

# La relación jurídica dotal en el Derecho Foral Navarro

Algo dijimos ya (en el terreno del somero estudio más que en el de la investigación) de una figura de nuestro derecho foral navarro, sin eficacia práctica en la actualidad, pero que conserva todavía fresco el recuerdo de días de esplendor en la vida jurídica y social: las arras (1).

Esbozamos su perfil, sin más pretensiones que aportar unos datos hilvanados por un sistema simplista, que habían de facilitar al estudioso otras profundas exégesis, y habían de servir más bien de divulgación popular que de muestrario didáctico.

Con este mismo pensamiento intento hoy pergeñar un reverso de la medalla foral, troquelada en páginas anteriores.

Porque las arras y la dote, tienen un contacto tan íntimo, mantienen relación tan estrecha, que desde su origen (basado en las liberalidades a la esposa por los seres más queridos) han conservado una mutua dependencia a través de todo su desarrollo institucional, llegando al extremo de realizarse el milagro de la resurrección de aquéllas, aun después de muertas a la vida del derecho; beneficiándolas el artículo 178 de la Ley inmobiliaria de una hipoteca legal, como aumento de dote, y en consideración única y exclusivamente a este carácter.

No es pequeño el argumento de esta mutua dependencia para completar su estudio. Si bien desde la página primera de nuestro Fuero hasta la última de los Cuadernos de Cortes, se observa el parecido legal de todo precepto indígena, con el sabor tradicional que no es rutina, (por ello se desconoce su valor doctrinal y se advierte su timidez al apoyar su propaganda y

(1) FRANCISCO SALINAS QUIJADA. «Las arras en el derecho foral navarro». Revista Príncipe de Viana; n.º 5, de 3 de Diciembre de 1941 del año 11. Páginas 42 y siguientes.

restablecimiento) (2), sin embargo, como hermanas gemelas, aunque se nos permita exagerar un tanto su parecido, pueden presentarse a nuestro análisis las arras y la dote. Ocasión propicia también, para mostrar sus diferencias; y con unas y otras, formar un capítulo, pequeño como el grano de mostaza, pero que puede confirmarnos en una fé inquebrantable de la excelstitud de nuestra instituciones patrias, tan hermosas como desconocidas.

### CONCEPTO DE LA DOTE:

Etimológicamente la palabra **dote**, proviene de «**dos**», significando en su origen una donación. Es decir: «un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente una cosa en favor de otra que la acepta» (3).

Es decir, dote copiando a Alonso es: «lo que se da o promete al varón por parte de la mujer, por razón de matrimonio, para levantar las cargas de éste; esto es, alimentar y sustentar a la mujer, los hijos comunes y la familia» (4).

Comentando la definición enunciada, advertimos en primer lugar, que esta figura del derecho para poder definirla, es menester recordar un vínculo jurídico con fisonomía propia dentro del ordenamiento legal.

La dote es donación, como etimológicamente así equivale su término gramatical: «**dos**». **La dote es lo que se da**. Y este carácter liberal, la identifica con el título gratuito de enagenación y adquisición. Es por decirlo así, el círculo mayor de los concéntricos jurídicos; el molde sobre el que encaja su propia naturaleza: su naturaleza primordial, por tanto, que descansa «en una atribución patrimonial gratuita por acuerdo de ambas partes, por virtud de las cuales una de ella, enriquece de su patrimonio a la otra» (5).

(2) JUSTO GARRAN MOSO. «El sistema foral de Navarra y Vascongadas». Pamplona, 1935. Prólogo. Página VI.

(3) Artículo 618 del Código Civil.

(4) JOSE ALONSO. «Recopilación y comentario de los Fueros y Leyes del antiguo Reino de Navarra». Tomo I. Página 140. Editado en Madrid, en el año 1848.

(5) LUDWIG ENNECERUS. Revisor Heinrich Lehman. Traductor de la 35ª edición alemana Blas Pérez González y José Alguer. Tomo II. Volumen II. Página 109. Editado en Barcelona, en el año 1935.

Pero hay muchas clases de donaciones. Existe autor que señala más de diez clases en un texto de carácter universitario, sin aspiraciones de fuente de consulta (6).

Y la dote como donación puede calificarse dentro del grupo, cuyo motivo de otorgamiento o razón del mismo es la celebración del matrimonio; es decir, pertenece a aquellas donaciones «que se hacen antes de celebrarse (el matrimonio) y en favor del mismo (7).

Precisamente por este carácter, se halla excluida de la insinuación y juramento en Navarra, a tenor de lo prescrito en las leyes 2 y 3 del título 7.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación, que dice: «...y que sea insinuada ante juez competente, con que esto no se entienda sino en puras y meras donaciones, y no en donaciones que se hacen en favor de matrimonio»; gozando así mismo, de la irrevocabilidad, según lo dispuesto en la Ley 7.ª, título 7.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra, que así se expresa: «Suplicamos a V. M. mande poner por ley que la donación hecha en contratos matrimoniales, o en otros contratos entre vivos en favor de criaturas, u otras personas ausentes que están por nacer, no se pueda revocar en perjuicio de ellas, aunque no haya estipulación ni aceptación en favor de ellas Y que las tales criaturas o personas tengan derecho irrevocablemente adquirido para su tiempo en que fueron llamados, como si se hallasen presentes, y expresamente aceptaran la donación. Y esto se guarde aun en disposiciones anteriores, donde no hubiere litis-pendencia: con que en lo demás se guarda lo que dispone el Fuero del Amejoramiento del Rey Don Felipe. DECRETO: Visto el sobredicho capítulo, por contemplación de los dichos tres Estados, ordenamos y mandamos que se haga como el Reino lo pide».

Repitamos: la dote es donación, por razón de matrimonio, que puede otorgarse sin necesidad de insinuación ni juramento, y además es irrevocable por disposición expresa de la ley foral. Empieza a tomar fuerza, lo que en sus comienzos parecía un difuminado perfil.

Pero siguiendo en la exégesis que hacemos de la definición

(6) JOSE CASTAN TOBEÑAS. «Derecho civil español, común y foral». Tomo 1. Volumen II. Página 24. Editado en Madrid, 1939.

(7) Artículo 1.327 del Código civil.

de Alonso, téngase en cuenta que no solamente admite tan exinio autor la dote como donación, sino también como promesa de donación. Es un paso más en la buena fé de las transacciones civiles.

Es incuestionable que aquella persona que promete una prestación de cualquiera índole, aparte de la necesidad jurídica que le mueve a ello, y que la acepta de antemano gustosamente, persigue un fin jurídico; es decir, intenta con su ofrecimiento la realización de una consecuencia jurídica, que pueda ser adquirida de forma legal.

Un ejemplo aclarará lo dicho. Puede A prometer a B, para exonerarse A de una obligación con respecto a B; tenemos una **causa solvendi**.

Puede A prometer a B, para que B resulte obligado a A; y por tanto B a consecuencia de la promesa de A, venga precisado a realizar una contraprestación, bien sea material o moral; existe en esta promesa una causa **credendi**.

A puede prometer a B, para extinguir una obligación mediante la novación de la misma: **causa novandi**.

Y A puede prometer a B, PARA ENRIQUECERLE GRATUITAMENTE; y entonces estamos frente a una **causa donandi**.

De este último grupo es la promesa de dote. La intención dirigida a esa consecuencia jurídica mediata, llamada fin o fundamento jurídico constituye la causa subjetiva de la promesa de la prestación, que en la dote no es otro que el empobrecimiento de un patrimonio para enriquecer al donatario.

Tenemos, pues, que dote es la donación o promesa de donación. Dejemos a un lado, los elementos personales de la misma, que tal vez no respondan en la definición de referencia a una verdadera realidad jurídica; ya que hemos de estudiar más adelante semejante aspecto de nuestro estudio, y entonces será momento oportuno de señalar tales pormenores; baste por ahora indicar que Alonso reduce el elemento personal de este vínculo jurídico a un sujeto activo y otro pasivo, que es la esposa y el marido, respectivamente.

Algo más interesa que esta dote y promesa, sea otorgada **por** la mujer o por terceras personas en consideración a ésta, siendo la razón de su otorgamiento, como antes examinábamos **el matrimonio**, para LEVANTAR LAS CARGAS DE ESTE;

señalando tan comentado autor como cargas: alimentar y sustentar a la mujer, los hijos comunes y la familia.

Tal vez el jurisconsulto de nuestro derecho foral, podía haber silenciado esta relación enumerativa, para que su definición hubiera sido acertada en su plenitud. Si peligrosa es la relación detallada de elementos o unidades de carácter indefinido y complejo, cuanto más si dicha relación forma parte de un término conceptual tal, difícil por sí en agotar el contenido objeto de la definición.

Por ello no es de extrañar que Morales definiera simplemente a la dote, como «la porción de bienes que la mujer aporta para sustentar las cargas del matrimonio» (8), y que el Proyecto de la Comisión, dejándose llevar de un rigorismo extremo, ni siquiera mentara esta circunstancia en el concepto de la dote, diciendo que se compone de «aquellos bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo, y de los que durante él adquiriera por donación herencia o legado con el carácter dotal» (9).

