

que permite enajenar el inmueble dotal no da á la mujer el derecho de hipotecarlo, porque las cláusulas que derogan la inenajenabilidad son de estricta interpretación. ¿No es una contradicción admitir que la mujer puede hipotecar y pedir prestado cuando la ley sólo le permite dar? Nó, pues las hipótesis son enteramente diferentes. Cuando el contrato autoriza la enajenación del fundo dotal, con ó sin cláusula de empleo, se abroga en todo ó en parte al régimen dotal, y esto se hace con un fin determinado; esto es muy peligroso y está en oposición con las convenciones matrimoniales que han estipulado el régimen dotal; hay, pues, que interpretar estas cláusulas restrictivamente. Al contrario, cuando la mujer dispone de sus bienes dotales para establecer á sus hijos, los emplea en su destino natural; ya no puede tratarse de una cuestión de garantía para la mujer, el contrato alcanza su objeto, el fundo dotal fué conservado para servir al establecimiento de los hijos; desde luego la garantía de la inenajenabilidad no tiene ya razón de ser. (1)

Se hacen otras objeciones. Hay diferencia, se dice, entre dar un inmueble y dar dinero. (2) Sin duda, ¿pero qué importa? Esta no es una cuestión de derecho. La inenajenabilidad resulta de las convenciones matrimoniales. ¿Con qué objeto permite la ley que se estipule? Para conservar el fundo dotal en interés de la mujer; y, sobre todo, por interés de sus hijos. Pues bien, este objeto está alcanzado cuando la mujer dispone de sus bienes dotales para el establecimiento de sus hijos. ¿Qué mayor interés que el de establecer á sus hijos? Yo no hay que temer que el marido abuse de su potestad para obligar á la mujer á enajenar. El marido está fuera de causa; personalmente él no aprovecha del

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 357, núm. 1794. Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. V, pág. 585, nota 107, pfo. 537 y las sentencias, en diversos sentidos, en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrat de mariage*, número 3608.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 481, núm. 228 bis IV.

establecimiento de los hijos; si concurre á ello, es para renunciar á su usufructo. En fin, cuando se trata de disponer de los bienes dotales en interés de los hijos no se encuentra uno en la situación para la cual fué estipulada la inenajenabilidad.

Núm. 3. De la enajenación del fundo dotal con autorización de la justicia.

524. El inmueble dotal puede también ser enajenado con permiso del juez en los casos previstos por el artículo 1,558. Debe agregarse á esto el cambio que está reglamentado por el art. 1,559. La razón general de las excepciones autorizadas por la ley es que la enajenación tiene una causa justa, pero el legislador tuvo cuidado de determinar las causas que le parecen justas; es para comprobar la realidad de esta justicia por lo que interviene el juez; no le está permitido autorizar la enajenación por causas que no prevee la ley, debe limitarse á comprobar si la causa por la cual se solicita enajenar el inmueble dotal está prevista por la ley, y si existe en el caso. ¡Cuántas veces sucede que los esposos sufren inconvenientes del régimen que han adoptado, amenudo sin más razón que la de vivir en un país de derecho escrito! Quisieran desprenderse de las cadenas que ellos mismos forjaron; comprenden que es cosa absurda un régimen que, á fuerza de querer conservarlo todo, mata la vida. Pero el régimen es inmutable y sólo queda á los esposos el remedio ilegal de eludir la ley. Eludir la ley es violarla; los tribunales intervienen para impedir que los esposos hagan fraudes á sus propias convenciones.

El art. 1,558 exige un permiso de la justicia: ¿quién debe pedirlo? La mujer, puesto que el permiso tiende á la enajenación y el propietario solo puede enajenar. Es necesario que el marido intervenga, pues él es usufructuario de los

bienes dotales, y los tribunales no pueden autorizar á la mujer para enajenar un goce que pertenece al marido. Si el marido se negara á concurrir á la enajenación, la mujer no podría vender más que la nuda propiedad, por muy favorable que fuese la causa de la enajenación; los tribunales no pueden autorizar la venta de un derecho apesar de aquel á quien pertenece. (1)

525. El fundo dotal puede ser enajenado con permiso del juez para sacar de la cárcel al marido ó á la mujer. Esta primera causa tiende á desaparecer, no siendo ya admitido el castigo corporal sino en raras excepciones. Cuando se trata de recobrar la libertad se comprende que la inenajenabilidad del fundo dotal ceda á un mayor interés, el primero de todos.

