bienes á la mujer.—*Tás mén gár proikas állotrias oúsas kai où tón ellefotón ándron, kai ó Teos Sebastós ékélensen kai oi éparjoi ek tou fiskou tais quinaixin ápodidostai...* Bechmann, *op. cit.*, I, p. 111 y sig.; epr. Caillemer, *La restitution de la dote en Atenas*, p. 10 y siguientes.

antiguos principios se conservaron en teoría, y fueron enmendados ó eludidos en la práctica. El derecho de la mujer en la dote quedó siendo en principio un simple derecho de crédito; pero fué reforzado por tantos privilegios y garantías que acabó por equivaler, de hecho, á un derecho de propiedad. Vamos á ver cómo este raro y complejo sistema, bosquejado primero por la jurisprudencia clásica, ha encontrado su expresión completa en las leyes de Justiniano.

I. Desde el principio del imperio, desde el momento en que la corrupción de costumbres hizo la conservación de las dotes á la vez más difícil y más necesaria, el fin constante que persiguió la jurisprudencia romana, fué garantir á la mujer, acreedora de los bienes dotales, contra todos los riesgos á que un derecho de crédito naturalmente está expuesto.

Todos siben lo frágil que es un derecho de tal naturaleza; depende de la solvencia de un deudor, que puede á cada momento declararse insolvente, por dos distintas maneras; bien enagenando sus bienes ó bien contrayendo nuevas déu-

das. La mujer, acreedora de la dote, se encontraba expuesta á este doble peligro; así el legislador tuvo cuidado de establecer para ella una doble garantía: de un lado, la ley *Julia* impidió al marido disipar la dote por medio de enagenaciones; y del otro, un *privilegio* unido al crédito dotal le impidió que realizase dicha disipación contrayendo nuevas déudas. Estas dos medidas, que la una á la otra se completaban, exigen cada cual algunas palabras de explicación.

La ley *Julia de adulteriis*, dada en tiempo de Augusto (1), prohibió al marido enagenar ó hipotecar los bienes dotales mas preciosos, es decir, los inmuebles. Era yá una reforma importante, pero de la cual es necesario no exagerar el alcance. Nótese que el legislador imponía la prohibición de enagenar al marido y nó á la mujer (2), lo que demuestra claramente á sus ojos el marido era siempre el único propietario de la dote. La mujer

(1) Paul, *sent.*, II, 21, 6, párrf. 2; L. 1, D., *ad L. J. de adult.*, XLVIII, 5.

(2) Gayo, II, 63.

quedaba pues reducida al papel de una simple acreedora, con una accion personal, y la inalienabilidad del fundo dotal no era mas que una garantía y un accesorio de dicha accion (1). Aquí, con todo, puede presentarse una objecion: se encuentran algunos textos que parecen conceder á la mujer el derecho de reivindicar, despues del matrimonio, el fundo dotal indebidamente vendido por el marido (2). Y ocurre preguntar ¿cómo puede ella reivindicarlo si no es su propietaria? Ved aquí la sencilla explicacion de esta dificultad. El marido que indebidamente se habia desprendido del fundo dotal, tenia una accion reivindicatoria para volverlo á adquirir; y esta accion constituía por sí misma un valor dotal que la mujer podia hacerse restituir con los otros bienes dotales. Si el marido rehusaba hacer

(1) L. 3 párrf. 1, D., *De fundo dot.*, XXIII, 5: «Toties non potest alienari fundus quoties mulieri actio de dote competit ant omnimodo competitura est.»

(2) La ley 77 párrf. 3, D., *De L.*, 2.º XXXI, supone evidentemente una accion intentada por la mujer contra los terceros adquiridores del fundo dotal. Bechmann, *op. cit.*, II, p. 461. Véase tambien L. 13 párrf. 3, D., *De fundo dot.*, y Demangeat, *Du fonds dotal*, p. 332.

de buen grado esta accion, es probable que el magistrado, cómo en otros casos análogos, no tuviese en cuenta esta repulsa, y autorizase á la mujer para intentar la reivindicacion *utiliter*, cómo si en efecto la accion le hubiese sido cedida. Pero que la cesion fuese real ó ficticia, ello es que siempre la mujer reivindicaba como cesionaria, es decir, cómo representante, como procurador del marido. Reivindicaba no diciendo «Este fundo es mio» sino «Este fundo es de mi marido.» Ved aquí porqué ejercitaba esa accion sin ser propietaria. Tal reivindicacion no era para ella mas que una seguridad y un accesorio de su crédito, semejante á una accion hipotecaria (1); lo mismo que un acreedor que tuviese hipoteca sobre el objeto mismo de su crédito, la mujer podia perseguir, en cualquier mano á que pasase, el fundo que le era debido.

