

Las Donaciones de Carácter Matrimonial en el Derecho Romano

FRANCISCO FERNÁNDEZ CUETO JR.

Profesor de Seminario de Derecho Civil (Contratos) y Profesor Suplente de la Cátedra de Contratos, Universidad Iberoamericana; Notario del Distrito Federal.

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Naturaleza Jurídica*: a) Derecho Preclásico, b) La *Lex Cincia*; c) Epoca Post-Clásica. III. *Las Donaciones entre Cónyuges*: a) Epoca de Libertad; b) Epoca de Prohibición; c) Regímenes Posteriores a la Prohibición. IV. *Las Donaciones ante Nuptias*.

I. INTRODUCCION.

1. LA donación entre cónyuges ocupa desde el derecho clásico un lugar especial dentro de la figura de la donación en sentido general, un lugar que ha conservado en todos los códigos neoromanistas y que obedece a una necesidad de la vida real. Si se trata de una prohibición basada también en necesidades reales, en el sistema del derecho anglosajón debería encontrarse como fundamento de la misma alguna razón semejante; sin embargo, una circunstancia especial nos impide investigar sobre este posible paralelismo: el matrimonio tradicional del *common law* hace del marido y de la mujer, para todos los efectos jurídicos, “una sola persona ante la ley; esto es, la misma existencia legal de la mujer se suspende durante el matrimonio, o al menos se incorpora o se consolida en la del marido”,¹ algo que recuerda la *femme couverte* del derecho consuetudinario de carácter germánico de algunas regiones de la Francia, anterior a Napoleón. Empero, existiendo en el derecho anglosajón variantes regionales que indican que su sistema no es el de un bloque monolítico, el antiguo refrán *lest they be kissed or cursed*

¹ Ehrlich, J. W. *Ehrlich's Blackstone*. Capricorn Books. New York, U.S.A., 1959, Tomo I, pág. 83.

out of their money,² nos señala que existen excepciones y que en el caso de que la mujer conservara cierta personalidad se aplicaba el principio romano de la prohibición de las donaciones, para evitar que mediante besos o malas palabras pudiese ella ser despojada de su patrimonio.

Antes de ocuparnos del estudio de la donación entre cónyuges, es menester ocuparnos rápidamente de la donación en general.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA DONACION.

2. Se ha llegado a dudar del lugar que le corresponde a la donación dentro de los sistemas jurídicos. El legislador mexicano de 1928 la considera como un contrato, siguiendo a sus predecesores de 1870 y de 1884. También el Código Civil Francés de 1804, a pesar de colocarla dentro de los modos de adquisición de la propiedad, en el fondo realmente la admite como un contrato y sobre el particular la doctrina francesa moderna es casi unánime —ha de subrayarse que también hay quien la explica en relación con el tema de la causa—.

En el derecho romano, la donación presentó tres matices distintos:

a) Derecho Preclásico.

3. En esta época la donación se manifestaba en un variado número de actos productores de efectos jurídicos de contenido patrimonial y no como un negocio típico creado y regulado por un régimen propio; el acto realizado por donación se vió sujeto al régimen que era propio al negocio en que ella se insertaba. La *causa donationis* no se tomaba en consideración. Era un acto que llevaba implícita la nota de liberalidad como fundamental (aunque no todo acto de liberalidad fue donación; el depósito y el comodato, que eran esencialmente gratuitos, nunca fueron considerados como formas de donación en el derecho romano). En una palabra, la donación se combinaba con negocios formales (una entrega o *datio*, una *mancipatio* por un centavo, una remisión de deuda, una promesa por *stipulatio*), y no tuvo una existencia negocial autónoma.

b) La *Lex Cincia*.

4. Fue hasta el año 204 a.C., que el derecho antiguo romano vio la necesidad de perfilar la *causa donationis*. La *Lex Cincia*, debida a la acción del Tribuno M. Cincius ALIMENTUS, quien propuso e hizo aprobar un plebis-

² Nicholas, Barry. *An Introduction to Roman Law*. Oxford, Clarendon Press, 1962, página. 90.

cito *de donis et muneribus*,³ se ocupó de pronto de las donaciones en forma especial y se fijó un límite (que se desconoce) por encima del cual la donación, o sea, el negocio formal combinado con el *animus donandi* como causa, no valdría, salvo ciertas excepciones señaladas por ella expresamente y las cuales conocemos a través de los *Fragmenta Vaticana*;⁴ en efecto el fragmento 302 menciona a esas *personae exceptae*, entre quienes están los cónyuges y los prometidos.