526. La justicia puede, en segundo lugar, permitir la enajenación del inmueble dotal "para ministrar alimentos á la familia en los casos previstos por los arts. 203, 205 y 206." Esta es la más necesaria de todas las causas que justifican la enajenación de los bienes dotales; los bienes sólo tienen utilidad para servir á las necesidades de la vida; si los esposos no tienen otros recursos, los bienes dotales deben ser empleados en la manutención de los hijos, así como en las obligaciones alimenticias que los esposos tienen que llenar para con sus ascendientes. La ley no dice nada en los arts. 203, 205 y 206 de los alimentos de los esposos, se entiende que éstos hacen parte de la familia para todas las necesidades por las cuales la dote puede ser enajenada. Si la ley no cita artículo refiriéndose á los esposos es que no hay disposición especial acerca de la obligación alimenticia de los esposos entre sí: se induce de los arts. 212 y 214. (2)

En cuanto á los hijos la deuda alimenticia tiene un objeto especial, la educación; en efecto, el art. 203 dice que

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 486, núm. 230 bis I.
2 Tessier, *De la dote*, t. I, pág. 414, núm. 72, nota 628.

los esposos contraen juntos, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de *alimentar, mantener y educar* á sus hijos. El *alimento* y la *manutención* constituyen la deuda alimentaria propiamente dicha; para los hijos se necesita más que el alimento del cuerpo, es necesario el alimento del alma; es decir, el desarrollo de las facultades intelectuales y morales, sin las cuales el hombre estaría más bajo que los brutos. Los autores y la jurisprudencia están unánimes en este punto; demuestran un gran favor para los gastos de educación. (1)

Desgraciadamente sólo se trata de las clases acomodadas; los pobres litigan acerca de los gastos de educación por la razón excelente de que no los pueden soportar: esta es una deuda social; hay que confesarlo con vergüenza, es una deuda que la sociedad se cuida muy poco de pagar.

527. En tercer lugar el inmueble dotal puede ser enajenado "para pagar las deudas de la mujer cuando tienen una fecha cierta y anterior al contrato del matrimonio." La mujer no tiene derecho de comprometer sus bienes por las deudas que contrajo después del matrimonio; volveremos á á tratar sobre este punto. ¿Cuál es el derecho de los acreedores anteriores al matrimonio? El artículo 1,558 permite la enajenación de los bienes dotales para el pago de estas deudas cuando tienen una fecha cierta y anterior al contrato matrimonial; lo que implica que los acreedores tienen acción sobre los bienes dotales que pueden embargar y poner en venta: tal es, en efecto, su derecho, como lo veremos al tratar de las obligaciones contraídas por la mujer casada. Para impedir la expropiación de bienes dotales que dan lugar á gastos ruinosos, les permite la enajenación

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 588, nota 115, pfo. 537, y por Rodière y Pont, t. III, pág. 363, nota 2. Debe agregarse Decisión de la Corte de Casación de Bélgica, 28 de Diciembre de 1871 (*Pasicrisia*, 1872, 1, 7).

voluntaria de estos bienes con autorización de la justicia. (1)

El art. 1,558 añade que los bienes dotales pueden también ser enajenados para pagar las deudas de los que han constituido el dote. ¿Quiere decir esto que la enajenación esté permitida aun cuando la mujer no estuviese comprometida personal ni hipotecariamente por sus deudas? (2) Esta interpretación nos parece inadmisibile. La ley no hace excepción al principio de inenajenabilidad sino en los casos de necesidad, tratándose naturalmente de una necesidad jurídica. El sentimiento de conveniencia ó de reconocimiento puede inducir á la mujer al pago de las deudas del que la dotó; pero semejante causa no engendra por sí una obligación natural: es un simple deber moral; ¿y se concibe que los bienes dotales sean enajenados por un motivo de delicadeza? El texto no dice lo que se le hace decir; pone las deudas del donante en la misma línea que las deudas anteriores de la mujer; supone que para todas estas deudas la mujer puede perseguirse sobre sus bienes dotales; y es para evitar estas promociones como la ley le permite enajenar sus bienes voluntariamente hasta concurrencia de las *necesidades reconocidas*, dice el final del art. 1,558; y no es ciertamente una *necesidad reconocida* la de pagar las deudas del donante, á menos que la mujer esté obligada á ello en virtud de la donación ó como detentora de bienes hipotecados. ¿Cuándo la mujer es detentora? Acerca de este punto nos trasladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones*. (3)

Hay una condición común á las deudas de la mujer y á las deudas de aquellos que constituyeron la deuda; es necesario que tengan una fecha cierta anterior al contrato de ma-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 487, núm. 230 bis II y III.