Si nos fuera dable sentar una definición, y la benevolencia del lector así nos lo permitiera, recogiendo los elementos esenciales que componen este concepto jurídico, y que fragmentariamente fueron admitidos en las definiciones anteriores, diríamos que la dote es: «LO QUE SE DA O PROMETE AL MARIDO POR LA MUJER, O EN CONSIDERACION A ESTA POR CUALQUIERA OTRA PERSONA, POR RAZON DE MATRIMONIO: Y LO QUE LA MUJER ADQUIERA POR DONACION, HERENCIA O LEGADO CON CARACTER DOTAL: AL OBJETO DE LEVANTAR CON ELLO LAS CARGAS DEL MATRIMONIO».

De lo enunciado se desprende, que a nuestro humilde parecer, no se puede poner coto a los elementos personales de la dote, como prácticamente lo reconocen los cuerpos legales contemporáneos. También sustentaremos la misma amplitud de criterio en lo que respecta al objeto de la dote misma, puesto que admitimos no tan sólo lo que la mujer aporta al matrimonio antes de

(8) ANTONIO MORALES Y GOMEZ. «Memoria que comprende los principios e instituciones del derecho civil de Navarra». Página 164. Pamplona, 1884.

(9) PROYECTO DE APENDICE DE NAVARRA AL CODIGO CIVIL, con inclusión de las disposiciones del mismo cuerpo legal que han de obligar en esta Provincia. Artículo 1.328. Página 184. Pamplona, 1904.

contraerlo, sino lo que puede recibir con posterioridad a la celebración del mismo por donación, herencia o legado; es decir, por otros títulos de adquirir de carácter gratuito. Y además sentamos en la definición, sin particularizar por temor de ser imperfectos, el fin primordial de la dote, resumen fiel de su origen y desarrollo histórico.

No pretendemos con ello sentar cátedra con carácter indiscutible. La labor más fácil para el crítico es la de pulverizar definiciones y apuntar sus defectos. Así como la más difícil para el estudioso, tal vez sea la de encajar en breve compendio gramatical, conceptos que por regla general pueden abarcar amplísimos horizontes.

Nuestro propósito fué el de fijar una postura dentro de nuestro derecho; pues de esta manera nos evitamos ahondar en su naturaleza jurídica, que con ello queda explicada.

LA RELACIÓN JURÍDICA DE LA DOTE.—«El derecho privado contiene la doctrina de la protección de intereses de los particulares, especialmente la de los derechos privativos de los individuos. Siempre que un interés se halla protegido jurídicamente, y el interesado mismo es autorizado para el ejercicio de esta protección, se habla de un derecho subjetivo del interesado» (10).

«Analizar los elementos del derecho subjetivo implica analizar los elementos de la relación jurídica, de que aquél es un aspecto» (11), ya que relación jurídica no es otra cosa que la correspondencia mutua entre los derechos y obligaciones; o mejor dicho, «la relación de la vida ordenada por el derecho objetivo, y que consiste en una relación jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)» (12).

De ahí que se componga la relación o vínculo jurídico de tres primordiales elementos: personales, reales y formales; dejando a un lado otras subdivisiones más prolijas, que algún autor

(10) DR. PAUL OERTMANN. «Introducción al derecho civil». Traductor Luis Sancho Seral. Editorial Labor. Página 48. Año 1933.

(11) DEMOFILO DE BUEN. «Derecho civil español común». Apéndice. Página 36. Madrid. 1932.

(12) LUWIG ENNECERUS. Obra citada. Página 285.

estudia analíticamente (13) y que en otra ocasión explayé al hablar de las arras (14).

Estudiaremos la relación jurídica de la dote, en sus distintos elementos, dentro de nuestro derecho foral navarro.

**ELEMENTOS PERSONALES.**—«En toda relación jurídica, sea cualquiera su índole, es necesario que existan por lo menos un sujeto activo y un sujeto pasivo. Sin estos dos elementos no se puede pensar en el concepto de la relación jurídica» (10).

Arvizu admite inter vivos (pues mortis causa no interesa al actual estudio) tres grupos de personas para constituir las dotes: 1.º La misma mujer. 2.º El padre, la madre y ascendientes. 3.º Los extraños (16).

Así viene Alonso a sentarlo, cuando tras de señalar que «el padre está obligado y puede ser compelido judicialmente a dotar a sus hijas» (17) agrega que puede «prometer la dote cualquiera de los ascendientes, o también parientes de la mujer, en cuyo favor se hace; la madre y aun cualquiera persona extraña... La misma muger, que va a contraer matrimonio, constituye también su dote, llevando a aquel y entregando a su marido los bienes propios que tuviere, y que serán por tanto considerados como dotales» (18).

En la Memoria de don Antonio Morales se establece en el artículo 1.265 que en Navarra pueden constituir la dote «los padres y parientes de cualquiera de los esposos, y aun las personas extrañas, antes o después de contraer matrimonio». No hace otra limitación, que al marido después de contraer matrimonio; pero facultándolo para poder realizarla con anterioridad a su celebración, a tenor del artículo 1.266. Mas todavía, específicamente, el artículo 1.282 de dicha Memoria, prescribe que: «Los abuelos paternos y maternos, tienen obligación de dotar a sus nietas, siendo éstas pobres y huérfanas de padre y madre,

(13) LUIS MENDIZABAL Y MARTIN. «Tratado de Derecho natural». Tomo 1. Páginas 286 y 287. Madrid. 1928.

(14) FRANCISCO SALINAS QUIJADA. «Las arras en el derecho foral navarro». Trabajo publicado en la Revista Príncipe de Viana. Año II. Número V del 3 de Diciembre de 1941. Página 50.

(15) DEMOFILO DE BUEN. «Derecho civil español común». Tomo 1. Página 62. Madrid. 1930.

(16) FERNANDO ARBIZU Y AGUADO. Obra citada. Página 243.

(17) JOSE ALONSO. Obra citada. Página 140.

(18) JOSE ALONSO. Obra citada. Páginas 141 y 142.

y teniendo aquellos bienes cuyos productos excedan de sus necesidades, atendido su estado y condición».

Esto en lo que respecta al parentesco legítimo, que en la filiación natural, también prevee tan eximio autor en el artículo 1.292 de su Memoria, que: «El padre o la madre tendrán obligación de dotar a la hija natural reconocida, cuando no tuvieren descendientes legítimos, siguiéndose lo establecido en los artículos anteriores respecto de las hijas legítimas» (19).

Coincidiendo con lo prescrito en los artículos que proceden de la Memoria de don Antonio Morales, el Proyecto de la Comisión sostuvo el mismo criterio en los artículos 1.330, 1.337 y 1.354 de su parte normativa; siguiendo las mismas huellas el Apéndice Notarial en su artículo 112; el Proyecto de los Sres. Aizpún y Arvizu, en el artículo 121; y el últimamente redactado, en el 123; ya que aunque estos últimos cuerpos legales, no sean tan extensos y minuciosos como los dos primeros en esta materia, vienen a admitir la dote por los padres y abuelos, en forma obligatoria, así como también dan acceso a la dote a la hija natural reconocida; no siendo óbice semejantes manifestaciones, para que de forma voluntaria, puedan los parientes de los esposos, y aun los extraños mismos, dotar a la esposa. Pero el hecho cierto es que estos tres últimos Anteproyectos, a diferencia de los del señor Morales y del de la Comisión, para nada hablan de las dotes voluntarias, reduciéndose su articulado a mencionar aquellas que deben prestarse de forma obligatoria; de ahí que con un simple precepto agoten la materia, indicando su silencio la más amplia tolerancia para las liberalidades graciosas, no necesarias jurídicamente.

Tales son los elementos personales de la dote; se comprende fácilmente que el sujeto pasivo sea, quien la constituya; que como acabamos de decir, puede ser cualquier persona, excepto el marido. O sea, el padre, en su defecto, la madre; los ascendientes... y los extraños; siendo, como es lógico, en todo caso el sujeto activo, y a quien en definitiva, más tarde o temprano revierte, la mujer.

Pero aquí se plantea un problema aparente, que no queremos dejar pasar por alto, por su simplicidad. Hemos dicho que a veces puede la mujer constituir la dote de su propio peculio.

(19) ANTONIO MORALES Y GOMEZ. Obra citada. Páginas 167 y siguientes.

Pues bien, cuando este supuesto se realiza, habida cuenta ser la mujer en todo caso el sujeto activo de dicha institución, ¿cómo puede ser al mismo tiempo sujeto pasivo? Cuando la mujer aporta de su propio patrimonio la dote al matrimonio, siendo la pasivamente obligada ¿cómo podrá hablarse en ese caso de una capacidad receptora en sentido activo?

Decíamos que el problema es solo aparente, y no rectificamos nuestra manera de pensar. En efecto, la dote es una donación, una liberalidad, que no puede concebirse sino con intervención de dos personas distintas: donante y donatario. Quien empobrece su patrimonio con el desprendimiento de todo o parte del mismo; y quien lo acrecienta con su aceptación.

