

FAVOR DOTIS. A PROPÓSITO DE D 23, 3, 70

JOSÉ MIGUEL PIQUER
UNIVERSIDAD CEU SAN PABLO

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO SUMARIO DE LA CUESTIÓN

La finalidad de este trabajo es buscar una explicación, a modo de hipótesis, al fragmento de Paulo contenido en su libro sexto de las *Quaestiones* y que se recoge en D. 23, 3, 70. Tal texto, cuyo tenor es *In ambiguis pro dotibus respondere melius est*, nos conduce a plantearnos toda una serie de cuestiones cuyo tema jurídico central será la dote, en particular el *favor dotis*.

Metodológicamente hemos optado por abordar la cuestión fragmentando el texto y estudiando de forma individualizada cada una de esas partes, de este modo, una vez realizado el análisis individualizado de cada una de ellas, puesto que cada una plantea cuestiones independientes, hemos procedido a realizar una interpretación de conjunto en la que se hilvanen las conclusiones de los resultados aislados.

Así pues, siguiendo el planteamiento avanzado, observamos cómo de la simple lectura del fragmento se puede deducir que la decisión que es mejor tomar en caso de que existan ambigüedades o dobles sentidos es *pro dote*.

Resulta evidente que una de las primeras cuestiones a resolver es saber por qué razón se debe responder *pro dote*, lo que nos conducirá a que estudiemos, en un primer apartado, cuáles son las circunstancias político-sociales que se dan en tiempos de Paulo y que motivan una decisión en este sentido.

Siguiendo con la literalidad del fragmento, hemos apreciado cómo se dice que es mejor responder a favor de la dote en caso de ambigüedad o, como acabamos de señalar, en caso de que el jurista se encuentra ante un doble interpretación o significado. A raíz de esto surge la pregunta en torno al posible tipo de negocio jurídico o situación procesal que ha dado lugar a esas situaciones ambiguas. Por consiguiente, a esta pregunta le dedicaremos el segundo apartado de nuestro trabajo.

Continuando con la lectura del texto, vemos cómo se afirma que es mejor responder a favor de la dote. La cuestión que dimana de este simple '*melius est*' es saber cuál es el fundamento que sirve de argumento a Paulo para emitir esta respuesta *pro dote*, lo que será tratado en el tercer punto y que, como veremos, se relaciona con el primer apartado.

El último punto de nuestro trabajo estará dedicado a estudiar el planteamiento metodológico del que probablemente se sirvió Paulo, cuestión que

abordaremos al estudiar la expresión *in ambiguis*. En este supuesto, resulta evidente que trataremos de atender a la posible conexión con la retórica ya que fue esta *techne* la que desarrolló el *status ambiguitatis*, como modo de plantear una cuestión problemática, al considerar la posible trascendencia de este tipo de planteamiento en el campo del derecho como instrumento para dar una solución a una cuestión jurídica.

2. DIRECTRICES SOBRE EL MOMENTO SOCIO CULTURAL

Como acabamos de señalar, la primera apreciación que realizamos del fragmento es una decisión en una cuestión que se orienta *pro dote* o a favor de la dote. Esta consideración, que por otro lado da título a nuestro trabajo, creemos que es necesaria justificarla atendiendo a las razones histórico-sociales que motivaron una respuesta en este sentido y donde destaca la jurisprudencia de la época de los Severos¹. Es esta última nota la que nos inclina a tratar esta primera cuestión, en especial si tenemos en cuenta que la institución que tratamos es la dote. Ciertamente, ésta aparece, según García Garrido², como un instituto jurídico cuyo régimen trató de adecuarse a las concepciones sociales imperantes y a las exigencias de la práctica por los juristas desde los tiempos de la República hasta la época Justiniana.

Una vez expuestas las razones que nos llevan a abordar el primer punto, pasamos a su análisis.