2 Esta es la opinión de Marcadé, t. VI, pág. 70, núm. III del art. 1558, y de Colmet de Santerre, t. VI, pág. 488, núm. 230 bis IV.

3 Rodière y Pont, t. III, pág. 363, núms. 1799-1802. Aubry y Rau, t. V, página 589, nota 119, pfo. 537.

trimonio. Sólo por las deudas anteriores al matrimonio pueden ser perseguidos los bienes dotales y hay lugar á enajenarlos; resulta que deben tener una fecha cierta de dicha anterioridad, si no la mujer podría hacer sus bienes dotales enajenables al contratar durante el matrimonio deudas con fechas anticipadas. La ley quiere aun más; exige que las deudas hayan sido contraídas antes *del contrato de matrimonio* y que tengan fecha cierta de esta anterioridad. Esta disposición es una consecuencia y una sanción de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales. Cuando el contrato de matrimonio estipula la dotalidad, la mujer no puede hacer los bienes enajenables al contraer deudas antes de la celebración del matrimonio; esto sería cambiar las convenciones sin la observancia de las condiciones que la ley prescribe para la validez de estos cambios.

528. En cuarto lugar la ley permite la enajenación del inmueble dotal «para hacer las grandes reparaciones indispensables para la conservación del inmueble.» La fórmula no es correcta; significa que si la mujer tiene varios inmuebles dotales puede enajenar uno de ellos, el menos costoso, para conservar el otro más ventajoso, haciendo en él las reparaciones; y si la mujer sólo tiene un inmueble, un rancho, por ejemplo, no puede enajenar una parte de él para reponer construcciones que amenazan derrumbe. La ley está concebida en términos muy restrictivos; no permite enajenar sino para hacer las reposiciones *indispensables* á la conservación del fundo dotal. Esto excluye los trabajos de reconstrucción, y con más razón las nuevas construcciones, que son amenudo ruinosas porque los gastos sobrepasan el valor que resulta. (1)

529. La ley en quinto lugar permite la enajenación del inmueble dotal cuando se encuentra indiviso con terceros y

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 368, núm. 1804. Aubry y Rau, t. V, pág. 591, nota 126, pfo. 537. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3677.

está reconocido como indivisible. ¿Cuál es el caso previsto por esta disposición?

El art. 1,558 tiene por objeto la enajenación voluntaria que puede consentir la mujer dotal en los casos previstos por la ley. Debe, pues, suponerse que los copropietarios por indiviso están acordes para licitar el inmueble; la cuestión está en saber si la mujer dotal puede consentirlo. (1) Sólo lo puede con permiso del juez y la ley quiere además que el inmueble sea indivisible. Se debe entender esta condición en el sentido del art. 827; es decir, que basta que el inmueble no pueda repartirse cómodamente y sin pérdida; no está, pues, requerido que el inmueble esté absolutamente indivisible. Si se interpretase la ley en este sentido se obligaría á los copropietarios á permanecer en la indivisión, lo que puede ser contrario á sus intereses y lo es siempre al interés general, ó se verían obligados á partirlo con pérdidas; y el privilegio de la dotalidad sería entonces una singular garantía si condujera á perjudicar á la mujer. (2)

El art. 1,558 es extraño al caso de licitación forzada. Es de principio que el reparto puede siempre ser pedido. Este principio recibe su aplicación aunque entre los copropietarios por indiviso haya una mujer dotal. Y cuando la partición es solicitada hay necesariamente lugar á la licitación desde que el inmueble no puede dividirse cómodamente. Es inútil, en este caso, que el juez autorice á la mujer para consentir la licitación, puesto que ésta puede tener lugar apesar suyo. El art. 1,558 no es aplicable á esta hipótesis, pues nada dice del derecho de los terceros, sólo se ocupa de la mujer.