Sería pues ridículo pensar, en que uno se donara a sí mismo cosa alguna; puesto que no podría darse esa atribución patrimonial, que constituye el requisito necesario para que la donación exista. Ahora bien, cuando la dote la constituye la mujer, aporta de su peculio propio cierta cantidad, que en definitiva sale siempre condicionada a una reintegración. En tal caso no existe una liberalidad; no puede hablarse de donación, y por ende, hay que descartar para la entrega mencionada el carácter de dote, en tal sentido.

Desaparecida la relación jurídica, es incuestionable que no es congruente señalar elementos personales; y en definitiva no se puede definir a la mujer en tal caso, como sujeto activo y pasivo de dicha institución.

Esto siguiendo un criterio amplio y comprensivo; que si algún crítico exigente nos hiciera apurar el argumento, no tendríamos inconveniente alguno en admitir la existencia excepcional de un sujeto pasivo en la mujer que constituye la dote, dejando la parte activa para el marido, que al fin y a la postre también disfruta de ella, no tan solo por ser el administrador y usufructuario de la misma (20); ser el propietario de la estimada (21) aunque quede obligado a restituir su importe: sino también por levantar las cargas matrimoniales en determinados casos (22), de lo que como es lógico también se beneficia el marido.

(20) Artículo 1.357 del Código civil.

(21) Artículo 1.346 del Código civil.

(22) Artículo 1.362 del Código civil.

La materia queda a disposición de cualquier estudioso, para ser examinada de forma especial. En una síntesis especulativa, no es posible el análisis minucioso de la diáspora jurídica, que la figura dotal supone, en tan complejos puntos de vista.

Sin embargo, bueno es que recalquemos las ideas fundamentales, y dejemos sentado, lo que citando a de Buen decíamos al iniciar este punto: «Que no existe relación jurídica sin la concurrencia de dos sujetos: activo y pasivo». Y por tanto en el caso de constitución de dote por la mujer, o una de dos: o se considera inexistente todo vínculo jurídico y en tal caso abunda el señalamiento de elementos personales; o se entiende la pasividad en la esposa, para ceder al marido una capacidad receptora, circunstancial, momentánea, pasajera, condicionada a una reversión.

Pero no nos torturemos la imaginación con un acaparamiento por la mujer de dos personalidades, que representaría una figura monstruosa, dentro del derecho mismo.

¿ES OBLIGATORIO SU OTORGAMIENTO EN NAVARRA? Problema realmente interesante el que se plantea, y que desde luego nuestro derecho deja bien resuelto.

En la ley civil común ninguna duda se suscita. El Código civil prescribe: «El padre o la madre, o el que de ellos viviese, ESTAN OBLIGADOS A DOTAR A SUS HIJAS legítimas, fuera del caso en que necesitando éstas el consentimiento de aquellos para contraer matrimonio con arreglo a la ley se casen sin obtenerlo» (23). Agregando: «La dote obligatoria a que se refiere el artículo anterior consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta» (24).

Pero téngase en cuenta que en Navarra a diferencia del derecho común no existe un sistema legitimario, y sin embargo dentro de los amplios horizontes que vislumbra la libertad de testar, encontramos a la dote como OBLIGATORIA PARA LOS PADRES, señalando tal obligatoriedad la ley 1, del título 9.º del Libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra, que fué elevada a definitiva en el año 1558, mediante acuerdo de las Cortes de Tudela; pasando a ser ley 2.<sup>a</sup> del mismo título y libro indicados.

(23) Artículo 1.340 del Código civil.

(24) Artículo 1.341 del Código civil.

Por la importancia que tienen tales preceptos, a pesar de que Alonso señala como únicos a este respecto las leyes 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> del título 11 del Libro 3.<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación de Navarra (25) como atinadamente expone Morales (26) «aunque sin ánimo de señalar contradicción, que no la hay desde el momento en que tan ilustre autor compiló y comentó estas leyes al tratar de la desheredación», por la excelsitud trascendente de su contenido positivo, sería ligereza imperdonable tratar de la dote y no copiar su contenido, que a continuación reseñamos:

LEY 1, TITULO 9.<sup>o</sup>, LIBRO 3.<sup>o</sup> DE LA NOVISIMA RECOPIACION DE NAVARRA, CORTES DE ESTELLA DE 1556.—«Porque se continuan y frecuentan en este Reino los matrimonios clandestinos, y por los inconvenientes que de esto suceden, conviene que se ordene y ponga por ley que el que contrajere matrimonio que la Iglesia tuviera por clandestino, con alguna mujer, por el mismo hecho él y los que intervinieren y los que del tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de la mitad de sus bienes... y que sea justa causa para que los padres pueden desheredar a sus hijas que el tal matrimonio contrajeran y QUE NO SEAN OBLIGADOS A DARLES DOTES NINGUNOS; y que no puedan acusar esto sino el padre y la madre, los curadores que a tales hijas tuvieren a su cargo, y que esto se entienda en hijos».

DECRETO: Mandamos que, haciéndose semejantes clandestinos matrimonios, que en el sobredicho capítulo se hace mención, sea justa causa de poder desheredar a sus hijas por ello; Y QUE NO SEAN OBLIGADOS LOS PADRES Y MADRES A DOTAR LAS TALES HIJAS EN TALES CASOS. Lo cual mandamos que dure hasta la proposición de las primeras Cortes que mandaremos juntar.

LEY 2, TITULO 9.<sup>o</sup>, LIBRO 3.<sup>o</sup> DE LA NOVISIMA RECOPIACION DE NAVARRA, CORTES DE TUDELA DE 1858. «Suplican a V. M. que la ley que se hizo en las postreras Cortes de Estella sobre los matrimonios clandestinos, para que sean justa causa de poder desheredar los padres y madres a sus hijos y para que no sean obligados a dotarlos en tales casos, que mande y ordene V. M. que la dicha Ley sea perpetua; y se

(25) JOSE ALONSO. Obra citada. Página 140.

(26) ANTONIO MORALES Y GOMEZ. Obra citada. Página 166.

añada que los intervinidores y testigos de los tales matrimonios clandestinos si fueren hijosdalgo o personas de calidad, sean desterrados del Reino; y siendo de otra calidad, que sean azotados públicamente.

DECRETO.—Visto el sobre dicho capítulo, por contemplación en los dichos tres Estados, ordenamos y mandamos que se guarde lo proveído en la Ley hecha en Estella. Y que, así bien, los intervinidores y los que del tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimento de la mitad de sus bienes para nuestra Cámara y Fisco y sean desterrados de este Reino, en el que no entren, so pena de muerte natural. Lo cual otro ninguno pueda acusar sino el padre y la madre, y muerto el padre, los tutores.

Estas leyes que anteceden tratan incidentalmente de la obligatoriedad de dotar al tratar de la pérdida de la dote que estudiaremos más adelante. «Pero téngase presente que no existe ley en Navarra que **EXPRESAMENTE** establezca tal obligación, ya que las leyes de referencia **LA SUPONEN ESTABLECIDA POR LA COSTUMBRE**» (27).

La advertencia es oportuna y muy adecuada, ya que a la vista salta, al parangonar el precepto común con el foral, que así como en el primero la prescripción se realiza de forma taxativa e indudable, en el nuestro se llega a la conclusión coercitiva, mediante la deducción, por el conocimiento de algo incidental que no constituye el nervio principal del contenido jurídico normativo.

Así pues, «de un modo explícito no está ordenado ni en el Fuero ni en la Novísima Recopilación. No obstante según un renombrado autor, si no es en estos casos más que un anticipo de legítima, sólo podría el padre dejar de darla cuando existieren canas legales, que fuesen suficientes para desheredar a la hija. Más después de establecida la libre testamentifacción esta razón no es en manera alguna aceptable. Nosotros pensamos que aun después de la amplia facultad concedida a los ascendientes para disponer de sus bienes, la necesidad de dotar es una obligación que favorecida por la ley 3.<sup>a</sup>, título 11, libro 3 de la Novísima Recopilación ha sido introducida por la costumbre» (28).

MORALES. Obra citada. Página 165.

(28) SEGISMUNDO MORET Y LUIS SILVELA. «La familia foral». Páginas 70 y 71.

Dice así tal disposición:

CORTES DE TUDELA DE 1583.—«Porque ha habido y hay dudas y oponiones diferentes, si a falta de bienes libres de los vinculados o mayorío perpetuo, han de ser dotadas las hijas, nietas y descendientes legítimos de la persona que lo fundó, in infinitum. Para evitar aquellos, porque parece más equo y justo, Suplicamos a V. M. mande y ordene por Ley que a í'aita de bienes libres, de los vínculos o mayorío perpetuo, sean dotadas las hijas y nietas descendientes legítimas de la persona que lo fundó in iníinitum, competentemente, si otra cosa en particular no estuviese ordenado por el fundador, por palabras ciaras y expresas. Y que, así bien, los dichos bienes vinculados a mayorío perpetuo, se hayan podido y puedan obligar e hipotecar para restitución de dotes. Y que los pleitos que están pendientes sobre ios dichos casos, aunque estén vistos los procesos se determinen conforme a esta ley, sin que pueda dar lugar a otro entendimiento ni interpretación».