5. Bussi⁵ sostiene que esta ley, “como la precedente *Lex Publicia*, no trató de poner límites a las donaciones, sino de impedir que “los plebeyos fuesen obligados a contraprestaciones a favor de los patricios” a cambio de la ayuda que éstos solían prestarles. Esto no explica el porqué de la supervivencia de la ley, como tampoco lo hace el criterio de quienes sostienen que la ley se destinó a prohibir las donaciones que pasaran de ciertos límites. Más que haberse dirigido a prohibir hacer o recibir donaciones, parece que su objeto fué el de prohibir al donatario obligar al donante a cumplir con su donación.

Biondo Biondi dice que la ley trató de impedir “las imprudentes disipa-

³ En la fase posterior a la *Lex Hortensia* de 187 a.C., se designó a los plebiscitos con el nombre genérico de *leges* y sometió a su observancia no sólo a la plebe, sino también a los patricios. En lo sucesivo, se distinguió entre *Plebiscitos* y *Leges* por el hecho de que aquéllos llevaban un solo nombre —el del tribuno que había tomado la iniciativa— mientras que las *leges* llevaban los de ambos cónsules. Este es el caso de la *Lex Cincia*, lo cual nos indica inmediatamente que se trató de una propuesta del tribuno de la plebe, aprobada por los *concilia plebis*. Estos *plebiscitos* son el principal instrumento de la legislación durante los últimos siglos de la República, y se ocupan de todo, desde los asuntos más importantes hasta bagatelas. A primera vista, es curioso que decisiones de la plebe tengan efectos obligatorios fuera de ella: ni siquiera se necesitaba para su validez general de la autorización del Senado o de la aprobación de los aristócratas sacerdotes (*augures*). Generalmente parecen haber sido aceptados sin protesta por los patricios, y en los casos excepcionales de plebiscitos promulgados en contra de la voluntad del Senado, hubo remedios políticos para quitarles su eficacia (por ejemplo, traición de uno de los múltiples tribunos, que interpondría su “veto”: véase Siber, *Römisches Verfassungsrecht*. Lahr, 1952, pág. 234). Podemos decir, por lo tanto, que en la *Lex Cincia* se trataba de una medida grata a los ricos plebeyos y patricios (los pobres romanos, plebeyos o patricios, sólo en época de crisis social jugaban cierto papel político). Puede completarse esta proyección si nos referimos al nombre de la ley (*de donis et muneribus*), explicando que por *munus* se entendió en Roma el donativo impuesto por la costumbre en ciertos acontecimientos que se repetían con periodicidad, o bien, que estaban dirigidos a compensar algún servicio. El *donum* era una categoría más amplia que comprendía al *munus*.

⁴ Véanse estos fragmentos en la obra de Girard, *Textes de Droit Romain*. Imprenta de J. Thevenot, París, Francia, 1903. Págs. 482 a 542.

⁵ *Las Donaciones y su Desenvolvimiento Histórico* en el Libro *Cristianismo y Derecho Romano*. Milán, 1935. págs. 117 y sigs.

ciones, restableciendo las antiguas costumbres contrarias a la liberalidad, restaurando así la innata tacañería del pueblo romano".⁶

Es posible que más que propiciar la "innata tacañería" de los romanos, la *Lex Cincia* vino a proteger más ampliamente el celo que el pueblo romano guardaba para con la *domus*. En efecto, siendo el *paterfamilias* el monarca absoluto de la *domus* romana y el único dotado de la plena capacidad de goce y de ejercicio, todos los demás miembros de aquella dependían jurídica y económicamente de él, por lo que a nadie interesaba el hecho de que los bienes de una *domus* pudieran pasar por simple efecto de una donación a formar parte del patrimonio de otros *paterfamilias*. Esta razón la reforzamos con las excepciones y límites que estableció la ley.

