

de la familia, es una necesidad subsistente lo mismo con matrimonio del jefe de ella seguido de prole, que sin matrimonio ó con matrimonio sin prole, se impone, en aquel modo de ser de la familia romana, la admisión de medios supletorios de los naturales para perpetuar la familia, á virtud de *ficciones de ley* tan enérgicas y tan completas como la que representa la *adopción*, que es por esto admitida sin violencia desde los tiempos más antiguos, como un modo normal de constituir la patria potestad, mientras que la *legitimación*, que se funda en causas más naturales, no aparece hasta los tiempos de los Emperadores cristianos.

El vínculo que creaba el ingreso en la patria potestad era tan fuerte, que por mucho tiempo se consideró indestructible una vez constituido, y sólo más tarde se relajó este rigor de doctrina, llegando á admitirse hasta varios modos de disolverse la patria potestad, á saber: la muerte, la *capitis deminutio* del padre ó del hijo, la emancipación, la concesión por el Poder público al hijo de ciertas dignidades y la privación del poder paterno á título de pena en ciertos casos (1).

33. La patria potestad en un principio era simplemente una manifestación de aquel poder familiar indistinto, llamado genéricamente *manus*, que después se diversificó, según las personas sobre que recaía ó relaciones que regía, conservando el nombre de *manus* el poder marital, y tomando el de *potestas* para los hijos, y el de *dominium* para los esclavos.

Aunque la opinión más generalizada entre los escritores ha sido la de que la patria potestad se fundaba en el *dominio* del padre sobre los hijos, es decir, que era una mera forma ó aplicación del derecho de propiedad, aquel juicio resulta contradicho por alguno moderno (2), que hace observar que tal opinión es errónea, en cuanto el concepto del *dominio* es posterior á aquellos tiempos del primitivo Derecho romano, y considera que el poder del padre era un conjunto de facultades, ya jurídicas, ya morales, indeterminado é indistinto, sobre todas las personas sometidas al *caput familiae*, y, por tanto, sobre los hijos.

Este original poder de la patria potestad, cuya especialidad vanagloriaba á los romanos, por el carácter absoluto, civilísimo, riguroso, y diverso por completo, á su juicio, del practicado en el régimen familiar de otros pueblos (3), se traducía en derechos tan extensos como el de disponer el padre absoluta y totalmente del hijo, por cualquier modo de enajenación, incluso para hacer ésta objeto de lucro (4), darle en *noxæ*, imponerle la mujer con quien había de casarse, y otros no menos enor-

(1) Charles Maynz, *Cours de Droit romain*, t. III, págs. 118 y siguientes.—Bruselas, 1877, 4.ª edición.

(2) Pietro Cogliolo, *Saggio sopra l'evoluzione del Diritto privato*; Turin, 1885, página 118.

(3) Gayo, I, 55. «... Quod ius proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus...»

(4) Charles Maynz afirma que hasta el siglo VI de la Era Cristiana los padres enajenaban á sus hijos por dinero; ob. cit., t. III, pág. 86.

mes, como el de castigarle hasta privarle de la vida—*ius vitæ et necis*,—si bien en todos los casos que significaban castigo personal del hijo, las costumbres hicieron necesario, por la sanción de la opinión, el concurso del consejo de parientes ó de otras personas notables.

Dentro de la familia primitiva romana ese sentido omnimodo y absoluto del poder paterno, respecto de las personas, se ofrece con iguales caracteres en cuanto á los bienes. Sólo el padre era propietario ante las leyes; ningún derecho otorgaban éstas al hijo ni á los demás miembros de la familia, en contradicción, ni en participación con el padre. Ni siquiera puede decirse que en Roma existía la idea de la *propiedad familiar*, aunque no deja de tener partidarios de autoridad la opinión contraria (1), que en el fondo ofrece algún viso de verdad, si se observa el disfrute en común de los bienes por los miembros de la familia; pero esto no procede de ninguna declaración del Derecho, ni es otra cosa que el resultado de la convivencia de aquéllos y del trabajo común. Á la idea de un *condominio* en la familia se opone la naturaleza absoluta de aquel régimen jurídico y de los derechos que la *manus* atribuía al jefe de ella y aquella fórmula jurídica enérgica y absoluta de su condición ilimitada de propietario escrita en la Ley de las XII tablas: *Pater familias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita ius esto*.