530. La enajenación que se hace por causas determinadas por el art. 1,558 difiere de la enajenación permitida por el contrato de matrimonio y de la que autoriza la ley para el

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 595, nota 138, pfo. 537. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 490, núm. 230 bis V.

2 Esta es la opinión general. Aubry y Rau, t. V, pág. 594, nota 137, pfo. 537.

establecimiento de los hijos. Según el art. 1,558 la mujer debe pedir ante la justicia un permiso especial y previo; es el tribunal del domicilio de los esposos el que lo concede. El juez interviene para comprobar la existencia de la causa que justifica la enajenación, lo que evita la colisión de los esposos ó, cuando menos, la hace más difícil. Hay una segunda diferencia entre los casos previstos por el artículo 1,558 y los de los arts. 1,555-1,557: es que la venta debe hacerse por subasta pública en las formas prescriptas por el Código de Procedimientos. La ley quiere que la venta pública tenga lugar para que haya una garantía de que el inmueble llegue á su verdadero valor, y también para impedir que los esposos se entiendan con un tercero complaciente para hacer un fraude á la inenajenabilidad. Cuando los esposos venden por las causas del art. 1,558, salvo el caso de licitación, es por necesidad, se encuentran en la indigencia; importa, pues, que el fundo dotal se venda en su valor verdadero. No sucede así cuando el contrato de matrimonio estipula la enajenación ó cuando se hace para el establecimiento de los hijos; estas causas implican, al contrario, que los esposos enajenan para mejorar su posición ó que hacen una liberalidad; la ley pudo, pues, atenerse á ellos para el cuidado de sus intereses.

531. En, fin en caso de permiso judicial el excedente del precio de la venta á las necesidades reconocidas permanece dotal y se hace empleo con él en provecho de la mujer. Este es un empleo obligatorio y, por lo tanto, una condición de la venta en este sentido: que los terceros adquirentes están ligados por esta condición como lo estarían por una cláusula del contrato de matrimonio que estipulase el empleo; sólo pueden pagar válidamente cuando el reemplazo ha sido hecho. (1) Aun hay más. En los varios casos determinados por el art. 1,558, salvo la licitación, la enajenación es-

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 403, núm. 1848.

tá permitida para las necesidades previstas por la ley y comprobadas por el juez. ¿Cómo asegurar que el dinero procedente de la venta se empleará realmente en proveer á estas necesidades? No puede uno fiarse de los esposos, la experiencia prueba que buscan amenudo eludir la ley de la inenajenabilidad, simulando una de las causas por las cuales puede hacerse la enajenación; y aunque la causa fuera real se necesita también una garantía de que los fondos han recibido un empleo legal. Y la únida garantía es el interés de los adquirentes; se admite, pues, que éstos deben cuidar de que el dinero que entregan se emplee en las necesidades para las que fué permitida la enajenación. Esto es muy duro y muy estorboso para los adquirentes; pero el régimen dotal es un régimen de trabas y cadenas; y es con este espíritu estrecho como se le estipula, es también con este espíritu como se le debe aplicar. (1)

La licitación difiere de las demás causas previstas por el art. 1,558, sólo tiene por objeto proveer á la necesidad de los esposos ó de su familia; la ley debió administrarla como una necesidad jurídica. Sin embargo, queda sometida á la regla del empleo. Si el inmueble está adjudicado á uno de los copropietarios ó á un tercero, la mujer tiene derecho á una parte del precio, el dinero que recibe deberá ser empleado. Debe decirse de este empleo lo que se admite para cualquier empleo legal ó convencional bajo el régimen dotal: es obligatorio para el adjudicatario en este sentido: que no debe pagar el precio sino cuando queda probado que el empleo tuvo lugar, el pago sólo es válido con esta condición. (2)

532. El art. 1,558 dice que el inmueble dotal puede ser enajenado por una de las causas que prevee. Se pregunta si el juez puede permitir á la mujer hipotecar por las mismas

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 493, núm. 230 bis XI.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 492, núm. 230 bis VIII.