Pero por útil que fuese esta primera reforma, era todavía insuficiente. No bastaba proteger á la mujer contra los terceros adquiridores y contra los acreedores

(1) Jhering, *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. I, p. 130.

hipotecarios del marido; era necesario protegerla además contra los acreedores quirografarios, porque de otra suerte estos concurrirían con la mujer en el fundo dotal mismo, y así se hubiera tornado en su provecho el beneficio de la ley Julia que no se había dado para ellos. La mujer, en consecuencia, obtuvo por su crédito dotal un *privilegio*, es decir, un derecho de preferencia con respecto á los otros acreedores quirografarios del marido. Este privilegio presentaba una particularidad muy notable. En derecho romano, se sabe que los privilegios no implicaban ningún derecho real; así pesaban, nó sobre tal bien determinado del deudor, sinó sobre el conjunto de su patrimonio. Por el contrario el privilegio de la mujer, aun cuando afectaba á todos los bienes del marido, pesaba mas especialmente y con mas fuerza, parece, sobre los bienes dotales y sobre aquellos otros que se habían adquirido con dineros de la dote (1).

(1) Así cuando la acción dotal se ejercitaba *de peculio* contra el padre del marido, la mujer era preferida al padre, pero sobre las *res dotales* solamente. L. 22 párrf. 13,

Los textos sobre este punto son muy oscuros y muy raros para que sea permitido precisar nada. Pero lo que hay de cierto es que este privilegio, cualquiera que fuese su energía, no podía ser, cómo todos los privilegios, mas que el accesorio de un simple derecho de crédito.

Ahora se debe comprender cómo estas dos medidas de protección se completaban una á otra, y como su reunión prestaba al crédito dotal toda la solidez de un derecho real. Gracias á su reivindicación útil la mujer estaba protegida contra las enagenaciones del marido; y gracias á su privilegio, no tenía ya que temer las déudas que el marido contrajese. Tenía á la vez el derecho de perseguir la cosa en poder de terceros y tenía además derecho de preferencia. Tenía, en una palabra, casi todas las ventajas de la propiedad, y con todo no era propietaria, porque su reivindicación útil así como su privilegio no eran, lo repetimos, mas que medios de

D., *sol matr.*, XXIV, 3; cfr. la ley 54, D., *De J. D.*, XXIII, 3, y la interpretaciones divergentes de Pellat, *Textos sobre la dote*, p. 244; Bechmann, *op. cit.*, II, página 463, Czychlarz, *op. cit.*, p. 409.

hacer valer su crédito, accesorios de su crédito; no era pues, mas que acreedora y el solo propietario de la dote era siempre el marido.

II. Tales como eran los principios bajo la antigua jurisprudencia, tales continuaron siendo bajo Justiniano. Las reformas de este príncipe en este punto no tienen, si bien se comprende, toda la importancia que muchos intérpretes le atribuyen. Estas reformas se refieren no al derecho mismo de la muger, sino á sus accesorios: estos accesorios, tales como privilegios é hipotecas, se refuerzan y multiplican; pero el derecho principal permanece siendo lo que siempre, un simple crédito.

Estas reformas son en número de tres: en el año 529, la ley 30, C., *De jure dotium* (V. 12), refuerza el privilegio de la muger de que acabo de hablar; en el año 530, la ley única, C., *De rei uxoriae actione* (V. 13), confiere á la muger una hipoteca legal; y en el año 531, la ley 12, C., *Qui potioris* (VIII, 18), unió la hipoteca al privilegio haciendo de ella una hipoteca privilegiada. Luego un privilegio, una hipoteca, y una hipoteca privile-

giada, no son ni pueden ser mas que accesorios de un crédito, y esto fué, como voy á probarlo, todo lo que dichas tres leyes han establecido.