34. Acerca de la naturaleza de este poder sobre la mujer y sobre los hijos, cuyas atribuciones principales quedan enunciadas, ha sido muy corriente la creencia de que representaba una autoridad ilimitada, rayana en la tiranía, que dejaba reducida á la mera consideración de *cosa* á todos los miembros de la familia, sin reconocerles en nada, ni para nada, la calidad de *persona*. Savigny discrepó de esa tendencia, pensando, por el contrario, que á los miembros de la familia les era reconocida personalidad bajo cierta consideración; y Maranges, siguiendo sus huellas, llega á distinguir entre las ideas de *poder* y *dominio*, correspondiente el primero á la autoridad, caracteres y facultades del jefe de familia dentro de ella y por sus condiciones de soberano, de donde se derivan sus cualidades de sacerdote, legislador y magistrado, y relativo el segundo á su derecho y señorío en las cosas y bienes de la familia, como única representación de la ciudad en aquélla. Á este doble aspecto de la condición del jefe de familia corresponde la variada consideración de los miembros de ella como *persona* y como *cosa*: como *persona*, en cuanto que son miembros de un organismo autónomo, que es la familia, pero cuyas iniciativas, dirección y poder se encierran en la persona del jefe; como *cosa*, en cuanto que todos los miembros de la familia vienen á convertirse en verdaderos *objetos* del derecho y del dominio del *caput familiae* sobre todos los elementos familiares, puesto que éstos no llevan su transcendencia individual al principio de *ciudad* sino por la *representación* y *señorío* de su jefe. En armonía con esta distinción de caracteres en

(1) Böcking, *Pandekten*, 2.ª edic., t. I, pág. 173; Pernice, *Marcus Antistius Labeo* t. I, pág. 109; Brinz, *Pandekten*, 2.ª edic., § 41.

el padre de familia, se encuentra la diversa referencia á uno ú otro aspecto de las facultades atribuídas al poder familiar; por ejemplo, el derecho de castigar, *ius vitæ et necis*, es una atribución que se concibe y explica como deducida del carácter de *soberanía* y no del de *propietario*, y, por tanto, se otorga y ejerce dando á los sometidos á ese poder la consideración de *persona* y no de *cosa*; es decir, de *súbditos* de aquel *Estado*, de que el jefe de familia es soberano, y no como una simple facultad de *destruir* cosas, que son objeto de su propiedad. Es de notar, también, que el carácter de soberano y todos los derechos que de él emanaban, no tenían ninguna limitación en la ley, mientras que los que procedían de su calidad de *propietario*, en nombre del principio de ciudad y de los derechos otorgados por éste á todo el que reunía la calidad de ciudadano, como el jefe de familia, estaban sometidos á todas las *limitaciones* que las leyes establecían para el derecho de *dominio* (1).

35. La vida familiar romana ofrece un contraste entre el rigor de la organización legal y la práctica de ella según las costumbres, que hace desaparecer el vulgarizado concepto de un régimen tiránico y despótico desprovisto de afectos y sin otros vínculos que los rígidos de aquel Derecho *estricto*.

Entre el hombre, ciudadano romano, personalidad abstracta del Derecho, y el romano, miembro de una familia, jefe de ella, esposo, padre, hay un abismo de diferencias. En aquella social y jurídica consideración, el hombre parece una entidad abstracta, consagrada por las leyes y puesta al servicio exclusivamente del rígido cumplimiento de las mismas y al amparo de sus fines egoístas y personales. En el seno de la familia se somete á los influjos naturales del cariño por los suyos, á las consecuencias de la vida común, á la consideración para la mujer, á la ternura para los hijos, y hace de la familia una escuela moral de donde arrancan todas las virtudes cívicas que se muestran en la vida social y jurídica. Por eso, resulta erróneo considerar que el juicio de la familia romana puede formularse atenta la vista sólo al rigor de las leyes, cuando el espejo que muestra con toda fidelidad las condiciones de su existen-