6. ¿Cómo se explica esta *Lex*, y es verdad que se relaciona con una anterior *Lex Publicia*?

En la antigüedad republicana existía un fuerte sentido de cohesión doméstica teniéndose al *paterfamilias* como un rey doméstico mientras viviera. Sus "súbditos" eran: sus hijos hasta que él muriese, las esposas que casasen *cum manu* con él o con sus hijos (sistema común y corriente entonces), los libertos y otros clientes, esclavos y *addictos*.

Después de las grandes victorias sobre Cartago, Roma se convirtió en metrópolis cosmopolita, lo cual trajo consigo varias consecuencias, siendo las más importantes la desaparición de las tradiciones, la entrada del lujo, la desintegración de la *domus* (con las emancipaciones frecuentes de los hijos, la celebración del matrimonio *sine manu*, el divorcio, etc.) y como reacción, una tendencia favorable de la legislación y de la jurisprudencia hacia la *domus*, introduciendo la *portio legitima* y limitando las donaciones importantes que quisieran hacerse a personas ajenas a la *domus*. En la época de la *Lex Cincia* hubo varias medidas para combatir el lujo entre los romanos que seguramente sirvieron, simultáneamente, para frenar la ostentación que se manifestaba en cuantiosas donaciones hechas a personas ajenas al núcleo familiar.

Por su parte, la *Lex Publicia* se dirigió a proteger a los plebeyos y a limitar los regalos de "Navidad" (*Saturnalia*) hechos por los clientes a los patronos, con lo cual su objeto fue el de proteger precisamente a dichos clientes de la influencia de sus patronos.

Siendo así, encontramos que la finalidad de las dos *leges* fue diferente, puesto que la *Lex Cincia* tuvo por meta la protección de la *domus* y contuvo

⁶ *Sucesión Testamentaria y Donación*. Traducción de Manuel Fairén. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1960, pág. 650, núm. 3. El autor funda esta opinión en textos de Polibio (32, 12, 9), de Cicerón y en comentarios de Savigni.

disposiciones contrarias a la *Lex Publicia*, ya que favoreció las donaciones entre clientes y patronos en vez de limitarlas.

7. La *Lex Cincia* era una *lex imperfecta*, esto es, carente de sanción dentro del *ius civile*. Este tipo de leyes eran manifestaciones del buen civismo romano de la fase republicana; aunque no tuvieran sanción legal, debían cumplirse porque en ellas se daba un tipo de sanción moral que se patentizaba en una opinión pública desfavorable hacia el transgresor y una “nota de censura” del censor, que era temida. Pero si en un principio conforme a esta *Lex* no se anulaba el acto ni se penaba al transgresor, en el *ius honorarium* ella recibe sanciones, no en la forma agresiva de una *Actio Legis Cinciae*, sino en la defensiva de una *Exceptio o Replicatio*.⁷ Así, si la donación se había efectuado en forma de promesa, el pretor podía otorgar a favor del donante una *exceptio Legis Cinciae* en contra de las pretensiones del donatario y, si la donación consistía en la entrega sin *mancipatio* de una *res Mancipi*, el arrependido donante, ejerciendo su *actio reivindicatoria* y encontrándose con la *exceptio rei donatae et traditae* del donatario, disponía aún de una *replicatio Legis Cinciae* para obtener un triunfo procesal.

8. Si con la *Lex Cincia* la donación se perfiló como causa prohibida, posteriormente la jurisprudencia limitó su aplicación por la regla *Cincia morte removetur*⁸ y la donación, todavía no habiendo alcanzado el perfil de un negocio jurídico típico, empezó a adquirirlo cuando cayó en desuso⁹ dicha *Lex*, lográndolo definitivamente en la época post-clásica. En efecto, la *Lex Cincia* nunca fue derogada o abrogada; simplemente cayó en desuso —recuérdese la teoría clásica romana de que la costumbre contraria puede derogar leyes (D. I. 3.32.1.)

c) Época Post-Clásica.