causas. La afirmativa está generalmente admitida. Se pueden aplicar á esta hipótesis los motivos que hemos hecho valer en el caso en que la ley permite la enajenación del fundo dotal para el establecimiento de los hijos. Hay además un motivo especial en el caso. La intención de la justicia es una garantía que debe apartar todo temor. No porque haya diferencia entre la enajenación que se hace á pedimento de los esposos y la que un acreedor hipotecario puede perseguir puede suceder que ésta sea más desventajosa, pero también puede ser que el empréstito sea más favorable; el juez decidirá según las circunstancias de la causa. Hay un motivo de duda: es el espíritu restrictivo del régimen dotal. Pero no hay que exagerar este principio de interpretación multiplicando las trabas cuando la ley permite libertarse de ellas. Y el texto no es tan restrictivo como se dice; la palabra *enajenación* comprende los desmembramientos de la propiedad, á no ser que haya una razón para atenerse á la letra de la convención, como lo hemos hecho para la cláusula del contrato de matrimonio que permite enajenar el fundo dotal. Hay una ligera diferencia entre esta hipótesis y las demás, lo que justifica las soluciones diferentes que hemos admitido. Esta es por lo demás la opinión general. (1)

533. El art. 1,558 prescribe condiciones y formas. ¿Qué debe decidirse si la enajenación se hace sin que los esposos observen las prescripciones de la ley? La enajenación será nula aunque la ley no pronuncie la nulidad; este es uno de los casos en los cuales debe admitirse la nulidad virtual. Esto no es dudoso si la enajenación se hace por una de las causas previstas por el art. 1,558, pero sin el permiso del juez. La enajenación no puede tener lugar más que con este per-

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. V, pág. 592, nota 128, pfo. 537, y la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3700. En sentido contrario Colmet de Santerre, t. VI, pág. 494, núm. 230 bis XIII.

miso; luego fuera de la autorización judicial se vuelve á entrar en la regla; es decir, la prohibición y la nulidad. Lo mismo sería si la venta, aunque permitida por el juez, no tuviera lugar por subasta; la ley no permite la enajenación sino por excepción, la somete á ciertas formas; fuera de estas formas ya no se encuentra en la excepción, luego la venta esta prohibida y es nula. En apoyo de estas decisiones se puede invocar el art. 1,560, éste abre la acción de nulidad contra toda venta hecha "fuera de los casos de excepción que acaban de explicarse," y las excepciones que acaban de ser explicadas están limitadas por la ley y subordinadas á condiciones y formas que hacen parte de la disposición excepcional. (1)

534. También habría nulidad si el tribunal hubiera concedido el permiso de enajenar fuera de los casos previstos por la ley. La razón es siempre la misma; fuera de los casos en los cuales el Código autoriza la enajenación, ésta queda prohibida y es nula, y el juez no puede permitir lo que la ley prohíbe. No hay lugar á invocar la autoridad de cosa juzgada en esta materia, pues la intervención del juez es un acto de jurisdicción graciosa; el permiso no es, pues, una sentencia. Hay otro motivo para dudar. Si el juez se equivocó, con más razón pueden equivocarse los esposos y los terceros; ¿no es un excesivo rigor anular la venta cuando las partes interesadas han cumplido con la ley? Esto es muy severo, en efecto, pero los principios de la dotalidad lo exigen así. Esto no es un régimen de crédito ni de interés público; los terceros sólo deben tratar con los esposos, con la mayor desconfianza, y abstenerse luego que hay duda. En cuanto á los esposos, no pueden quejarse por estas trabas, ellos las quisieron.

No hay que confundir con el caso de un permiso ilegal el en que el juez ha concedido la autorización conforme á la

1 Compárese Gante, 20 de Julio de 1872 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 305).

ley. Pero sucede que los esposos lo engañaron por una falsa exposición de los hechos; de manera que, en realidad, la enajenación tuvo lugar sin que hubiera una causa para justificarla. ¿Podrán los esposos pedir la nulidad por este punto? Nó, pues la venta fué permitida por una causa legal; el fraude cometido no puede ser invocado por aquellos mismos que lo cometieron. La Corte de Casación lo sentenció así en el siguiente caso. Los esposos se habían coludido con un amigo complaciente para simular deudas y poner en la cárcel al marido; después obtuvieron del tribunal el permiso de contraer un préstamo con hipoteca. Más tarde la mujer quiso desprenderse de sus obligaciones; pidió la nulidad del empréstito por el motivo de que no había habido deudas y que el encarcelamiento había sido fruto de una simulación. La Corte de París pronunció la nulidad del empréstito; su decisión fué casada. No hay contradicción entre esta jurisprudencia y la que anula la enajenación hecha con permiso del juez por una causa no prevista por la ley. En este último caso el permiso es ilegal y, por consiguiente, la venta es nula. En el primer caso el permiso es legal, puesto que fué otorgado por una causa prevista por la ley. Esto se funda también en la equidad. Ya era muy severo hacer responsables á los terceros por un error de derecho cometido por el juez que concede el permiso fuera de la ley; pero al menos los terceros tienen un medio de asegurarse de la ilegalidad consultando el Código Civil y, en caso necesario á un abogado; pero les es absolutamente imposible conocer los fraudes por los cuales los esposos han engañado al juez. (1)

Núm. 4. Del cambio del fundo dotal.