(1) Los fundamentos en que Maranges apoya esta doctrina son los siguientes: 1.º Que desconocer cierta condición personal en los individuos que forman la familia valdría tanto como negar la cualidad social de ésta, toda vez que la sociedad sólo es posible entre personas. 2.º Que teniendo el jefe de familia la calidad de propietario, por la representación de la misma, es preciso reconocer algo de *fondo y elemento personal* en la familia representada, para no incurrir en la contradicción de que al mismo tiempo, y en un solo aspecto, la familia sea *persona* y *cosa*. 3.º La calidad de *hæres suus* responde á la idea de la *copropiedad* en la familia, y claro es que nadie puede ser *propietario* ni *copropietario* sin tener la consideración de *persona*. 4.º La aptitud para recibir tutor en los miembros de la familia, puesto que la tutela es una institución creada para las personas, por sí, y sólo para las cosas, en consideración á las personas. 5.º La posibilidad legal en aquel derecho de que el hijo represente al padre en el orden privado, lo cual supone naturaleza común y, por tanto, *personalidad* en el hijo.—Maranges, *Estudios jurídicos*, págs. 55 y sigs. Madrid, 1878.

cia y la dignidad moral y afectiva de su manera de ser, son los usos, las costumbres, la práctica, en fin, de la vida familiar. Y no es que éstas revelen una antítesis entre la organización jurídica y el sentido práctico y consuetudinario de la vida familiar; el fenómeno es otro: es que las leyes romanas no consideran lícito ó necesario, sin duda, llevar su acción á la reglamentación de móviles, elementos y relaciones que, en realidad, se sustraen al debido influjo del Derecho social y coactivo; es que respetaron, en más alto grado que cualquiera otra civilización más avanzada, lo que pudiera llamarse el *Derecho interno* de la familia, y consideraron que el amor conyugal, los afectos paternos, las ternuras filiales, el respeto á la mujer, el régimen doméstico, en suma, de la familia, son cosas que se sustraen á los influjos acompasados y uniformes de una reglamentación legal.

Análogo influjo moderador al antes indicado (1) respecto de la condición moral y social de la mujer en Roma, ofrecen las costumbres en orden á la práctica de la patria potestad. Aquel poder absoluto é ilimitado, sancionado en las leyes á favor del padre, más como un *derecho* que como una *función*, no significaba, sin embargo, en la esfera de los hechos, nada que le facultara para tiranizar á los hijos, nada que le dispensara de cumplir el deber de su educación, nada que proscribiera de las relaciones paternas y filiales el amor como principio vivificante de la familia toda. Y que la patria potestad no ofrecía en su ejercicio todas las severidades y excesos á que el cumplimiento total de su organización teórica, según las leyes, podía haber dado lugar, lo revela bien á las claras el hecho de constantes casos de *arrogación*, expediente civil por el cual el *homo sui iuris* consentía en quedar *alieni iuris*, ó sometido al poder paterno de otro. En la práctica de la vida familiar, por consiguiente, la patria potestad se convertía en un verdadero poder de *protección* — *patria potestas in pietate debet, non atrocitate, consistere* (2);—los hijos tenían reconocida hasta cierto punto, y de modo gradual y progresivo, su personalidad, como lo prueba las denominaciones de que eran objeto de *domini* y *heri* (3); el hijo disponía de hecho, aunque las leyes todavía no lo hubieran reconocido, de cierto patrimonio compuesto de más ó menos bienes que le eran peculiares, realizando importantes gastos y sin que su incapacidad teórica legal produjera consecuencia alguna de nulidad en el orden de la vida real. Á estas influencias innovadoras de las costumbres sobre los rigores del Derecho escrito, por lo que á la patria potestad se refiere, contribuyó, sin duda alguna, el advenimiento de los hijos de familia al desempeño de los cargos políticos y, en general, su ingreso en la vida pública, ya que no se compadecen racionalmente las iniciativas y libertad de acción que para aquéllos y dentro de ésta son necesarios, con el derecho de limitarlas de

(1) Núm. 31 de este capítulo.

(2) D. XLVIII, 9, 5.

(3) Plauto, *Capt. Prolog.*, 18. *Asciu*, II, 2, 63.

modo tan absoluto y despótico como el que hubiera resultado de la neta aplicación de todos los fueros de la patria potestad, según las leyes.