9. Habiendo caído en desuso la *Lex Cincia*, en su lugar y como medida para restringir a la donación, encontramos en esta época la *insinuatio*, o sea la obligación de inscribir en el registro público las donaciones superiores primero, con CONSTANTINO¹⁰ de 300 *solidi* y luego, con JUSTINIANO de 500.

⁷ No debe suponerse que la ley carecía de efectos; el pretor la hacía cumplir dentro de sus límites, por la *exceptio* y la *replicatio*. Jolowicz, H. S. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge University Press, 1965. Pág. 85. Nota 1.

⁸ Véase Frag. Vat. núm. 259, de Papiniano.

⁹ Véase a Guillermo F. Margadant. *El Derecho Privado Romano*. Edit. Porrúa, México, 1960, pág. 417, núm. 615. Es posible que la legislación de Constantino, haya hecho la abrogación después, en 323. d.C.

¹⁰ Frag. Vat. 249, que sobrevive en forma modificada en el Codex Theodosianus 8.12.1, que a su vez fue parcialmente transmitido al Cod. Just. 8.53.25 y que parte de

Fue una restricción basada en motivos psicológicos, con la que se permitía al donante pensar más detenidamente en su donación y a sus acreedores enterarse de ese acto.¹¹

10. Con todo lo dicho hasta ahora, nos vemos en la obligación de definir clara y exactamente, lo que es una donación. Los romanos no eran afectos a definiciones y a teorías abstractas y por ello no nos ilustran claramente al respecto; sin embargo, del análisis de la casuística clásica que nos ofrece el *Corpus Iuris*, recibimos la impresión de que la donación clásica debía reunir requisitos: un *animus donandi*, un enriquecimiento del donante, un empobrecimiento del donatario y el consentimiento de este último. Podría preguntarse si no estamos duplicando requisitos si al lado del *enriquecimiento* de una de las partes señalamos el *empobrecimiento* de la otra; cabe notar que existen situaciones en las que hay enriquecimiento de A, *animus donandi* de B, pero ningún empobrecimiento de B, como cuando B —el marido— repudia una herencia en beneficio de su esposa, A, la heredera sustituta, por faltar uno de los elementos no hay entonces donación, de manera que esta forma de generosidad no queda bajo el impacto de la prohibición de donaciones entre cónyuges, que luego trataremos. También hay ocasiones en que se da un empobrecimiento de A, generosidad de A, pero ningún enriquecimiento de B, el favorecido, como cuando A renuncia por espíritu de liberalidad a una hipoteca sobre un predio de B, pero sin renunciar al crédito mismo; el valor comercial del crédito baja —hay empobrecimiento— pero B sigue debiendo la misma cantidad que antes —no hay enriquecimiento de su parte; por otro lado, B queda favorecido pues en caso de necesitar eventualmente un futuro préstamo, podrá ofrecer una hipoteca del rango de la garantía ahora extinguida.

Por último, no sólo para saber si una situación jurídica cabe bajo la *Lex Cincia*, la insinuación, la prohibición de donar entre cónyuges o la *Actio Pauliana*, es importante delimitar el campo concreto de la donación; también es necesario en vista de las facultades de revocación concedidas al donante en relación con su donación y que fueron, la ingratitud del donatario,¹² la

una nueva legislación de Constantino, inspirada en consideraciones fiscales, en la protección de acreedores y en el deseo de frenar donaciones impulsivas. Biondi ("Cristianismo y Derecho Romano". Tomo III, pág. 347 y sigs.) agrega que se fundó también en ideas cristianas.

¹¹ Recuérdese la *Actio Pauliana*. Véanse también C. 8.53.23. pr., y C. 8.53.63.3. ó Inst. 2.7.2.

¹² Justiniano, en 530 d.C., señaló como causas de ingratitud, las injurias graves, la agresión o cualquier género de atentado contra la vida del donante y el daño grave causado dolosamente a su patrimonio. Antes de esas causas, se dejaba al juez calificar

supervivencia de hijos al donante si éste era patrón y el donatario un libreto¹³ y el incumplimiento de las cargas impuestas al donatario.

III. LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES.

a) Epoca de Libertad.