535. El art. 1,559 permite cambiar el inmueble dotal.

1 Troplong, t. II, pág. 353, núms. 3493-3499 y las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 593 y siguientes, notas 134-135, pfo. 537. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 492, núm. 230 bis X, y Gante, 12 de Mayo de 1870 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 37). Lyon, 31 de Enero de 1872 (*Dalloz*, 1874, 2, 43).

Esta es también una enajenación y sólo puede hacerse con permiso del juez como en los casos previstos por el artículo 1,558. Sin embargo, hay una diferencia en lo que toca á la causa por la cual el inmueble dotal puede ser cambiado ó enajenado. En los casos previstos por el art. 1,558 hay una necesidad material ó jurídica; mientras que el cambio no es nunca necesario se hace por motivo de utilidad. Esto parece estar poco en armonía con el espíritu de conservación del régimen dotal. La excepción era admitida en derecho romano; hé aquí como la justifica el orador del Gobierno: «En el curso ordinario de la vida hay cosas tan *eminente-mente útiles* que sería duro no colocarlas algunas veces al nivel de las cosas *necesarias*. Supongamos el caso, bastante frecuente sin duda, en que el inmueble dotal está colocado á una gran distancia del domicilio de los esposos, mientras que tendrán á mano otro inmueble de igual valor, ó poco más ó menos, cuya administración infinitamente más fácil ofrecería inmensas ventajas. En esta hipótesis las leyes romanas permitiesen el cambio con autorización del juez y reportando en el fundo adquirido todos los caracteres y privilegios del fundo enajenado.» (1) El Código reproduce esta excepción.

536. La ley exige el consentimiento de la mujer; adquiere y enajena, lo que sólo puede hacerse sin que consienta. Es verdad, ella es quien cambia, así como es ella la que vende en los casos en que está permitida la enajenación. La redacción del art. 1,559 implica, sin embargo, que es el marido quien hace el cambio con el consentimiento de la mujer; sin duda porque el cambio no es una verdadera enajenación, es una adquisición; y como el inmueble recibido en cambio está marcado de dotalidad, es en realidad la simple subrogación de una heredad á otra. Además, el marido debe concurrir á la convención, puesto que es usufructuario:

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 39 (Loché, t. VI, pág. 397).

son, pues, ambos esposos reunidos quienes proceden al cambio.

537. La ley permite el cambio porque la mujer recibe un inmueble dotal de igual valor; exige, en consecuencia, que este inmueble valga las cuatro quintas partes cuando menos del que se le da en cambio. Esto necesita una estimación de ambos inmuebles; el art. 1,559 quiere que ésta se haga por expertos que nombre el tribunal de oficio; esta es una garantía de imparcialidad.

538. No basta que el inmueble recibido en cambio tenga el mismo valor para que la operación sea útil; la utilidad es una cuestión de hecho; á los esposos toca justificarlo, dice el art. 1,559. Se necesita, pues, de la intervención del juez; debe autorizar el cambio después de haber comprobado si las condiciones exigidas por la ley están cumplidas.

539. ¿Cuál es el efecto del cambio? Esta es una subrogación que se hace de pleno derecho en virtud de la ley. «El inmueble recibido en cambio será dotal,» dice el artículo 1,559 sin declaración alguna. La subrogación es la condición esencial del cambio: toda estipulación se hacía, pues, inútil. En cuanto al saldo, si lo hay en favor de la mujer, también es dotal, según el art. 1,559 que agrega: «Se hará con el empleo como tal en provecho de la mujer.» Estas son las expresiones del art. 1,558; debe, pues, aplicarse á este empleo lo que fué dicho más atrás (núm. 531).