Es importante notar aquí, como rasgo saliente de la influencia moderadora de las costumbres en las reglas del Derecho sobre las relaciones familiares, tanto por lo que se refiere al poder marital como al paterno, la limitación, y aun la transformación, que de hecho sufrió el derecho del marido y el del padre para castigar á la mujer y á los hijos, hasta el extremo de la imposición de la pena de muerte, mediante la intervención del consejo de parientes ó tribunal de familia en el sentido ya dicho, no de familia *civil* ó de agnados, sino de familia *natural*, aun completado por el acceso de los amigos en algunos casos y á manera de sanción ó censura, á la templanza ó á la dureza con que dicho poder fuera ejercido por el marido ó por el padre, sin obedecer esta intervención á regla alguna preestablecida y operando en realidad un cambio del carácter punitivo de aquel poder por un sentido de simple y manifiesta corrección. La influencia de dicho consejo, como órgano expresivo del espíritu de las costumbres, trascendió á todos los aspectos de la vida de familia, y como elemento positivo de moderación de los términos absolutos é ilimitados del poder familiar bajo todas sus formas en el Derecho escrito, fué de influjo más decisivo que ninguna otra de las causas que por este medio suavizaron los preceptos de aquél y prepararon y favorecieron la evolución en el Derecho ulterior (1).

36. El contacto de los romanos con la civilización griega hizo que se entregaran sin freno á los influjos de aquella cultura llena de halagos y que muy pronto se vieran corrompidas las costumbres viriles, patriarcales y religiosas de aquella raza, sobre todo, en el orden familiar y en cuanto se refiere á la relación de los sexos y á la santidad y permanencia del matrimonio. Como consecuencia inmediata de aquella influencia, aquel ambiente y medio social de pureza y de garantía que las costumbres venían prestando á todas las relaciones del orden familiar, fué abatiéndose poco á poco, hasta su desaparición, produciéndose el fenómeno contrario de ser después las costumbres causa de quebranto, envilecimiento y disolución del orden familiar, así como antes habían sido elemento vivificador de su moralidad.

Á fines de la República y principios del Imperio el hogar de la familia había perdido su primitivo carácter de santuario de los dioses

(1) Yhering refiere, en comprobación de la eficacia de este poder para todas las manifestaciones de la vida familiar, y aun enfrente de las prerrogativas de la vida pública, el siguiente hecho: «El hijo de Scipión africano, el antiguo, muy diferente de su padre en todos sentidos, fué elegido pretor por el pueblo, á pesar de su indignidad. Deshonraba su función y á su familia. Los parientes creyeron deber suyo vigilar por la conservación del honor de ésta: no sólo le hicieron imposible el total ejercicio de sus funciones, sino que le arrancaron del dedo una sortija con la efigie de su padre. Era un pretor romano á quien se trataba así, un personaje que no se preocupaba de la opinión pública y que, si hubiese podido rechazar con éxito semejante intervención de la familia, con dificultad se hubiera sometido.» *Esprit du Droit romain*, t. II, pág. 211.

lares, cuyo culto se había abandonado; el *atrium* había dejado de ser aquel hermoso centro doméstico rodeado de todos los tesoros morales y materiales de la familia, y se había convertido en lugar de recepción ostentosa del acomodado romano para sus clientes y para los aspirantes á sus favores y fiestas; la *gens* se había disuelto; la firmeza de los vínculos familiares se había quebrantado y desaparecido el culto de los dioses lares, que era el lazo común de la familia de agnación; los agnados habían dejado de reunirse y de considerarse como parientes; el divorcio, que, no prohibido por las leyes, había estado, sin embargo, desdeñado por las costumbres, ya se prodigaba como medio de disolver uniones inspiradas en móviles pasajeros de placer ó de codicia; y el poder paterno llegó á ser aborrecido por los hijos, que no repararon á veces en la delación ó en el parricidio, como medio de librarse de él.

37. Este estado de relajación de las costumbres ocasionó un fenómeno de reacción legislativa, mediante el cual el Derecho suplía el vacío que producía la perversión de aquéllas. El resultado de todos estos factores para una reflexiva crítica histórica es completamente contrario á lo que las apariencias ofrecen. Á primera vista parece que es más culto, perfecto, progresivo, humano y justo el estado de la legislación romana en tiempo del Imperio, por lo que á la organización familiar se refiere, que en épocas anteriores; puesto que, enfrente del poder familiar ilimitado y de la falta de garantía escrita en las leyes que defendiera de sus excesos á los miembros de la familia, el Derecho se mostraba celoso en establecer defensas de protección en favor de la mujer y de los hijos respecto del marido y del padre, castigando el adulterio, conteniendo el desarrollo del divorcio, otorgando á los hijos medios contra la desheredación injusta y la preterición, y estimulando con recompensas el aumento de prole en los matrimonios. Sin embargo, no es así; la civilización que representa el orden legal será superior, pero el constituido por la entraña de las costumbres ha decaído y empeorado considerablemente. Á mayor moral en las leyes, señal cierta de mayor inmoralidad en las costumbres, y viceversa: las leyes pueden permanecer ociosas cuando las costumbres establecen las garantías que aquéllas parecen olvidar.