11. Originalmente, las donaciones entre cónyuges gozaron de un régimen de libertad absoluta en el que la voluntad del donante no encontraba cortapisas de ninguna especie. Sólo se requería que el matrimonio se hubiese celebrado *sine manu* de manera que la mujer, conservara el poder sobre sus bienes propios.¹⁴

b). Epoca de Prohibición.

12. No sabemos en qué época fueron introducidas restricciones, pero sí parece seguro que fueron posteriores a la *Lex Cincia*, ya que ésta consideró a las donaciones entre cónyuges como expresamente exceptuadas de su campo de aplicación (Frag. Vat. 302).

13. La mayoría de los autores, dice THAYER,¹⁵ aceptan la sugestión de ALIBRANDI de que fue AUGUSTO quien introdujo la prohibición de estas donaciones, como parte de su *Lex Julia de Maritandis Ordinibus* de 18 d.C., al reglamentar de nuevo la materia matrimonial que tanta decadencia sufrió en sus días.¹⁶ Un detalle que parece reforzar esta hipótesis, es el de que Me-

el acto como base suficiente o no para revocar la donación por ingratitud. Esta acción era personalísima del donante y sólo podía dirigirse contra el donatario y no contra sus herederos. La acción por incumplimiento de las cargas podían ejercerla el donante o sus herederos y contra el donatario o sus herederos.

¹³ Biondi, op. cit., pág. 714, núm. 23, B; Petit, Eugène. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Trad. de José Fernández González. Editorial Calleja. Madrid, España, pág. 435. La acción correspondía en principio al donante y sólo por excepción a sus acreedores (si la donación se había hecho en perjuicio o en fraude de sus intereses) y a las personas a quienes se les aseguraba la *portio legitima* (cuando la donación les privaba de ella).

¹⁴ Margadant, Op. cit. pág. 135, núm. 74.

¹⁵ James B. Thayer, "Lex Aquilia. On Gifts Between Husband and Wife". Harvard University Press, Cambridge, 1929. Pág. 127 y sigs. En este sentido, también Bonfante ("Historia del Derecho Romano". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1944, Tomo I, pág. 412 y sigs.), Jörs-Kunkel ("Derecho Privado Romano". Trad. de Prieto Castro. Barcelona, España, 1937, Pág. 352) y Biondi (op. cit. pág. 665, núm. 12).

¹⁶ Es conocido que Augusto, mediante su legislación caducaria, quería castigar a los solteros y los que no tuvieran hijos, restringiendo su derecho de recibir herencias o

cenar, uno de los no muy numerosos amigos privados del Emperador, sufrió mucho de chantaje sentimental de su esposa quien, para no abandonarlo, le exigía cada vez más lujosas donaciones (D. 24.1.64).

Sin embargo hay fuertes argumentos contra dicha suposición. En primer lugar, ULPIANO (D.24.1.1) señala¹⁷ que esta prohibición fue *moribus receptum*, introducida por la costumbre, y no por la legislación imperial. Además, no es imposible que la excepción contenida en la *Lex Cincia* a favor de las donaciones entre cónyuges haya sido únicamente referida a tales donaciones que también en el derecho clásico estaban permitidas entre cónyuges, o sea, donaciones *ante nuptias* y donaciones *propter nuptias* (de manera que dicha excepción contenida en la *Lex Cincia* sólo quitaba el límite superior a tales donaciones, exceptuadas por la costumbre de la prohibición, también consuetudinaria, de las donaciones entre cónyuges).

Por otro lado, PETIT,¹⁸ POTHIER¹⁹ y PLANIOL²⁰ son de la opinión de que se trató de una norma de carácter consuetudinaria, de reacción contra el relajamiento de las costumbres y el abuso que se hizo del divorcio, por lo que las donaciones entre cónyuges se volvieron altamente inconvenientes. El matrimonio, convertido en especulación, permitió que un cónyuge sin escrúpulos se aprovechara de la debilidad del otro, para obtener riquezas y liberalidades a su costa.

14. ¿Cuál pudo haber sido la motivación de esa prohibición?