La ley no prevee el caso en que el inmueble tuviese un valor inferior; si este cambio fuera útil el tribunal lo autorizará. Es raro que los inmuebles cambiados tengan un mismo valor; una vez admitido el principio del cambio, la ley debe permitirlo, sin tener en cuenta el valor respectivo de los inmuebles. ¿Cuál será, en este caso, la condición del inmueble recibido en cambio? Sólo será dotal hasta concurrir del valor del inmueble dado en cambio, no lo puede ser para el excedente; esto sería aumentar la dote durante

el matrimonio haciendo dotal un inmueble que no lo era en virtud del contrato de matrimonio; el inmueble será, pues, dotal por una parte y parafernial por la otra. (1) El principio de la subrogación conduce á la misma consecuencia; es una ficción que sólo puede recibir aplicación en los límites de la ley; más allá del valor del inmueble cambiado no hay ya subrogación, luego ya no hay dotalidad.

§ IV.—DE LA INENAJENABILIDAD DE LA DOTE.

Núm. 1. *¿Es inenajenable la dote mobiliaria?*

540. La ley ignora la inenajenabilidad de la dote mobiliaria, la jurisprudencia fué quien la creó. Como no reconocemos á la jurisprudencia el derecho de hacer la ley, permanecemos fiel al principio que hemos seguido en el curso de nuestro trabajo: respetar á la ley. Lo mantendremos contra la jurisprudencia, aunque sin esperanza de verla cambiar, cuando menos en Francia. La dotalidad es prejuicio de tradición, casi de raza; el legislador se doblegó ante esta preocupación, y la Corte de Casación hizo lo mismo dando como pudo color á una doctrina que tiene contra sí todos los textos más precisos. El régimen dotal se introduce también en nuestras provincias, no hay aún jurisprudencia belga en esta cuestión; pero, cosa notable, la única decisión que conozcamos, una sentencia del Tribunal de Bruselas, se pronunció en contra de la inenajenabilidad; (2) no dudamos de que nuestras cortes consagren esta opinión cuando la dificultad se presente; los prejuicios de los países de derecho escrito nos son extraños, y la ley se respeta por nuestros tribunales más que en Francia. La doctrina contraria es la consecuencia inevitable de una tendencia que no hemos dejado de combatir, la tendencia que tienen los intérpretes á

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 377, núm. 1816.

2 Sentencia de 3 de Junio de 1846 (Daloz, 1846, 3, 187).

corregir la ley. Esta no es su misión; cuando el juez se pone más arriba que la ley da el peor de los ejemplos; apartarse de la ley, aunque fuera para hacerla mejor, es violarla, y cuando los magistrados encargados de aplicar la ley la violan ¿qué sucederá con el respeto debido á la ley? ¿Y qué es una sociedad que no respeta la legalidad? ¿Se entrega á las tempestades de las revoluciones! ¿Siquiera cumplieran los tribunales con la misión que usurpan al hacer la ley! Siempre lo hacen mal, porque tienen que proceder por vía de interpretación de la ley; se encuentran encadenados por los textos, á la vez que los desconocen. Esto es decir que no tienen la libertad de proceder que debe tener el legislador. La usurpación de que nos quejamos tiene de ordinario por excusa los intereses de las partes litigantes. Pero lejos de resguardarlos, la jurisprudencia los compromete acomodando la ley á sus conveniencias. La jurisprudencia es esencialmente cambiante aun cuando parece establecida sólidamente. Durante diez años la Corte de Casación ha sentenciado que la mujer tenía una preferencia para su devolución sobre los terceros; después las cámaras reunidas han derrumbado esta falsa doctrina que, en realidad, violaba la ley. ¿Cuál es la situación de los que piden justicia frente á una jurisprudencia que los protege hoy y mañana les retira su protección? Si se conforman á la jurisprudencia verán perdidas sus esperanzas por una jurisprudencia contraria, sin que puedan quejarse de esta retroacción, pues la jurisprudencia invoca siempre los mismos textos y los invoca aun cuando los altera. Sólo hay verdadera garantía para los ciudadanos en el más absoluto respeto á la ley. (1)

541. ¿Preguntamos si la dote mobiliaria es inenajenable? La jurisprudencia contesta que sí, la ley dice nó. Basta leer el título de nuestra sección para convencerse de ello; dice: «De los derechos del marido en los bienes dotales y de

1 Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 526, núm. 233 bis XII.