38. Pero no fué sólo la relajación de las costumbres la causa de esta gran transformación en las leyes que reglamentaban la familia romana en los tiempos del Imperio; contribuyeron á ello poderosamente los principios é intereses del nuevo régimen político. Con la extensión y la generalidad de la autoridad imperial no podía conciliarse aquella verdadera *oligarquía* política, nacida de la autonomía é independencia de la familia, que la sustraían á la influencia de las leyes y de los poderes públicos, y hacían de su jefe un soberano de poder opuesto al sentido invasor y absorbente del Imperio; antes, por el contrario, era preciso igualar las condiciones personales de sus miembros cuanto fuera posible, dándoles acceso á la vida general del Estado, y manteniéndoles en un

nivel igualmente inferior respecto de la personificación de aquél en el César.

39. Este nuevo sentido de las leyes, por lo que respecta á la mujer, se propuso realizar su libertad en el seno de la familia, suprimiendo las incapacidades que el Derecho antiguo sancionaba en cuanto á ella; pero al mismo tiempo estableció este Derecho del Imperio otras incapacidades, antes desconocidas, á lo cual parece que dió lugar la corrupción general, que los romanos imputaron muy principalmente á su influencia, pues mientras los hombres, en medio de su disipación, conservaron restos de las virtudes públicas, las mujeres, perdido el pudor, sintiéndose con personalidad en el seno de la familia y libres del freno de las costumbres, es lo cierto que resultaron ejerciendo una perniciosa influencia en la vida pública, llegando á las puertas del Senado, asediando con sus clamores á los Tribunales, fomentando toda clase de conspiraciones é intrigas, influyendo en las condenas de proscripción, y avivando, en fin, todo género de discordias y de malestar público, aparte los estragos que tal inmoralidad produjo en los desórdenes de su vida individual. Semejante estado de cosas exigía con apremio reemplazar «la coacción de las costumbres por la de las leyes» (1), pues á falta del valladar de aquéllas y de su elemento moralizador y educador, las limitaciones ó incapacidades impuestas á la mujer por el nuevo orden legal podían servir á la obtención del necesario equilibrio. Percíbense dos direcciones opuestas en esta nueva fase de la legislación romana, pues, mientras la mujer se emancipa de aquel poder familiar en sus varias manifestaciones paternal, marital y tutelar de los agnados, las leyes someten los desenvolvimientos de su vida civil á una reglamentación que antes no tuviera, y parece como que sustituye á aquella eterna tutela familiar la idea de una tutela legal ó del Estado, emanación directa de las leyes mismas.

40. De los cuatro poderes que respecto de la mujer intervienen en la organización de la familia romana, según se ha visto, dos que obran más sobre la persona que sobre los bienes—el *poder paterno* y el *marital*—y los otros dos, más sobre los bienes que sobre la persona—la *manus* y la *tutela*—los primeros, de carácter natural, subsistieron en la nueva etapa del *Derecho familiar*, aunque la ley vino á limitarlos con su reglamentación, mientras que los otros dos, de condición puramente civil y obra exclusiva de la ley, concluyeron por desaparecer en esta última época del Derecho romano.

La ley, llenando el vacío que la relajación de las costumbres produjo, encontróse sin soluciones que aplicar á los conflictos frecuentes entre el poder paterno y el marital, en lo que ambos tenían de ilimitados, y tuvo que intervenir reduciendo su alcance respectivo á esferas de acción compatibles. Por eso aparece, al lado de la obligación del

(1) Gide, ob. cit., pág. 132.