Ulpiano nos señala que sin esta prohibición existe el peligro de que los cónyuges “por mutuo amor se empobrezcan mediante excesivas donaciones” (D. 24.1.1.) Esta fórmula es, desde luego, incorrecta, pero uno comprende lo que ULPIANO trata de decir: la donación entre cónyuges abre la puerta para el chantaje sexual. El antiguo derecho inglés fórmula esta idea mediante el argumento de que deben prohibirse las donaciones entre esposos, “*lest they be kissed or cursed out of their money*”, como ya dijimos. PAULO añade otros dos argumentos más, en D. 24.1.2.: a) si uno de los esposos tiene dinero sobrante, es mejor dedicarlo a la educación de los hijos, que a donaciones al otro cónyuge, y b) en caso de admitir estas donaciones, el esposo más rico que no las hiciera, siempre se expone a la acusación de no ser magnánimo.

legados, y puede ser que la prohibición de las donaciones entre cónyuges haya sido necesaria para evitar que por tales donaciones se llegaran a burlar las restricciones de la legislación caducaria.

¹⁷ Véase “El Digesto del Emperador Justiniano en Castellano y Latín”. Manuel Gómez Marín y Pascual Gil y Gómez. Madrid, España, 1873.

¹⁸ Op. cit. pág. 439, 2.

¹⁹ “Tratado de las Donaciones entre Marido y Mujer”. Núm. 1. Tomo VII, pág. 449.

²⁰ “Tratado Elemental de Derecho Civil”, Tomo III, núm. 3204.

Otro argumento más nos viene, a través de ULPIANO, de una *Constitutio* de CARACALLA (D. 24.1.3.): en caso de permitir estas donaciones, existiría la tendencia de arreglar siempre los inevitables problemas que periódicamente surgen en cualquier matrimonio, mediante generosidad financiera, algo que introduciría un ambiente mercantilista en el hogar.

15. Por nuestra parte, el mismo fundamento que a nuestro parecer motivó la disposición de la *Lex Cincia*, fue posiblemente la causa de esta nueva prohibición. En efecto, aquella *Lex*, al proteger el celo de los romanos hacia la *domus*, tratando de impedir que los bienes de una *domus* pasaran a otra por mero efecto de una donación, dejó fuera de su ámbito de aplicación, permitiéndolas, las donaciones entre cónyuges. Posteriormente, es probable que los legisladores se dieran cuenta de ese error, ya que una de las formas más sencillas para que los bienes pasaran de una *domus* a otra, era precisamente la que resultaba de la donación entre cónyuges y, para evitar eso, se instituyó la prohibición; en realidad, a pesar de esto, la extensión de esa prohibición no fue absoluta, puesto que se permitieron las donaciones *divortii causa* (siempre que el divorcio fuera inminente y no sólo en previsión de él) y las donaciones *mortis causa*, o sea las que se hacen en ocasión de la posible muerte futura del donante. En este último caso podía presentarse una evasión a la norma prohibitiva, ya que podía haber donaciones *mortis causa* confirmadas con la muerte del donante, mientras que la confirmación de la donación entre cónyuges por la muerte del donante sólo fue admitida dos siglos después a la prohibición de tales donaciones.

16. En cuanto al alcance de la prohibición, ésta fue recíproca y se refirió a cualquier acto que voluntariamente implicara una disminución en el patrimonio de un cónyuge y un aumento o enriquecimiento en el patrimonio del otro, si tal disminución e incremento se presentaban dentro del matrimonio. Por eso fue que no se hizo extensiva a las donaciones celebradas *ante nuptias* (D.24.1.27), a las otorgadas *divortii causa* (D.24.1.11.11) a las realizadas bajo la forma de donaciones *mortis causa* —esencialmente revocables— (D. 24.1.11.1) o entre concubinos (D.24.1.3.1.). También se permitieron las donaciones hechas para el sustento necesario, para sufragar gastos de enfermedad y las que se otorgasen con motivo de regocijo familiar siempre que fueran modestas. Sobre estos puntos, el Digesto nos ofrece una rica casuística.