DECRETO: Visto el sobredicho capítulo, por contemplación en los dichos tres Estados, ordenamos y mandamos que se haga como el Reino lo pide. Con que las dotes se constituyan a juicio y conocimiento de los de nuestro Consejo. Y que en lo de la restitución de dotes se entienda de las que se hubieren asegurado con permiso de nuestro Consejo; y con que no se puedan vender ni por otra manera enajenar la propiedad de los bienes de mayorazgo, sino solo en los casos que por Derecho común, podían venderse para el dicho efecto los dichos bienes sujetos a fideicomiso. Y que lo que aquí dispuesto no se entienda en personas a quienes los poseedores del mayorazgo no fuesen tenidos de alimentar, aunque sean descendientes de los fundadores de los mayorazgos, ni haya lugar la disposición de esta ley en los otros casos, que aunque los que tienen bienes libres no podían ser apremiados en justicia a dotar ni alimentar, ni en los casos de los pleitos pendientes.

«En efecto según la disposición que acabamos de mencionar, pueden venderse los bienes vinculados cuando no existan otros bienes libres para dotar a las hijas y descendientes legítimas del fundador, que no la hubiese, de un modo claro y explícito, prohibido. Y cuando hasta el principio capital de las vinculaciones se rompía en favor de las dotes, no es de extrañar que co-

riesen la misma suerte otros como el de la libertad de testar, no menos sagrado, pero contra el que no se marchaba de un modo abierto y ostensible» (29).

Dado este carácter obligatorio de la dote, impuesto por costumbre que como acabamos de ver fue después recogida por las leyes forales, no es de sorprender, que haya habido autor, que señalara su fundamento en el interés público, en la conveniencia social de fomentar el matrimonio, en la razón de equidad y de lógica que aconseja dar a la sociedad conyugal, en el marido como en la mujer, los medios racionalmente necesarios para que subsista y cumpla con la debida perfección los altísimos fines a que está llamada» (30).

Señalando Arvizu a continuación —pues de él son las palabras que anteceden— una serie de preceptos romanos que imponen tal obligación. A los enunciados por el autor navarro citado me permito agregar la ley 7.<sup>a</sup>, del título XI, del Libro V del Codex, que habla, de dicha necesidad jurídica, en forma que no deja lugar a duda: recogiendo ya la Partida 4.<sup>a</sup>, título XI, ley 8.<sup>a</sup> tal disposición.

Por nuestra parte creemos firmemente que el fundamento de la dote no puede buscarse en el sistema legitimario, desconocido en Navarra, ni puede hablarse por tanto de una anticipación hereditaria, con quien tal vez no tenga otra homogeneidad en nuestro derecho que las causas determinantes de su pérdida, como más adelante nos tocará puntualizar.

El fundamento, aunque tengamos que repetir conceptos barajados con anterioridad, no es otro que la ayuda al futuro matrimonio, cuyas cargas en un principio son más pesadas que en su plenitud. La dificultad de los comienzos, es una ley de vida, para cualquier clase de potencialidades económicas. Igual para la sociedad conyugal. Por ende, si al hablar de la promesa de dote señalábamos una causa donandi, una factor subjetivo de la obligación tan gustosamente contraída, por asimilación analógica extendamos a la dote misma, lo dicho a su ofrecimiento.

¿Qué se pretende con la dote? ¿Levantar las cargas del matrimonio? Pues ese y nada más que ese es el fundamento jurídico

(29) *Ibidem* nota anterior.

(30) ARVIZU. Obra citada. Página 248.

de su dación. Los fines sociales, la proligidad de matrimonios, como función naturalmente universal, el interés público, etcétera, etc., serán consecuencias muy estimables de aquel postulado fundamental. Pero ello no empece que sea su base primordial la atenuación de la carga matrimonial. De una carga, que de tal forma, se promediará con el marido, guardando una sola inteligencia.

Morales (31), el Proyecto de la Comisión (32), el Proyecto del Colegio Notarial (33), el Proyecto de los Sres. Aizpún y Arvizu (34) y el últimamente redactado (35), todos señalan como obligatoria la dote para el padre y para la madre con respecto a sus hijas legítimas.

Del mismo modo Morales señala igual obligación a los abuelos paternos y maternos, y al padre y a la madre con respecto a la hija natural reconocida (36). También el proyecto de la Comisión prescribe obligatoriamente este deber de los abuelos, así como el caso de filiación natural (37). El Apéndice del Colegio Notarial habla de la filiación natural, advirtiendo la concurrencia con la filiación legítima (38). Estos mismos extremos también son recogidos por el Apéndice de los señores Aizpún y Arvizu (39), y por el redactado el pasado año (40).

Unánime es la obligatoriedad prescriptiva de la dote en Navarra; tanto así, que hay Proyectos de los enunciados (41) que llegan incluso a determinar, que «cuando la dote sea necesaria, bien la constituyan los padres o abuelos, o los donatarios universales propter nupcias a quienes se impone esta obligación, habrá lugar a la evicción en el caso de fraude». En definitiva, la dote es obligatoria en Navarra, por la costumbre, por ley foral y por la doctrina de los autores, si así queremos calificar a los Apéndices, que no tuvieron sanción oficial.

(31) Artículo 1.279

(32) Artículo 1.332.

(33) Artículo 112.

(34) Artículo 127.

(35) Artículo 123.

(36) Artículos 1.282 y 1.292.

(37) Artículos 1.337 y 1.354.

(38) Artículo 112, apartado 2.º, citado.

(39) Artículo 127.

(40) Artículo 123. citado.

(41) MORALES. OBRA CITADA. Artículo 1.284. PROYECTO COMISION: Artículo 1.352.

CUANDO CESA LA OBLIGACION DE DOTAR.—Ahora bien indefectiblemente ¿siempre estarán obligadas las personas a que acabamos de hacer mención, a dotar? ¿En ningún caso se hallan exceptuadas de cumplir tal deber?

De ninguna manera. Si observamos que hasta en los países que existe en el orden sucesorio un sistema legitimario, sin embargo preveen ciertas circunstancias que exhoneran de semejante obligación relevando a los causahabientes de la institución de heredero, ¿podía ser la ley más rigurosa en el sistema dotal tratándose de un país como Navarra, en donde rige una absoluta libertad de testar?

Creemos que no. No habría lógica en la ley promulgada, ni cabría un fundamento serio para sustentar este espíritu normativo.

Por eso los autores navarros, así como los Proyectos de Apéndice se apresuraron a establecer unas causas, por las que cesa la obligación de dotar:

Recogiendo aquellas, que unos y otros fragmentariamente enumeran, podremos señalar las siguientes:

1.º: Si el hijo hiere al padre o a la madre o pone mano sobre ellos según dispone el capítulo 8.º, título 4.º, libro 2.º del Fuero General; y el número 1.º del capítulo 3.º de la Novela 115 (42).

2.º: Si les acusa de algún delito. (Capítulo citado del Fuero y número 3 de igual capítulo de la misma Novela (43).

3.º: Si la hija les injuria gravemente. (Capítulo citado del Fuero y número dos del mismo Capítulo de la misma Novela (44).

4.º: Si la hija llevara una vida licenciosa, o se prostituyese. (Número 11 del mismo Capítulo de la Novela citada; y ley 19, título 28, libro 3.º del Código) (45).

5.º: Si uno de los mencionados ascendientes es furioso (demente) y sus hijos o algunos de ellos... no les prodiga los auxilios necesarios, podrá si cura de su enfermedad llamar ingrato

(42) Esta causa la admite el Sr. Arbizu y también el Sr. Alonso, por así disponerlo la ley foral.

(43) Ibidem nota anterior.

(44) Ibidem nota 42.

(45) Ibidem nota 42.

en su testamento al hijo o hijos o cognados que le abandonaron. (Número 12 del capítulo 3.º de la Novela 115) (46).

6.º: Si uno de los padres fué hecho cautivo, y sus hijos o algunos de ellos no se apresuraron a rescatarlo. (Número 13 del mismo capítulo y Novela).

7.º: Cuando la hija necesitando consentimiento para contraer matrimonio del padre, madre o abuelo, se casare sin obtenerlo (47).

8.º: Cuando la hija tuviese más bienes que el padre o madre atendidas las circunstancias de familia y necesidades. La discrepancia, de mediar, se dilucidaría por el procedimiento que luego haremos mención, al tratar de la cuantía de la dote (48).

Concurriendo tales causas el padre, la madre y los abuelos, en los casos determinados con anterioridad, cesan en la obligación de dotar; motivos muy razonables todos ellos, y que como prismas fieles de una honda ingratitud, llegan a proyectar en el espíritu paterno, una ecuánime reacción; que a la vez que responde a un principio de sano sentido común, vigoriza el poder familiar, que siempre con tales medidas, se ve robustecido y respetado.