padre de procurar el matrimonio de la hija y la de constituir á su favor dote, la enérgica limitación impuesta al poder paterno negándole derecho á recobrarla del marido, arrancándola de su compañía, como antes podía hacerlo. Asimismo, en cuanto al poder del marido, se ofrecen limitaciones tan importantes como la de no estar autorizado ya para castigar á la mujer con penas graves, y menos con la de muerte, ni siquiera por el delito flagrante de adulterio, pues, si se tomaba la justicia por su mano, era castigado como homicida; la de quedar reservado el conocimiento de las faltas menores de la mujer y la imposición de las penas menos graves á un *iudicium de moribus*, en el cual un juez de carácter público, nombrado por el pretor, venía á sustituir á la autoridad del marido con el concurso del antiguo tribunal de parientes; la de someter al marido á las responsabilidades de la conducta que empleara con su mujer y ser también punible el adulterio de aquél, y, aun en lo que á los bienes se refiere, la nueva consideración de *custodio* de la dote, más que de *dueño*, que antes tuviera.

41. La decadencia de la *tutela legitima* de los *agnados* se produce por una serie de causas que tuvieron que originar inevitablemente su quebranto, primero, y su desaparición, después. Aquella primera consideración de ser la tutela un *derecho* y de hallarse establecida, por consiguiente, en interés de los tutores viene á convertirse en la idea de ser una *carga* y de resultar introducida más en interés de los menores y mujeres que de los tutores mismos, lo cual produjo un verdadero progreso para la de aquéllos, en cuanto que la razón originaria de su establecimiento responde siempre á un principio de *protección*, y fué á la vez causa de muerte para la de éstas, puesto que pierde el carácter originario de *poder* y de *derecho* en los últimos. La tutela de las mujeres era un medio de mantener sometido al patrimonio de la familia sus bienes, asegurando á los agnados tutores el derecho de sucesión en los mismos; pero desde el momento en que se les permite quedar sometidas á la de los extraños, recobran cierta libertad é independencia, ya que éstos, no teniendo derecho alguno en la sucesión, tampoco tenían ningún interés en la conservación de dichos bienes y en limitar los actos de disposición de la mujer.

Esta introducción de los extraños en la tutela de la mujer tuvo lugar, en primer término, por los tutores testamentarios, atendida la facultad de nombrarlos que tenía lo mismo el padre respecto de la hija, que el marido respecto de la mujer, cuando ésta se hallaba *in manu mariti*.

También la *tutela dativa* conferida por el magistrado produjo el mismo efecto de variar por completo la antigua tutela, á la vez que la negó aquel primitivo carácter que tuvo la legitima de los agnados de ser una consecuencia del *Derecho interno* de familia sin mezcla alguna de intervención de la ley pública. Contribuyó, como medio para anular la tutela legitima de los agnados, cierta práctica (1) permisiva á la mujer

(1) Gide, ob. cit., pág. 139.

de constituirse, no por motivo de matrimonio, sino permaneciendo solteras, *in manu* de un extraño ó amigo, de antemano, sin duda, dispuesto á emanciparla libertándola de la *manus* á que ella voluntariamente se había sometido.

En definitiva, Augusto libertó á la mujer de la tutela, cuando era madre de muchos hijos; Claudio abolió resueltamente la de los agnados; y Teodosio, completando la obra de Augusto, reconoció los fueros de la maternidad en la mujer y libró á todas ellas de dicha tutela.

Por último, la facultad de testar, reconocida á la mujer por Adriano, y la declaración misma de la ley en tiempo de Marco Aurelio atribuyendo su sucesión á los hijos con preferencia á los agnados, así como más tarde prefirió á los colaterales de sangre más próximos (1), concluyeron con todo el antiguo mecanismo de la tutela de la mujer.

42. La *manus* empezó á relajarse considerablemente hasta llegar á desaparecer, no por obra expresa de las leyes, sino por una lenta y gradual disolución, efecto de variadas causas. Tales fueron, entre otras, el que resultó incompatible la unión completa y definitiva, que la *manus* llevaba consigo, de la mujer respecto del marido con la facilidad de disolverse los matrimonios, motivo de prodigarse los divorcios; la falta de los más poderosos fundamentos y estímulos en la necesidad legal de su conservación, desde el momento en que, por interés de los agnados, dejó de considerarse como una consecuencia precisa y legal del matrimonio y tuvo el llamado *libre* ó sin *manus*, aquellos grandes desarrollos que acabaron por hacer forma de rara aplicación el con *manus*; la estipulación expresa, primero, y sobrentendida, después, por virtud de la cual el marido, al tiempo de celebrar el matrimonio con *manus*, quedaba obligado á la devolución de los bienes, entonces adquiridos por aquél, de la procedencia de la mujer, si sobrevenia el supuesto de divorcio.