Asimismo, quedaron prohibidas las donaciones otorgadas por interpósitas personas (D.24.1.3.9. y 5.2.), dentro de las que se comprendió la hecha por la madre al hijo que estuviera bajo la potestad del padre, y que se consideró efectuada a favor de éste por su esposa (D.24.1.3.4.). Esta norma fue una extensión de la disposición que prohibía la donación “entre los que están bajo la potestad de una misma persona” (D.24.1.3.2.). “También se prohíbe a los

que están en la potestad del suegro hacer donaciones a la mujer y a la nuera, si el marido estuviese en potestad del padre" (D.24.1.3.5). Aquí encontramos una aplicación del principio de que en caso de simulación, la realidad se impone a la fachada simulatoria (C.4.22).

Las donaciones celebradas entre cónyuges cuyo matrimonio posteriormente viniera a declararse nulo, quedaron fuera de la prohibición, por ser consideradas como donaciones entre extraños y, por ende, perfectamente válidas una vez declarado nulo el lazo matrimonial.

Las donaciones prometidas entre novios, para efectuarse durante el matrimonio, también se escapaban a la citada prohibición. En realidad, tales donaciones podían considerarse como condicionales ("te daré tal cosa, un mes después de casados" implica la condición de que se celebre el matrimonio), y a causa del efecto retroactivo de la condición, como fecha de la donación debía considerarse el día de la promesa y no el día de la realización, de manera que todo el régimen jurídico de la donación en cuestión llegaría a encontrarse fuera del matrimonio.

17. Las donaciones entre cónyuges, no surtieron efecto alguno; el donante continuaba siendo propietario de los bienes donados y conservaba, en cualquier momento, la *reivindicatio*. Si se trataba de bienes consumibles, el donante tenía a su disposición una *conditio* (acción personal) para reclamar del donatario el valor de tales bienes, una vez consumidos.

La nulidad, pues, era absoluta, "por derecho" (D.24.1.3.10). "La propiedad se consideró como no transmitida en caso de donación por tradición; la obligación como ineficaz en caso de donación por contrato y la deuda como no extinguida en caso de donación por *acceptilatio*".²¹

c) Regímenes Posteriores a la Prohibición.

18. Una importante suavización a la prohibición se presentó en el transcurso del siglo II d.C., por medio de ella, si el donante confirmaba la donación por informal fideicomiso ante su futuro heredero en el sentido de que su liberalidad debía respetarse, una vez muerto dicho donante, su acto se convertía en verdadera donación (D.32.33.1; de SCAEVOLA, quien vivió una generación antes de SEPTIMIO SEVERO).

19. Posteriormente, un Senadoconsulto de SEPTIMIO SEVERO y de CARACALLA²² de 206 d.C., eliminó la necesidad de ese fideicomiso y estableció que

²¹ Hugo E. Gatti, *Contratación Entre Cónyuges*. Editorial Abeledo, Buenos Aires, Argentina, 1960, pág. 30.

²² Sobre el particular, véase Fritz Schulz, *Classical Roman Law*. Oxford at the Clarendon Press, 1954, pág. 121.

la donación entre cónyuges, aunque inválida, se convalidaba por la premo-nencia del donante al donatario durante el matrimonio, siempre y cuando el primero hubiere perseverado en su liberalidad hasta el momento mismo de su muerte; mientras viviera, podía revocarla y su silencio se consideró como ratificación tácita.

20. La invalidez de estas donaciones tuvo importancia especial para la presunción muciana, por medio de la cual, en caso de insolvencia del marido, todo incremento patrimonial de la esposa durante el matrimonio se conside-raba como resultado de una donación entre cónyuges y, por ende, como perteneciente al patrimonio del quebrado. (Una presunción *juris tantum*, que admitía prueba contraria).

21. En la fase post-clásica, el alcance de la prohibición retrocede más aún. De Vat. 273 y P. S. 2.23.4, vemos su creciente violación simulatoria y el *Codex Euricianus* (307 y 319) señala que en el occidente germanizado desapareció totalmente. El oriente del Imperio conservó la prohibición, como se desprende del *Codex Theodosianus* 5.1.9. y de la Novela 74.4 de JUSTINIANO, además de la extensa reglamentación que encontramos en el Digesto (24.1). Una innovación justiniana era la siguiente: aunque la donación entre cónyuges era nula, JUSTINIANO estableció que de acuerdo con el Senadoconsulto de SEVERO y de CARACALLA, la donación que reuniera las características en él fijadas debería ser tratada como verdadera donación entre vivos (ya no *mortis causa*) y que sus efectos deberían retrotraerse al momento de su celebración.