Desde una perspectiva general, se puede afirmar que el lugar que la mujer romana ocupaba en la sociedad de época clásica es, en palabras de Del Castillo³, envidiable si se compara con los miembros del género femenino pertene-

¹ Precisamente, la cuestión social constituye el marco en que se desarrolla la actividad de los juristas, lo cual tiene su justificación en el hecho de que uno de los aspectos que caracterizan a la jurisprudencia severiana no es sólo la indagación y conocimiento de la jurisprudencia anterior. MASCHI A., *Iulius Paulus* en ANRW 15, 2 (1976), pág. 667-707 en especial pág. 673, 689-690. Sen. Ep. 33, 11 *Quid ergo? non ibo per priorum vestigia? ego vero utar via vetere, sed si propriorem planiorem que invenero, hanc muniam*. BREONE M., *Storia del Diritto Romano*, 3 ed. (Bari 1993), pág. 237, 289, 294 y que según el romanista italiano, la normativa imperial y, por ende, la jurisprudencia, se mueven entre los principios de *benevolencia*, *humanitas*, *clementia* o *pietas*, así como *aequitas*, *iustitia*. ORESTANO R., voz *Paolo (Iulius Paulus)* en NNDI 12 (1957), pág. 362-363.

² GARCÍA GARRIDO M. J. *Ius uxorium. El Régimen Patrimonial de la Mujer Casada en Derecho Romano*, (Madrid 1958), pág. 56.

³ ROLDAN-BLÁZQUEZ-DEL CASTILLO, *Historia de Roma. El imperio*. 3 ed. (Madrid 1999), pág. 350, 356. GAUDEMET J., *L'Estatut de la Femme dans l'Empire Romain* en RSJB 11 (Bruxelles 1959) pag. 191-222 en especial pág. 192 quien señala la progresiva tendencia hacia la emancipación de la mujer, iniciada en época republicana, a causa de las ausencias del padre que impiden el ejercicio de la autoridad patriarcal, el helenismo, las riquezas, el gozo por el lujo... y que contrasta con el papel de sumisión e inferioridad que hasta ese momento había desempeñado la mujer. VILLERS R., *Le Statut de la Femme a Rome* en RSJB 11 (Bruxelles 1959) pag. 177-189 en especial pág. 189, señala las circunstancias que dan lugar a la adquisición de una mayor independencia de la mujer como consecuencia de factores sociales que minan la autoridad moral que hasta ese momento habían tenido padre y marido sobre ella.

cientes a otras civilizaciones⁴. En este sentido, el historiador español señala, de forma muy breve, dos notas importantes relativas al papel que desempeña la mujer durante el imperio y que desembocan en una característica: la independencia. Así pues, en primer lugar, en el ámbito familiar, aparece como una dueña⁵ de la casa a la sombra del *pater familias* y, en segundo lugar, goza de una mayor libertad económica, aspecto en el que la dote juega un importante papel⁶.

Estas afirmaciones nos llevan a preguntarnos sobre el fin de la dote⁷.

Aunque aceptamos la concepción general⁸, sin embargo, queremos destacar el hecho de que la dote, en tanto que sirve para costear las cargas del matrimonio, se constituye como un elemento favorecedor de las uniones matrimoniales⁹ y, por ende, dado el fin propio de éstas, de la procreación¹⁰. Ello permite justificar que la dote se conciba como un patrimonio de la mujer¹¹ destinado al matrimonio y cuyo conjunto de bienes que lo conforman tienden, jurídicamente, a protegerse e individualizarse de los bienes del marido, configurándose así como un complejo patrimonial con rasgos propios que se deben restituir una vez disuelto el matrimonio. Así pues, el principio *favor dotis* se concibe como un criterio que generalmente¹² regula las relaciones patrimoniales entre los cónyuges¹³.

⁴ ALBANENSE B., *Le Persone del Diritto Privato Romano*, (Palermo 1979), pág. 348, reconoce también la existencia de una situación de ventaja de la mujer romana frente a las mujeres de otras civilizaciones, lo que se plasma en la progresiva mejora de su *status* social y jurídico.

⁵ PEPE L., *Posizione Giuridica e Ruolo Sociale della Donna Romana in Età Repubblicana*, (Milano 1984), pág. 16. Esto supone que durante la república la mujer, cuya actividad se orienta, fundamentalmente al bien común de la familia y, en especial, del marido, es madre y guarda de la casa.

⁶ GIDE P., *Étude sur la Condition Privée de la Femme dans le Droit Ancien et Moderne et en Particulier sur le Sénatus-Consulte Velléien*, 2 ed. (Paris 1885), pág. 134. TREGGIARI S., *The Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian* (New York), pág. 329, 330 y 342 quien destaca la importancia que tiene la dote, de forma que la mujer que tuviese una importante dote no estaba realmente bajo control del marido. Por el contrario, señala que una mujer sin dote está bajo el poder de su marido, lo que le lleva a la conclusión de que la dote, si bien es cierto que es esencial para el matrimonio, no constituye una condición *sine qua non*.