No cabe, sin embargo, precisar la fecha de la desaparición de la *manus*, pues aunque Gayo, Papiniano y Ulpiano hablan de ella como de una institución vigente, es lo cierto que podría estarlo en el orden teórico de las leyes, pero que todas aquellas causas y la necesidad del nuevo sentido familiar la habían quebrantado considerablemente hasta caer en completo desuso.

43. El origen de la *dote* no es más antiguo que el de los matrimonios libres. El cambio de las condiciones sociales y económicas de la sociedad romana en la época de la introducción de los matrimonios *libres*, y la desaparición de la *manus*, colocaron á la mujer fuera de aquella condición de esclava, elemento económico que antes tenía, entregada al trabajo en el seno de la familia, lo mismo que sus hijos. El trabajo quedó después reservado á los esclavos, y la mujer y los hijos comenzaron á disfrutar, de cierta placidez y descanso aquélla, y de cuidados de educación intelectual éstos, aumentando esta nueva fase de la vida familiar la consideración *personal* de todos.

(1) Dig. XXXVIII, Cod. VI, 58.

Pero, al mismo tiempo, con este nuevo estado de cosas, el matrimonio tuvo que ser una carga más pesada para el marido, y se hizo preciso estimular su celebración hasta el punto de considerar obligatoria la constitución de *dote* por los padres, por los agnados y, aun en algunos casos, para las doncellas desvalidas, por el Estado. En su origen la *dote* no representaba más que una suma de bienes que, á título de donación, el padre entregaba al marido mediante la *mancipatio*, sin que llegara á constituir una verdadera institución jurídica de carácter peculiar y distinto, y sí sólo un caso de *donación*, significado que se conforma hasta con el derivado de la palabra que le da nombre. Al marido correspondía como dueño sin limitación alguna.

Generalizado el divorcio, volvían las hijas al seno de la familia paterna, reservándose, sin embargo, el marido los bienes que por vía de *dote* recibiera de los padres de ésta; y, para evitarlo, nacieron los usos de estipular la devolución de dichos bienes, mediante ciertas garantías (*cautiones rei uxoriæ*). Este fué el primer paso para el nacimiento de una institución jurídica especial, como la que constituye la *dote*, y cuya aparición con fisonomía propia puede referirse al año 523 de Roma (1).

La propiedad de los bienes que la formaban pasaba al marido mediante la *mancipatio*, pero se incorporaba al acto una *nuncupatio* que preparaba la restitución, constituyendo la *cautio rei uxoriæ*. Desde este tiempo hasta las leyes Julia y Papia Poppea recaen sobre la *dote* multitud de reglas particulares expresivas de todo un régimen jurídico, así como más tarde sigue siendo constante objeto de atención y estudio por los jurisconsultos clásicos, alcanzando completa y definitiva organización en los tiempos de Justiniano (2).

Proteger y garantizar la *dote* respecto de los actos del marido que pudieran ponerla en peligro y sustraerla á las consecuencias dañosas provocadas por complacencias ó irreflexiones de la mujer, fueron la mente de las reglas que inspiraron la organización dotal. Así se declara nula la fianza de la mujer respecto al marido; nulo todo pacto de la primera por el cual se modificaran, restringieran ó mermaran sus derechos dotales; y, en suma, la *dote* es colocada fuera del influjo de la ley común y de todos los accidentes jurídicos en la condición de dicha mujer, que aun pudieran afectarla. Con régimen tan privilegiado la mujer gana indudablemente, toda vez que el marido que aceptaba la *dote* viene á constituirse en cierto modo bajo su dependencia, en cuanto á las obligaciones que respecto de ella había de cumplir en orden á dicha *dote*, y especialmente por el peligro constante de que se hiciera efectiva la obligación de devolverla. Plauto (3) decía con razón á este propósito «que, aceptando el marido la *dote*, enajenaba su poder».

En confirmación de este sentido, Justiniano estableció de modo abso-

(1) Aulo Gelio, IV, 1 y 2.

(2) Cogliolo, *Saggio sopra l'evoluzione del Diritto privato*, pág. 49. Turin, 1885.

(3) Plauto, *Asin I*, IV, 74, «*Argentum accepi, dote imperium vendidi.*»