A.—Digo, primero, que la ley 30, C., *De jure dotium*, no hace mas que estender y completar el privilegio de la muger. Este privilegio tenia de incompleto, que no siendo mas que un simple derecho personal, no podia oponerse mas que á los acreedores quirografarios del marido y nó á sus acreedores hipotecarios. Sin duda, si la dote consistia en inmuebles, la muger no tenia nada que temer, porqué su privilegio entonces se encontraba completado por la ley Julia, que prohibia hipotecar los fundos dotales. Pero si la dote consistia en bienes muebles y el marido habia hipotecado éstos, la muger no estaba entonces protegida, ni por la ley Julia, que no era aplicable á los muebles, ni por su privilegio que no podia oponerse á los acreedores hipotecarios. Habia pues una laguna en el sistema de garantías establecido por la ley y fué esta laguna la que vino á llenar nuestra ley 30:

«In rebus dotalibus, sive mobilibus, si-

ve immobilibus, seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaeestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam jubemus; et neminem creditorum mariti qui anteriores sunt posse sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare; cum eadem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio; non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est; volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere; ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.»

En este difícil texto es necesario distinguir, según creo, dos partes muy diferentes: la primera, que acaba en las palabras *per hypothecam vindicare*, contiene lo que yo llamaría la parte dispositiva de la

ley; la segunda, que comienza en las palabras *quum eadem res*, no contiene más que los motivos de ella.

La primera parte, considerada en sí misma y aisladamente de la segunda, no presenta, me parece, grandes dificultades de interpretación. El derecho conferido en ella a la mujer está bien claramente definido: es una *praerogativa* (1), es decir, una simple prioridad de rango. Esta prerogativa no se ejercita más que en los bienes que están todavía en el patrimonio del marido, y no en los bienes enagenados (2); no se ejercita más que contra los acreedores quirografarios ó hipotecarios del marido y no contra los terceros detentadores (3). No hay aquí eviden-

(1) «Prærogativa in vindicandis...» Sobre el sentido muy elástico de la palabra *vindicare*, cfr. LL. 24, D., *De tut. dat.*, XXVI, 5; 1 párrf. 10, D., *De mag. conv.*, XXVII, 8; 7, D., *De legation.*, L. 7; y Brissón, *De verb. sign.*, h. v.

(2) «... In rebus... si tamen exstant.» Las palabras *res exstantes*, en la lengua del Código, son opuestas a las palabras «*res dissipatae* vel *consultae*» (L. 12 párrf. 1, C., *Qui pot.*, VIII, 18), «*res alienatae* vel *consultae*» (L. 6 párrf. 3, C., *De sec. nupt.*, V. 9.—Czyharz, *op. cit.*, página 413.

(3) «... Neminem creditorum mariti qui anteriores sunt

tada direccion, llegar al mismo fin: se puede considerar á la mujer cómo teniendo sobre los bienes dotales una hipoteca anterior á todas las otras. Poco importa á cual de estas ficciones se haya recurrido, poco importa que se califique la accion dotal de reivindicacion ó de accion hipotecaria. Lo que es necesario, es que por una via ó por otra, se llegue á procurar una completa seguridad á la mujer; «per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur(1)»

Esta interpretacion de la ley 30 se aparta, convengo en ello, de la opinion comun. Segun la mayor parte de los intérpretes, la segunda parte de esta ley contendria, nó simples consideraciones teóricas, sinó disposiciones positivas, por las cuales Justiniano, trastornando de arriba á bajo los antiguos principios, conferia á la mujer sobre los bienes dotales, un verdadero derecho de hipoteca y un verdade-

(1) No analiso el fin de la ley 30 que se aparta del objeto de este estudio. Notaré solamente que la palabra *usu capio* aqui, como la de *vindicare* al principio, no está tomada en su sentido técnico y habitual. Cuyacio, *ad. L. 12, D., Da fundo dot.*, (Opp., t. IV, p. II, col. 673).

ro derecho de propiedad. Estas dos aserciones me parecen tan inadmisibles una cómo otra.