COSTA E., *IL DIRITTO PRIVATO NELLE COMMEDIE DI PLAUTO*, (TORINO 1890 REIMP. ROMA 1968), PÁG. 161 SEÑALA LA VISIÓN SOCIAL DE PLAUTO DE LA DOTE COMO MEDIO POR EL QUE EL MARIDO CONSEGUÍA LIBERARSE DE SUS MISERIAS Y DEDICARSE AL OCIO, COLOCÁNDOLO EN UNA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA A FAVOR DE LA MUJER.

⁷ Sobre la cuestión SANFILIPPO C., *La Dote*, (Catania 1959), pág. 16 ss.

⁸ GARCÍA GARRIDO *Ius uxorium* pág. 67, 56.

⁹ GLUCK, *Commentario alle Pandette* 23 (1898), pág. 643. LAURIA M., *La Dote Romana*, (Napoli 1938), pág. 54.

¹⁰ D. 24, 3, 1; D. 35, 1, 64. BESNIER R., *Pline le Jeune et l'Application des Lois Démographiques en Melanges Dauvillier* (Toulouse 1979), pág. 89-95 en especial 89 quien señala que la cuestión demográfica que se plantea con Augusto y sus leyes se mantuvo a lo largo del bajo imperio.

¹¹ D. 24, 3, 2, 1.

¹² LAURIA, *Matrimonio-dote*, (Napoli 1952), pág. 119, 127, donde señala no sólo disposiciones favorables a la mujer sino también en contra. En particular afirma que el principio *favor dotis* no inspiró a la legislación de Augusto, sino que las disposiciones relativas a la dote van orientadas a cumplir el fin de la *lex de maritandis ordinibus*. En este sentido observamos en relación a la estimación o no de la dote en D. 23, 3, 10, pr donde no se defiende la dote a toda costa, ya que la *quotiens igitur non aestimatae res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri fiunt*.

Ahora bien, la pregunta que nos realizamos a continuación es saber qué importancia tiene la dote para que se justifique una respuesta en el sentido del *favor dotis*.

En primer lugar, existe un interés privado que se deduce del propio Paulo, en D. 21, 2, 71 al decir *in fine* que *interest enim patris filiam dotatam habere*

Siguiendo a Söllner¹⁴, la importancia de la dote radica en el hecho de constituir un medio por el que obtener un buen matrimonio, aunque destaca que el valor de la misma no es constitutivo para contraer matrimonio, sino que se trata de una mera cuestión social. Es más, la importancia de la dote se justifica por su restitución dada la relevancia que ésta tiene a la hora de contraer nuevo matrimonio¹⁵, ya que, si bien es cierto que la dote no es necesaria para poder contraer matrimonio, sin embargo, la falta de dote hace que la mujer pueda ser considerada más como una concubina que como una esposa¹⁶, colocándose en una situación de inferioridad. En este sentido, por boca de Plauto¹⁷ se nos informa acerca de la situación de deshonor en que se encuentra quien acepta en matrimonio a una mujer indotada.

Obsérvese cómo la importancia de conservar o adquirir bienes dotales desde un punto de vista social a fin de facilitar el matrimonio se mantiene hasta en tiempos justinianos según C. 4, 29, 25, 1 en donde se parte de la existencia de un compromiso de entregar la dote a una mujer. Dicho compromiso, en palabras de Justiniano, siendo el matrimonio válido *omnimodo compellatur suam confessionem adimplere*, lo que justifica diciendo *Neque enim ferendum est quasi casu fortuito interviniante fieri mulier indotata et sic a vir forsitam repelli et distrabi matrimonium. Cum enim scimus favore dotium et antiquos iuris conditores severitatem legis saepius mollire, merito et nos ad huiusmodi venimus sanctionem*.

Esto es, que sin dote una mujer puede ser rechazada y que, en definitiva, para evitar este rechazo y que no exista matrimonio, hay que actuar a favor de la dote.

Junto con este parámetro de carácter privado o social existe otro más importante y que trae su causa en los fines que motivaron las *leges Iulia et Papia*, esto

¹³ GARRIDO, *Ius uxorium*, pág. 56.