**ELEMENTOS REALES DE LA DOTE.**—El régimen de libertad de testar seguido en Navarra, acarrea como una de sus primeras consecuencias, una imprecisión lamentable en lo que respecta a tan importante extremo, como es: la cuantía a que debe ascender la dote obligatoria.

Acabamos de examinar, como la dote se halla implantada en nuestro derecho de forma obligatoria. Esta trayectoria, no se quiera sospechar es directriz general en los cuerpos legales, ni mucho menos. Casi podemos decir todo lo contrario; puesto que las legislaciones dejan una amplia libertad para constituir la figura jurídica objeto de nuestro estudio. «La mayoría de los Códigos, aun los que miran con predilección el régimen dotal, consideran la dote como una donación voluntaria. No hablemos

(46) Esta causa la admite Arbizu y no Alonso. El Sr. Arbizu expone sus razones en la Obra citada, pág. 257 y 258, que las suscribimos por completo, ya que nos satisfacen plenamente, haciéndolo extensivo a la causa siguiente.

(47) FRANCISCO SALINAS QUIJADA. «Conceptos y formas del matrimonio en el derecho foral navarro». Trabajo publicado en la Revista Príncipe de Viana, número XII, del año IV del tercer trimestre de 1943. Páginas 359 y siguientes.

(48) Tanto esta causa como la que señalamos con el número siete, son recogidas por los Apéndices navarros al Código civil.

de Chile, Alemania, Suiza y Venezuela, que solo se refieren a bienes privativos de los cónyuges. En los Códigos de Francia, Holanda, Portugal, Guatemala y Méjico, y aun en el de Italia, no se encuentra ningún precepto que establezca la dote como obligatoria (49).

Pues bien, sin embargo en nuestro derecho foral, hoy subsistente, la dote es obligatoria; y sin embargo la cuantía de la misma SE ENCUENTRA SIN DETERMINAR NORMATIVAMENTE, anegando en un mar de dudas a los más certeros espíritus críticos.

La dote es una **liberalidad forzosa**. Son términos paradójicos. pero que responden a una innegable realidad. Y claro está, tales figuras del derecho, deben hallarse enmarcadas dentro de un límite, que prescriptivamente debe ser fijado.

Por ejemplo, las arras estudiamos en otra ocasión fueron determinadas en su cuantía a través de todo el derecho histórico castellano y aun foral (50).

Sin embargo en nuestro derecho la dote no se limita,, ni se indica la cuantía de la misma. Unicamente la ley 3, del título 11, del Libro tercero de la Novísima Recopilación de Navarra, que antes trascribimos habla del siguiente modo: «Suplicamos a V. M. mande y ordene por ley que, a falta de bienes libres de los vínculos o mayoríos perpetuo, sean dotadas las hijas y nietas y descendientes legítimas de la persona que lo fundó in infinitum COMPETENTEMENTE... «Vago es el término y desde luego sujeto a una multitud de apreciaciones subjetivas, variables en cada persona, en cada caso y a cada momento.

Nuestro clásico autor, a quien tenemos que conceder la palabra en cada cuestión foral (no obstante haber hablado hace más de un siglo), fórmula su opinión en los siguientes términos: «pero esta dotación debe ser proporcionada a la fortuna del padre, y al número de hijos que éste tenga. Y cuando la hija de cuya dote se trate, tenga bienes que el padre administre, podrá éste prometer la dote de su hija, o bien expresando que io hace de los bienes de ésta, en cuyo caso solo estará obligado a la

(49) JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO. «Comentarios al Código civil español». Tomo IX. Página 266. Madrid. 1930.

(50) FRANCISCO SALINAS QUIJADA. «Las arras en el derecho foral navarro. Página 53.

cantidad en que el importe de la dote exceda al valor de los bienes de la hija; o constituir la dote expresando o sin expresar, que lo hace de sus bienes propios, y en este caso deberá pagarla de éstos y entregar además los correspondientes a la hija; caso de que tuviere bienes para hacerlo cómodamente de éstos; pero si careciere de ellos o no pudiese pagar, se entenderá haber dotado con los bienes de la hija. La razón es, porque siendo un deber del padre dotar de sus bienes propios a sus hijas, en la duda de si lo hará de aquéllos o de los de ésta; presume el derecho, que trata de cumplir aquel deber, y que por lo tanto se entiende hacerlo de sus propios bienes. Las circunstancias de insolubilidad hacen cesar esta presunción, que con tal estado no sería conciliable» (51).

El autor navarro emite su juicio fundamentándolo en la ley última «De dotis promissione», que puede leerse en cualquier texto de derecho romano, contentándonos por nuestra parte, para no hacernos excesivamente largos, en indicar la referencia en donde se puede encontrar, por si a alguien puede interesarle. (52)

Siendo pues indeterminada la dote obligatoria en Navarra, según las leyes forales, es incuestionable pudieran surgir algunas discrepancias en cuanto a su fijación. Los Tribunales de justicia serían los encargados de solventarlas en la actualidad, ya que aun en la misma ley tercera, del título segundo, del Libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra se previene «con que las dotes se constituyan a juicio y conocimiento de los del nuestro Consejo».

En cuanto al procedimiento queda determinado por el artículo 1.341 del Código civil común, que prohíbe toda pesquisa en la fortuna de los padres, haciendo los Tribunales la determinación en acto de jurisdicción voluntaria, sin más declaración que la de los mismos padres dotantes y la de los dos parientes más próximos de la hija, varones y mayores de edad, uno de línea paterna y otro de la materna, residentes dentro de la misma localidad y dentro del Partido judicial; resolviendo los Tribuna-

(51) ALONSO. Obra citada. Página 141 del primer tomo.

(52); ALEJANDRO BACARDI. «Cuerpo del derecho civil». Tomo II. Página 233. Codex. Libro V, Título XI, Ley VII y última. «De dotis promissione et nuda pollicitatione». «El Emperador Augusto a Juan, Prefecto del Pretorio». Dada en las calendas de Noviembre, en el Consulado de Lampadio y de Oreste. Año 530.

les a su prudente arbitrio a falta de parientes, con las solas declaraciones de los padres.

No queremos entrar a comentar un precepto, que por muy supletorio que sea, no procede de nuestro derecho indígena. Sin embargo, nos permitiremos indicar que se trata de una disposición procesal más que sustantiva. Promulgada la ley de enjuiciamiento civil ocho años antes que el Código, éste tuvo que suplir las lagunas de aquella, en muchos casos. Ha habido competente jurista que señaló más de treinta preceptos del Código civil, que tienen un carácter procesal (53). Entre los mismos incluiremos el 1.341 que explaya un procedimiento de jurisdicción voluntaria, eminentemente formalista.

En lo que respecta a nuestros Proyectos de Apéndice, sobre la cuantía de la dote no se hallan conformes por entero, en cuanto al procedimiento a seguir, para el caso de que por la donataria se estimara ser insuficiente; si bien todo están conformes en prescribir, que al padre o la madre corresponde determinar la referida cuantía (54).

Acabamos de decir que no hay un criterio unánime en cuanto al procedimiento a seguir cuando la dote se impugne por considerarla desproporcionada, por su ínfima cuantía, con relación a la realidad patrimonial paterna.

Morales (55) y la Comisión (56) dicen, que: «Las hijas podrán reclamar contra el señalamiento de la dote, cuando la cantidad fijada fuera notoriamente desproporcionada con la fortuna de los padres, o con los bienes donados por éstos en las donaciones universales propter nupcias, sirviendo para hacer la computación el estado de fortuna o bienes existentes al tiempo de hacerse el señalamiento. La reclamación se hará ante el Consejo de familia, y de su resolución podrá entablarse recurso de

(53) LEONARDO PRIETO CASTRO. En las explicaciones de su Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza, señala entre otros como preceptos procesales en el Código civil: 43, 59, 60, 65, 67, 68, 74, 80, 98, 102, 103, 141, 151, 165, 212, 218, 219, 221, 223, 240, 241, 249, 269; n.º 12 y 13; 317, 850, 861, 1.083, **1.214**, 1.253, 1.482, 1.816, 1.819 y 1.961.

(54) Morales: Artículo 1.279.  
Comisión: Artículo 1.333.  
Apéndice Notarial: Artículo 113.  
Apéndice Aizpún-Arbizu: 128.  
Apéndice 1944: Artículo **124**.

(55) Artículos 1.280 y 1.281.

(56) Artículos 1.334.

alzada ante el Juzgado de Primera Instancia, que sin más trámites que los necesarios para hacer constar el caudal de donde ha de salir la dote y obligaciones a que está afecto, decidirá en una comparecencia a la que serán citados los interesados, lo que estimara justo, sin ulterior recurso».

El Apéndice del Colegio Notarial (57) dice que: «si la cantidad fuera notoriamente exigüa y desproporcionada a la fortuna de los padres o a los bienes que estos donaron en las donaciones universales por causa de matrimonio, podrán las hijas reclamar contra el señalamiento de la dote. Las reclamaciones se resolverán por dos parientes nombrados uno por cada parte, y tercero en discordia que designarán aquéllos, decidiendo previos los trámites que consideren necesarios, lo que fuere justo, sin que se de recurso alguno contra su decisión».