No es una verdadera hipoteca la que la ley 30 dá á la mujer. Esta hipoteca no la obtuvo hasta un año mas tarde, por la ley única *De rei uxoriae actione* (1), que, lejos de referirse á la ley 30, presenta la hipoteca de la mujer cómo una creacion sin precedente. Si Justiniano hubiese querido crear esta hipoteca legal cuando redactó la ley 30, no se hubiera contentado, para anunciar una innovacion de esta importancia, con deslizar en una frase difusa la palabra *hypothecaria*.

Sinó es una hipoteca la que la ley 30 concede á la mujer ¿será la propiedad de los bienes dotales? Para pretenderlo, sería necesario sostener de dos cosas una: ó que los bienes dotales no han sido jamás propiedad del marido, ó que de pleno derecho han cesado de serlo al terminar el matrimonio; ambas tésis me parecen muy difíciles de defender. ¿Se dirá fundándose en

(1) En el año 330. La ley 30, C., *De J. D.* es del año 329. Czyhlarz, *op. cit.*, p. 418,

algunas espresiones equívocas de la ley 30, que la dote realmente no ha entrado jamás en el patrimonio del marido? Pero ésto sería desconocer como verdaderos cien textos formales del Digesto, de las Institutas y del Código (1). ¿Se ensayará, entonces, sostener que la propiedad del marido sobre la dote no es mas que una propiedad que puede resolverse, y que vuelve á la mujer tan pronto cómo el matrimonio se disuelve? Los textos cómo los principios rechazan tal interpretacion. Los textos: nuestra ley habla, nó de un dominio que la mujer *recobra*, sinó de un dominio que ella *conserva*: «*Eadem res et ab initio uxoris fuerunt, et naturaliter in ejus permanserunt dominio.*» Los principios: és, en efecto, un principio elemental que el derecho de propiedad, siendo en su esencia un derecho absoluto, es por lo mismo un derecho perpetuo. Se puede concebir una propiedad condicional, pero no se puede concebir una propiedad temporal. Si uno me transfiere su bien bajo

(1) Véase *Pr., J., q. alien. licet., II, 8: L. 23. C. De J. D., V. 12.* etc.

la cláusula de que cesará de pertenecerme si muero antes que él, adquiero una propiedad condicional, porque es posible que yo le sobreviva y que su bien quede en mi poder para siempre; y por esta eventualidad de que mi derecho pueda durar siempre es por lo que se le puede considerar desde luego como un derecho de propiedad; pero si el que me cede su bien lo hace por cinco años ó por un plazo cualquiera, no es la propiedad la que me cede: entonces el bien no ha cesado de pertenecerle, puesto que si un instante se ha despojado dél ha sido con la certidumbre de adquirirlo nuevamente. La disolucion del matrimonio no es una condicion, sinó un término puesto que mas ó menos tarde tiene que acontecer. Decir que el marido es propietario de la dote, pero solo mientras dure el matrimonio, es afirmar que él es propietario *ad tempus*, lo que es una contradiccion y un contrasentido.

No es esto todo: las objeciones se multiplican á medida que se examina con mas detencion el texto de la ley 30. Desde las primeras líneas de este texto, tiene cuidado Justiniano, de rechazar categorica-

mente toda distincion entre muebles é inmuebles, entre cosas estimadas y nó estimadas (1). ¿Se pretendería, acaso, que la mujer puede reivindicar hasta los muebles dotales, y hasta los bienes dotales estimados? Esto sería borrar todas las distinciones de la ley Julia, que Justiniano ha expresamente confirmado (2); esto sería anular el *contrato de estimacion* que Justiniano ha consagrado expresamente (3). Si la mujer no tiene mas que un solo y mismo derecho sobre las cosas estimadas é inestimadas, evidentemente, este no puede ser mas que un derecho de crédito y nó un derecho de propiedad.

No es pues, como se vé, la famosa ley 30 quien ha derogado el antiguo principio, y transportado del marido á la mujer la propiedad de los bienes dotales. Tampoco han hecho esto las otras dos leyes ulteriores. Algunas palabras bastarán para demostrarlo.

(1) L. 30, C., *De J. D.*; «In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus sen se moventibus... sive estimatae sive inestimatae sint...»

(2) L. un., párrf. 13, C., *De rei uxor. act.*, V. 13.