22. Por último, cuando en la Edad Media el *Corpus Iuris* comenzó a influir de nuevo en la vida jurídica de la Europa Occidental, a partir de las Universidades, la prohibición de las donaciones entre cónyuges regresó a la práctica aun en aquellas regiones en donde el derecho romano había caído en desuso durante los oscuros siglos que siguieron a la caída del Imperio Occidental (476).

IV. LAS DONACIONES ANTE NUPTIAS.

23. A la donación *ante* (y más tarde, *propter*) *nuptias*, se le consideró en Roma como una figura jurídica particular destinada a un fin exclusivo (garantizar a la viuda un "premio" por su supervivencia al marido) y sujeta a un régimen semejante al de la dote.²³

²³ De la que se distinguía por la persona que la aportaba: la mujer en caso de dote; el hombre en caso de donación.

Los bienes donados continuaban en administración del marido; si éste moría antes que su mujer, los bienes debían entregarse a ella y esta entrega quedaba garantizada con una hipoteca general sobre los bienes del primero. En cambio, si la mujer moría antes que su marido, la donación *ante nuptias* desaparecía del mundo jurídico como si nunca se hubiere hecho.

21. A partir de JUSTINO (527 d.C.), encontramos las donaciones *propter nuptias*, al permitirse que la donación *ante nuptias* fuera aumentada durante el matrimonio. Justiniano (531 d.C.) completó la disposición de su tío, declarando válida la constitución de la donación *propter nuptias* después de celebrado el matrimonio. La distinción entre esta donación y la donación hecha entre cónyuges, radicó en que mientras que la posesión de los bienes donados entre cónyuges pasaba provisionalmente a la mujer, en la donación *propter nuptias* este efecto no ocurría pues su perfeccionamiento quedaba sujeto a que el donante muriese antes que la donataria.

BIBLIOGRAFIA

- BIONDI, Biondo. *Sucesión Testamentaria y Donación*. Traducción de Luis Fairén. Editorial Bosch. Buenos Aires, Argentina, 1960.
- BONFANTE, Pietro. *Historia del Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1944.
- BUSSI. *Cristianismo y Derecho Romano*. Capítulo "Las Donaciones y su Desenvolvimiento Histórico". Milán, Italia, 1935.
- EHRlich, J. W. *Ehrlich's Blackstone*. Capricorn Books, New York, U. S. A. 1959.
- GIRARD. *Textes Du Droit Romain*, que contienen los Fragmenta Vaticana, 3a. Edición. París, Francia, 1903.
- GÓMEZ MARÍN, Manuel y GIL Y GÓMEZ, Pascual. *El Digesto del emperador Justiniano en Castellano y Latín*. Madrid, España, 1873.
- JOLOWICZ, H. F. *Historical Introduction To The Study of Roman Law*. Cambridge University Press, 1965.
- JÖRS-KUNKEL. *Derecho Privado Romano*. Traducción de Prieto Castro. Barcelona, España, 1937.
- MARGADANT, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Editorial Porrúa, México, 1960.
- NICHOLAS, Barry. *An Introduction to Roman Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961. (pág. 90).

- PETIT, Eugenio. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducción de José Fernández González. Editorial Calleja, Madrid, España.
- PLANIOL, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Trad. de José M. Cajica, Jr. Editorial Cajica, Puebla, México, 1947.
- POTHIER, R. J. *OEUVRES*. Chez L'Editeur. París, Francia, 1882. Tomo XVI.
- SCHULTZ, Fritz. *Classical Roman Law*. Oxford at the Clarendon Press, 1954.
- SIBER. *Romisches Verfassungsrecht*. Lahr, Alemania, 1952.
- SOHM, Rodolfo. *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*. Traducción de P. Dorado. Editorial La España Moderna.
- THAYER, James B. *Lex Aquilia. On Gifts Between Husband and Wife*. Cambridge, Harvard University Press, 1929.