El proyecto de los Sres. Aizpún y Arvizu al silenciar en su artículo 129, el procedimiento a seguir, implícitamente parece opta por el Código civil, supletorio en este caso del forai, por doble motivo; por cubrir defecto de carácter sustantivo, y además por tratarse de norma procesal, general en toda la nación.

Y últimamente el del pasado año de 1944, dictamina: «Que el padre o en su defecto la madre, fijará la dote, sin que contra los señalamientos que hicieren quepa reclamación alguna» (58).

Y únicamente haremos la advertencia antes de terminar el tema, que como es lógico, la cuantía de la dote se ve restringida en los casos de ulteriores nupcias a lo dado a las hijas del primer matrimonio, y si se diere más cantidad, siempre tendrá la obligación de dar a las hijas de dicho primer matrimonio, como suplemento de dote, el exceso, y de asegurar cada uno de los hijos de la primera consorte igual porción de bienes» (59).

Así lo exigió imperantemente la ley 48 de las Cortes de Navarra de los años 1765 y 1766 (60).

(57) Artículo 114.

(58) Artículo 124.

(59) Morales: Artículo 1.283.

Comisión: Artículo 1.283.

Comisión: Artículo 1.335.

Apéndice Notarial: Artículo 115.

Apéndice Sres Aizpún-Arbizu: Artículo 130.

Último Proyecto: Artículo 126.

(60) Cuaderno de las Leyes y Agravios... Tomo 1.º **Página 55** de los años 1765 y 1766. Tomo 1.º Página 1.896.

Con ello terminamos el estudio de la cuantía de la dote como elemento real.

Pero nos queda, para completar el epígrafe otro aspecto de la cuestión, a saber: ¿Y de qué bienes se constituye la dote que se otorgue?

En defecto de precepto foral alguno que disponga sobre la interrogante señalada, habrá de estarse a lo que prescriban sobre el particular los derechos supletorios.

Pero tómesese lo dicho con un criterio templado y prudente, que evite posible malas interpretaciones. Es incuestionable, y así se ha declarado doctrinal y jurisprudencialmente, que la supletoriedad de los derechos aplicables ha de ser condicionada al espíritu del derecho principal; es decir, que cuando existan algunas lagunas en la legislación patria, y menester fuera buscar en las subsidiarias algún precepto que las cubran y complementen, ha de tenerse sumo cuidado de que la tal disposición legal, no disuene ni contradiga el espíritu general que informa lo indígena. Es de sentido común.

«Síguese de lo expuesto que aun no habiendo ley aplicable en el derecho foral a un caso concreto, no podrá resolverse por las normas del Derecho supletorio, cuando éstas sean opuestas a la organización de las instituciones de aquél; porque entonces no sería supletorio, sino derogatorio y reformador del Derecho foral. Conviene tener muy presente esta doctrina, absolutamente lógica, porque su olvido produce con frecuencia una errónea aplicación del Derecho, y como es natural, la falsa solución de los conflictos jurídicos, con las perturbaciones consiguientes» (61).

Pues bien, la Dirección General de los Registros, en Resolución de 19 de Enero de 1893 sentó la doctrina de que tratándose de bienes gananciales, en defecto de disposiciones de derecho foral, hay que acudir al Código Civil, por ser dicho régimen matrimonial desconocido en aquel derecho (62).

Ahora bien, sentado tan importantísimo precedente proclamado por la doctrina y jurisprudencia, tenemos que en la

(61) FERNANDO ARBIZU Y AGUADO. «El derecho civil de Navarra y la donación de bienes». Página 19 y 20. Pamplona, 1929.

(62) VICTORIANO LACARRA Y MENDILUCE. «Instituciones de derecho civil navarro». Tomo 1.º Páginas 553 y 554. Pamplona. 1917.

constitución de la dote, no podemos seguir el criterio rigurosamente estricto de la supletoriedad de los derechos, porque de tal forma, llegaríamos a encontrar soluciones completamente contrarias al espíritu indígena.

En efecto, como institución típicamente foral existen las conquistas o gananciales, recogidos en el Capítulo III, del título II, del Libro IV, y en los capítulos XXII y XXIII del mismo título y libro del Fuero General (63); así como en el capítulo XIV, del título XII, del Libro III de idéntico cuerpo legal (64).

Precisamente, son las conquistas algo peculiar del derecho foral navarro, en ello influenciado por el derecho germánico: Y tal régimen de bienes era desconocido en absoluto por el derecho romano; y no solamente desconocido sino contrario al derecho romano, que junto con el derecho árabe, durante los tiempos de la reconquista fueron los dos enemigos mayores de su desarrollo y difusión. El derecho romano que daba la lucha en el baluarte de las Partidas; y el derecho musulmán plasmado en las costumbres holgazanas o cordobesas, que fueron abolidas en 1801 por Carlos IV.

Tenemos frente a frente, una institución peculiar de nuestro derecho foral con un derecho supletorio romano, que en este caso realmente **NO PUEDE SER MAS CONTRADICTORIO**. Como perfectamente fué decretado por la Resolución de los Registros, el derecho romano debe descartarse en esta cuestión, como norma aplicable.

Y tenemos que buscar en el Código Civil la solución de la constitución dotal, porque tal problema deriva de los gananciales, de donde se nutre en primerísimo lugar, siguiendo tal criterio legal.

No es el patrimonio del padre, el que debe concurrir a la dotación, según lo dispone la ley 7, del título II del Libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra.

Tampoco en defecto del padre, será la madre quien dote de su propio peculio, a tenor de la Ley de 14 del mismo título y libro.

(63) PABLO ILARREGUI Y SEGUNDO LAPUERTA. «Fuero General de Navarra». Páginas 89, y 23-24 respectivamente. Pamplona. 1889.

(64) *Ibidem* anterior. Página 61.

DE DONDE PRIMORDIALMENTE SE DEDUCIRA QUE LA DOTE QUE SE OTORGUE SERA DE LOS BIENES GANANCIALES, porque así lo dispone el Código Civil, APLICABLE EN ESTE CASO EN NAVARRA CON PRIORIDAD AL ROMANO, en su artículo 1.343, que dice: «Cuando el marido solo, o ambos cónyuges juntamente constituyeren dote a sus hijas, SE PAGARA CON LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: si no les hubiere, se pagará por mitad, o en la proporción en que los padres se hubieran obligado respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge. Cuando lo mujer dotare por sí sola, deberá imputarse lo que diere o prometiére a sus bienes-propios».

Entendemos la supletoriedad del precepto civil citado de distinta forma que el Sr. Arvizu, cuyo criterio respetamos, aunque no seguimos (65).

Dicho autor, entiende que la dote debe salir en primer lugar de los gananciales, y en defecto de éstos, del peculio propio del padre, y en su lugar de la madre.

Delimitada la competencia en la norma aplicable, por las prolijas razones que acabamos de enumerar, es inconcuso que no puede desmembrarse un precepto, que hasta gramaticalmente se halla unido bajo una misma síntesis solo separada por punto y coma. No es posible a nuestro modo de entender, admitir el 1343 hasta donde la sociedad de gananciales acaba. Sino que en defecto de la misma, hay que seguir hasta su término la ordenación legal; y admitir que ante la carencia de gananciales deberán concurrir a la carea EL PADRE Y LA MADRE EN IDENTICA PROPORCION, a no ser que cada uno quisiera obligarse en más, de forma voluntaria y espontánea. Pero dentro de los términos estrictamente obligatorios, no puede sacarse la cuestión de quicio: Sino que la carga se promediará, y no será el marido el que de su propio capital tenga que llevar a efecto, una prescripción que la ley común no se la imputa.

La presunción, puesto que realmente es una verdadera presunción la que se sienta en el último párrafo del consabido artículo 1.343, de que cuando la mujer dota se imputará a sus bienes propios, tiene una excepción; la incapacidad, ausencia o in-

(65) ARBIZU. «Las donaciones intervivos...». Página 253.

terdicción del marido, en cuyo caso aunque la mujer dote, no se imputará a su capital propio, sino a los gananciales. No lo dice claramente la ley civil común, pero así es de entenderse.

Por ello, y en definitiva, según nuestro humilde parecer y respetando otros de mayor autoridad, nos atreveremos a afirmar que la dote en Navarra, se constituirá:

1.º: De los bienes gananciales (Artículo 1.343 Código civil).

2.º: Cuando no existan estos bienes, por mitad del capital del marido y de la mujer, en el régimen obligatorio; aunque voluntariamente puedan excederse de tal proporción (Artículo 1.343 citado).

3.º: Si no tienen bienes gananciales, y también carece de bienes propios alguno de los dos cónyuges, la constituirá el cónyuge que lo tenga; en cuyo caso si lo hace el marido, la constitución será la normal romana (ley 7, título II, Libro 5.º del Codex); y si lo hace la mujer será la extraordinaria romana (ley 14 del mismo título y libro del Codex).