(3) L. un., párrf. 9, C., *cod. tit.*

B.—La ley 30 presentaba, como se acaba de ver, una singular anomalía: concedía á la mujer preferencia sobre los acreedores hipotecarios, sin concederle una verdadera hipoteca. La ley *un. C., De rei ux. act.*, V, 13, vino á hacer desaparecer esta rareza, concediendo á la mujer una hipoteca tácita. Gracias á esta hipoteca, que gravitaba sobre los muebles dotales lo mismo que sobre los inmuebles, la mujer pudo perseguir el mueble dotal enagenado por el marido y obrar contra terceros adquiridores. Pero es necesario no equivocarse sobre el carácter de esta accion: no era una reivindicacion, era una simple accion hipotecaria, y de aquí resulta que el tercero detentador podía apartar á la mujer de su derecho, ya fuera oponiéndole el beneficio de discusion, ó ya pagándole el valor que se le debía. Se podría hacerme aquí una especiosa objecion: si el tercero detentador, se podría decir, goza en principio de la opcion de pagar ó dejar, esta opcion no puede concebirse mas que cuando la cosa á pagar ó la cosa á dejar son una sola y misma cosa, es decir, cuando el acreedor tiene hipote-

ca sobre la cosa misma que se le debe. Luego esto es precisamente lo que aquí sucede: la mujer que persigue hipotecariamente la cosa mueble dotal, persigue la cosa misma que se le debe; el tercero detentador no puede, pues, sustraerse á una restitucion en *natura*; él no puede pagar mas que abandonando la cosa, y la accion hipotecaria dirigida contra él, tiene toda la energía de una reivindicacion. —Respondo á esto, que Justiniano, al someter los bienes dotales á la hipoteca de la mujer, no ha creido que prohibia al marido enagenarlos, puesto que, en la misma ley que establece dicha hipoteca, ha expresamente confirmado la antigua ley Julia. Luego si la enagenacion del mueble dotal es válida. respecto á la mujer, resulta que priva á esta del derecho de reclamar este mueble en *natura* y trans forma su crédito en un crédito de metálico. La mujer puede, pues, ser apartada de su accion, sea por el tercero adquiridor del mueble dotal, sea tambien por el acreedor que teniendo hipoteca sobre dicho mueble, ejercitase contra ella el *jus offerendi*. Podemos, pues, concluir que el

derecho de hipoteca de la mujer sobre los bienes dotales no se parece en nada á un derecho de propiedad.

C.—La mujer, en virtud de su privilegio, se anteponía á todos los acreedores quirografarios del marido; en virtud de su hipoteca, solo se anteponía á los acreedores hipotecarios posteriores al matrimonio. Para darle igual prelación sobre los acreedores hipotecarios mas antiguos, Justiniano no tenia mas que asociar el privilegio y la hipoteca. Esto fué lo que hizo en la ley 12, C., *Qui potiores.*, VIII, 18. No me detengo en esta ley que, bajo el punto de vista especial de este estudio, presenta poco interés. Por otra parte ya es hora de terminar.

No tenemos ahora mas que dirigir una mirada en conjunto al largo camino recorrido. Por largo que haya sido, todavía no nos ha conducido al fin. Las numerosas reformas que se marcan como etapas sucesivas no han sido mas que reformas á medias, y el principio anticuado *dotis causa perpetua est*, que habia sido nuestro punto de partida, aun le encontramos al llegar al término. Bajo Justiniano, toda-

via se puede decir: la dote es perpetua, puesto que el marido adquiere sobre ella un derecho perpetuo, el derecho de propiedad. Pero si el principio ha permanecido, todas sus aplicaciones han sido tan bien atenuadas ó eludidas, que casi enteramente ha desaparecido de la práctica, siendo necesaria la mirada penetrante del teórico para descubrirlo. Así, durante los largos siglos de ignorancia que siguieron á la invasion de los Bárbaros, este principio abstracto y sutil debia caer en el olvido, y la mujer debia llegar á ser en derecho lo que de hecho era: la propietaria de la dote.

Así desapareció el último vestigio del antiguo principio *dos perpetua est*. Y así, por último, acabó aquella lenta evolucion legislativa que, habiendo comenzado en los tiempos semi-fabulosos de Carvilius Ruga, no debia encontrar su término mas que en la jurisprudencia moderna.

FIN.