4.º: Si no hay bienes gananciales, ni propios de ninguno de los dos cónyuges, estos se encuentran relevados de toda dote; (ley 28 de las Cortes de Tudela de 1583; 3.º, del título 9.º del Libro 3.º de la Novísima Recopilación).

Hablamos de la cuantía de la dote como institución obligatoria; como otorgada por los padres a quienes únicamente es imputable tal obligación. Sería prolijo hablar de cuantía de la dote otorgada por los extraños, que realmente nada habla de la misma nuestro derecho, ni siquiera el romano.

En este último, hay algún precepto que viene a decir que si se promete dote, pero no de forma especial, sino que solamente se ha consignado en el instrumento nupcial que ha prometido aportar la dote la que casaba, no hay acción alguna (66). Otra disposición (67) culpa al marido que no reconviniera al extraño que prometió la dote y no la dió; señalando no obstante una acción para la reclamación de la dote prometida a quien así la formalizara, no siendo obstáculo no fijar cantidad que sería determinada competentemente por los Tribunales (68).

Y por último para terminar con este tema de los elementos

(66) Ley 1, título 11, Libro 5 del Código.

(67) Ley 33, título 3.º, libro 23 del Digesto.

(68) Ley 3, título 11, libro 5.º del Código.

reales de la dote, nos parece prudente, la indicación de que «todo lo que es susceptible de formar parte de nuestro patrimonio puede ser dado en dote. La dote puede, pues comprender cosas corporales, esto es, derechos de propiedad y cosas incorporeales, es decir, *iura in re*, o derechos de obligación. Así se puede constituir en dote, un derecho de usufructo u otra servidumbre cualquiera, una enfiteusis o una superficie, un derecho de prenda o de hipoteca, se puede dar igualmente al marido un derecho de obligación, es decir obligarse respecto de él, o transferirle un crédito ya existente por medio de la cesión o de la delegación. También se le puede librar de una deuda que le incumbe o de una carga que restringe un derecho que le pertenece, por ejemplo, renunciando a un usufructo que grava su propiedad. Por fin nada se opone a que la dote tenga por objeto todo el patrimonio del constituyente. Es también probable que en los primeros tiempos las mujeres acostumbrasen aportar todos sus bienes, no reservándose en propiedad más que algunos de ellos en casos excepcionales» (69).

Ha habido autor (70), que señala como bienes susceptibles de ser dotados, hasta los bienes futuros; aunque si no se expresan, se entiendan excluidos estos, porque no son de la mujer al constituir la dote.

También se halla permitida en nuestro derecho expresamente la forma censal de dotación, con arreglo a la Ley 18, título 4.º, libro 3.º que no copiamos en honor a la brevedad.

Terminamos con ello el elemento real de la dote. Mucho nos entretuvimos en el mismo, pero fué con todo intento. Es menester tener presente, que la dote como tal, es considerada en el doble sentido que determinamos al iniciar este tema; o sea, como donación y como institución familiar. Pero también dote se ha venido llamando con más o, menos exactitud al **patrimonio donado** al elemento real de la donación. Y claro está, cuando dicho elemento real incluso viene a identificarse nominativamente con su término absoluto, bien se comprende la materia era propicia a un comentario más extenso, aunque hayamos procurado reducirlo en todo lo posible; e incluso hayamos dejado, de plantear

(69) MAYNZ. Obra y tomos citados. Página 23.

(70) ANTONIO M. BORREL Y SOLER. «Derecho civil vigente en Cataluña». Tomo IV. Página 200. Barcelona.

problemas más o menos interesantes, que si bien no son despreciables, sin embargo no encajan del todo dentro de nuestra fisonomía foral, a la que nos ceñimos siempre, con el mejor y más escrupuloso deseo.

EL ELEMENTO FORMAL DE LA DOTE.—Ya dijimos al comentar exegéticamente la definición de Alonso en páginas anteriores que la dote podía darse u ofrecerse. Su constitución podrá por tanto revestir en primer término, cualquiera de las dos formas de promesa o de donación.

La dote entregada, se llamaba en el derecho romano **dos aut datur**, haciéndose por los medios ordinarios de transmisión de las cosas corporales, **los iura** in re; por cesión o delegación, si se trataba de un crédito, y por cualquier modo de renuncia, cuando se trataba de liberar al marido de una deuda o de un derecho restrictivo.

En cuanto a la dote prometida, este ofrecimiento podía hacerse de dos formas: de un modo solemne precedido de una demanda al estilo exigido por la estipulatio, en cuyo caso se denominaba **dos promissio**; o se constituía la dote de forma menos solemne, sin la estipulatio previa, denominándose **dotis dictio**; desapareciendo este último modo de constitución, una vez que Teodosio II, concedió fuerza de obligar a la promesa de dote, hecha por simple pacto.

En la actualidad, sobre la forma de constituir la dote nada dice especialmente nuestro derecho foral. Existen sí unas disposiciones que hacen referencia a los contratos matrimoniales, pero a la dote de forma expresa, no.

Sin embargo tenemos que hacer una aclaración previa, sobre cierta ley de nuestro derecho, la 1.<sup>a</sup> del título 4.<sup>o</sup>, del Libro 3.<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación, que literalmente dice así: «Por no explicarse en los contratos matrimoniales, en particular los bienes que se donan, y no hacerse rolde de ellos; y por no hacer inventario de bienes cuando alguno muere, suelen suceder muy grandes daños, e inconvenientes, y pleitos, no pudiéndose probar los bienes donados, y los que dejan los difuntos al fin de sus días, muchas veces acaece gastar, y consumir más de lo que aquéllos valen. Y los pleitos, y procesos de esta calidad son los que más embarazan el despacho de los negocios. Por ende, suplicamos a V. M. para remedio de esto mande por ley perpetua,

que en todos los contratos matrimoniales los escribamos que los testificaren, so alguna pena sean tenidos, y obligados a especificar en particular por rolde, y afrontaciones todos los bienes que se donan. Y que cuando alguno muriere, el marido, o la mujer, que sobreviva dentro de treinta días haya de comenzar a hacer, y dentro de otros treinta acabar de hacer inventario de todos los bienes del marido, o la mujer predifunto. Y en caso de que no lo hiciere, pierda el usufructo, que en ellos había de tener conforme al fuero, o disposición de tal difunto, o difunta o contrahentes, y no haga suyos los frutos. Y si alguna cosa ocultare, sea tenido a restituirla con otro tanto más de sus propios, a quien pertenezca la tal cosa, acabado el usufructo. Decreto. Ordenamos y mandamos, que se haga como el Reino lo pide, y la pena del Escribano sea suspensión de tal oficio por tiempo de dos años. (Ley 4, tit. 14, Lib. 3, de la Novísima Recopilación)».

Realmente interesante es el juicio de Alonso, sobre el particular: Dice así: «Por lo que toca a la primera disposición de esta ley, debe suponerse que siguiendo el orden y práctica corriente y también la utilidad de los consortes, que llevan bienes o esperan dotes o donaciones para casarse, da la ley como cosa sentada, se ha de otorgar la escritura conocida bajo el nombre de contratos matrimoniales. Efectivamente en este contrato se consignan y expresan las dotes de las mujeres, las arras que se les ofrecen, las donaciones que se hacen en favor del matrimonio, y todo cuanto constituye el capital hasta entonces correspondiente al marido. Cuan conveniente sea otorgar este documento lo conocerá desde luego cualquiera, si se trata de matrimonio de personas que tengan o a quienes se prometan bienes para aquel. Los que ningunos tengan ni esperen con este motivo, serán los únicos para quienes de ninguna utilidad o interés sea aquel instrumento. Si los primeros no lo otorgan ¿en donde constarán las dotes, cómo probarán legalmente, y harán valer sus privilegios en ninguno de los muchos casos que en el progreso del matrimonio pueden ocurrir? ¿En dónde constarán las donaciones que se les hicieren, ni los pactos, llamamientos o condiciones que se pusieren? ¿Cómo probar ni acreditar efectivamente las ofertas y cantidad de las arras? ¿Cómo el importe del capital puesto por el marido en la sociedad conyugal, para que no se confunda todo en la categoría de bienes gananciales o con-

quistas? Es pues del mayor interés el otorgamiento de contratos matrimoniales, con los que se preservan los derechos y se evitan los perjuicios de ios contrayentes» (71).

En los contratos matrimoniales que deben prescriptivamente hacerse en escritura pública en Navarra, necesariamente se han de hacer constar las aotes si las hay. Por ello, aunque no de forma expresa así se diga en nuestro derecho histórico, fácilmente se sobreentiende es así.

Algo más explícito es nuestro derecho supletorio, tanto el romano como la legislación común, sobre el particular.

Sobre el primero, ya dijimos bastante con anterioridad: de las tres formas de constitución, vinieron a reducirse a dos: la dada y la prometida, al relevar Teodosio II a la dote de toda forma peculiar, dando plena validez a la simple promesa aceptada.

Con ello se suprimió esa figura de la dotis dictio, cuya presencia llegó a ser prolija en las páginas del derecho.

El Código civil, recoge la cuestión que examinamos en el artículo 1.344, que prescribe: «La dote confesada por el marido, cuya entrega no constare o constare solo por documento privado, no surtirá más efecto, que el de las obligaciones personales».

Precepto que lo transcribe de forma literal el artículo 170 de la Ley hipotecaria. Cómo fácilmente se comprende de su lectura; la dote para perjudicar a tercero es preciso conste en escritura pública, circunstancia que también viene a exigirlo de tal forma el número 8.º del artículo 1.280 del mismo Código, al decir que deberán constar en documento público: «Las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas».

De este precepto vienen a derivarse algunas consecuencias, como por ejemplo: A) que, si la dote se hiciera en documento privado, podrían los otorgantes a compelerse recíprocamente a formalizarlo en escritura pública; desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez (72).

B) Que aunque se hubiera hecho en documento privado, si concurrieron las condiciones necesarias para su validez, la falta

(71) ALONSO. Obra y tomo citados. Página 153.

(72) Artículo 1.279 del Código civil.

de escritura pública, no es óbice alguno para su eficacia (73); es decir que ésta depende de su validez y no de las formas extrínsecas requeridas por la ley para otros efectos (74).

C) Si la dote fuera constituida en las capitulaciones matrimoniales, habrá de constar necesariamente en escritura pública antes de contraer el matrimonio (75) y siendo nulas las contenidas en documento privado y todos los contratos celebrados en ellas (76).

D) Si la dote aportada al matrimonio no es inmueble y la cantidad no sobrepasa de 2.500 pesetas, y el pueblo de su residencia no hubiese Notario, las capitulaciones podrían otorgarse ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, con la declaración bajo su responsabilidad, de constarles la entrega de la dote en cuestión (77).

E) Si el marido es comerciante, en la hoja de inscripción del Registro mercantil se anotará la escritura dotal (78) no teniendo derecho de prelación la dote sobre los demás créditos contra el comerciante si no se hallare inscrita en el Registro mencionado (79) pudiendo pedir dicha inscripción tanto la mujer, como sus padres, hermanos o tío carnales, así como ios que ejerzan o hayan ejercido los cargos de tutores o curadores de la interesada o hayan constituido la dote (80).

Esta necesidad de la escritura pública, como forma de constitución de dote, es impuesta, según dijimos anteriormente por el derecho foral y el derecho supletorio. Pero antes de terminar con el tema, nos interesa hacer una advertencia.

Hemos citado simultáneamente una serie de preceptos legales, sacrificando su rigorismo de aplicación, en aras de un mejor sistema expositivo.

Sin embargo ninguno se contradice, sino que se complementan mutuamente.

(73) Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1907, 20 de Octubre de 1908 y 28 de Abril de 1934.

(74) Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1899, 11 de Mayo de 1903 y 21 de Diciembre de 1928.

(75) Artículo 1.321 del Código civil.

(76) Sentencia de 10 de Junio de 1912.

(77) Artículo 1.324 del Código civil.

(78) N.º 9 del artículo 21 del Código de Comercio.

(79) Artículo 27 del Código de Comercio.

(80) Artículo 28 del Código de Comercio.

Pero en cuanto al orden de prioridad, forzoso es manifestar, que en esta cuestión el derecho foral, cede el primer puesto en favor de la Ley Hipotecaria y del Código de Comercio, guardando un tercer puesto, antes del derecho romano y del Código civil.

En efecto, no nos puede ser desconocida la tabla que rige en nuestra legislación en orden a la aplicación jurídica de los distintos ordenamientos.

La Ley Hipotecaria, como es sabido, tiene un carácter de general aplicación en cuanto a su órbita a nuestro derecho patrio.

El Código de Comercio también es ley general de la nación, siendo su materia regulable con prioridad a las legislaciones forales.

El artículo 170 de la Ley inmobiliaria, (recogedor total de lo prescrito en el artículo 1.344 del Código civil) y los artículos 21, 27 y 28 del Código de Comercio gozan de una prioridad al foral, que aunque dijera sobre la materia, siempre su contenido se hallaría subordinado a la primera ley aplicable; cuánto más en este caso en que la ley foral nada dice; y no solamente silencia sino que su parecer indiciario conforma con el derecho general y con el derecho supletorio, que magníficamente forman un todo único sin estridencia que desentone; todo lo contrario, de modo unánime viene a proclamarse la formalización pública de la dote, siquiera para perjudicar a tercero, castigándose su falta de publicidad no tan sólo con el ambito enano de las obligaciones personales, sino incluso postergando el crédito contra el marido, que ocuparía en tal caso el último lugar, después de todos los acreedores.

Esto en lo que respecta a la legislación específica sobre la materia, ya que como atinadamente expone Morales, y el Proyecto de la Comisión «tanto la dote constituida antes del matrimonio o al tiempo de celebrarse, como la constituida con posterioridad en contemplación al matrimonio celebrado, se regirán por las reglas generales de las donaciones matrimoniales» (81).

**TIEMPO DE SU OTORGAMIENTO:** Sobre este particular bastante dijimos al tratar de definir la dote. Señalábamos su carácter de donación por razón de matrimonio, y por tanto, en principio debía realizarse antes de la celebración del mismo.

(81) Artículos 1.277 y 1.331, respectivamente.

Sin embargo, también admitíamos la posibilidad de constituirse durante el matrimonio, cuando dichos bienes fueran adjudicados a la mujer por un título gratuito de adquisición, en concepto de dote, es decir, por donación, herencia o legado; exceptuando únicamente la posibilidad de que durante el matrimonio la constituyera el marido, por hallarse prohibidas las donaciones entre esposos.

No obstante, tenemos el gusto de señalar la excepción que sobre este particular advierte don Fernando Arvizu y Aguado, transcribiendo las leyes 19 y 20, del título 3.º del Libro 5.º del Código, cuando la esposa hubiera aportado dote y no hubiera hecho el marido donación antenupcial: «Ordenamos que respecto a los matrimonios celebrados sin donación antenupcial, y en que tan solamente la mujer aportó una dote a su marido, que le sea permitido a éste, cuando la mujer aumenta su dote, hacer una donación ante-nupcial, a su esposa, del mismo valor que el aumento de dote. Por lo tanto establecemos sea libre cualquiera de hacer donaciones a las mujeres en compensación de las dotes, tanto antes como después del matrimonio, de modo que se las considere, no ya como simple donaciones, sino como hechas a causa del dote y a causa del matrimonio» (82).

En resumen, excepto el marido que solamente puede establecer dote antes del matrimonio, cualquiera otra persona puede establecerla en todo momento, aunque siempre por su carácter de donación por razón de matrimonio sea otorgada antes de su celebración.

## EPILOGO

Si pretendiera, siguiendo la costumbre observada en todos mis trabajos, decir algo sobre lo que escrito quedó, esta vez imploraría la benevolencia del crítico jurista, para rogarle no diera a ello más importancia, que unas notas para el estudio de la dote.

Tuvimos que prescindir en nuestro trabajo, por razón editorial de la reversión y restitución de la dote, que tan estupendos aspectos presenta a la investigación y estudio exegetico.

(82) ARBIZU. «Las donaciones...». Página 269.

Y aun con todo, pretender agotar un tema como el actual que reza con multitud de problemas diseminados por el vasto campo del negocio jurídico, sería absurdo de todo punto. Esfuerzo tan disparatado y estéril como el del pez que quisiera escapar de las aguas del mar. Nuestras aspiraciones son mucho menores.

Nos quedamos enanos ante la perspectiva que la dote ofrece a la investigación. Y cedemos el campo para quien pueda dedicarse a un estudio tan profundo como agotador.

No se trata ahora de sacrificar tesis prácticas en aras de un recuerdo histórico, como en otra ocasión apuntaba (88). Se trata en el actual tema, de conciliar lo teórico con lo práctico, puesto que en ambos campos juega la dote, hoy en día.

Y como palanca sencilla que levante todo el decurso de esa completa e ingente tarea, ofrezco estos deshilacliados retazos histórico-jurídicos: haciendo votos, para que en modo alguno, sean la piedra del camino, que haga saltar el carro de la investigación.

¡Ojalá fueran por el contrario puntos de apoyo, de donde tomar, rutas para otros estudios indígenas, en sus relaciones con el histórico castellano, y foral de España, y aun extranjero!

Mientras tanto podrán quedar estas notas archivadas, con carácter monográfico.

De la mano de las arras, bajo la sombra tutelar del matrimonio, y como una fuente más del derecho navarro.

Así procuré dar una complexión orgánica, a lo que en el momento solo constituía una parte individual y autónoma del **todo** jurídico.

De la misma manera que si fueran modestos haces, en disposición de ser cosechados.

**Francisco SALINAS QUIJADA**

(83) FRANCISCO SALINAS QUIJADA. «Los Monasterios y las sustituciones fideicomisarias en Navarra». Trabajo publicado en la Revista Príncipe de Viana de 12 de Junio de 1941. Número 111. Año 11.