¹⁴ SÖLLNER A., *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae* (Köln 1969), pág. 108. En este sentido el propio SÖLLNER llega a hablar de una especie de Doterungspflicht a causa de la necesidad de dotar a la hija para que contraiga matrimonio. HUMBERT, *Le Remariage à Rome. Étude d'Historie Juridique et Sociale* (Milano 1972), pág. 265-266 quien hace referencia a la discusión acerca de la obligatoriedad o no de dotar en las nt. 1 y 2

¹⁵ TREGGIARI, *The Roman Marriage*, pág. 328, 362. DIXON S., *The Roman Family*, (Baltimore 1992), pág. 66. señala que, si bien es cierto que el estado matrimonial ideal sería el denominado *univiria*, sin embargo dice que en el caso de que una mujer relativamente joven, se casase y permaneciese viuda, querría contraer nuevo matrimonio, considerando que la dote constituye una parte de los bienes familiares.

¹⁶ Plaut. *Trin.* 690 GLUCK, *Commentario alle Pandette*, 23 pág. 818; TREGGIARI, *The Roman Marriage*, pág. 342.

es, el favorecer el matrimonio y la procreación. En este sentido nos referiremos a causas de interés público.

Esto creemos que se justifica en los siguientes fragmentos. En primer lugar D. 24, 3, 1¹⁸ *Dotium causa [semper et ubique] precipua est: [nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium]*

La segunda parte del texto resulta clarificadora en orden a entender por qué razón debe privilegiarse la dote bien sea en el ámbito de las relaciones jurídicas o en el ámbito judicial. El motivo básico es la necesidad de que las mujeres procreen y, como dice el propio Pomponio, que éstas llenen la ciudad de hijos *-replendamque liberis civitatem-*, razón que está subordinada a un interés superior, esto es, el interés público o interés del pueblo¹⁹. Por tanto, la conserva-

¹⁷ Plaut. *Trin*, 692-694

¹⁸ LONGO G., *Utilitas publica* en *LABEO* 18 (1972), pág. 7-71 en especial pág. 32-33 quien señala que el fragmento está inteporlado, ya que, según este autor, responde a la tendencia justiniana de exaltar el elemento publicístico de la causa dotal. SOLAZZI S., *Favor dotis* en *SDHI* 21 (1955), pág. 303-307 en especial 305 considera que el fragmento genuino es *Dotium causa semper et ubique precipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari*, ya que, a su modo de ver, *semper et ubique* no son de Pomponio y que *subolem* no es un término propio de juristas romanos

En contra KASER, *RPR I*, pág. 333 nt. 5.

Respecto al término *causa*, no está muy claro si el término debe traducirse por negocio o relación jurídica, en términos generales, de modo que la preferencia de que goza la dote se debe entender extendida a cualquier acto de la vida jurídica, o bien, se puede traducir por causa judicial, de tal forma que la situación de ventaja queda circunscrita al ámbito judicial. Al respecto DE MIGUEL, voz *causa* *Nuevo Diccionario Etimológico Latino-Español*, 27 ed. (Madrid 1907), pág. 152 y HEUMANN-SECKEL, voz *causa* pág. 60.

D. 23, 3, 1 *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit*. Para GARCÍAGARRIDO, *Ius uxorium*, pág. 60 constituye una reminiscencia clásica del régimen dotal arcaico y de su perspectiva social y jurídica.

LENEL, *Palingenesia II* (Leipzig 1899), pág. 120 la incluye bajo la rúbrica general *de iure dotium* pero lo particulariza al régimen jurídico dotal de *solutio matrimonio*, por tanto, se refiere claramente a la situación de preferencia que tiene la conservación de la dote.

¹⁹ LONGO, *Utilitas publica*, pág. 10, 14, 63 Hemos de tener en cuenta lo que para este autor significa *interest rei publica*. El romanista italiano parte del concepto de *utilitas publica* entendiendo que la *res publica* es el *populus*, como asociación humana basada en el ordenamiento jurídico para la consecución de un fin común, y que, por tanto, *utilitas publica* es la *utilitas omnium*, lo que implica una concepción materialista. Consecuentemente, y según opina, la referencia a *interesse rei publica* es justiniana, ya que constituye una *utilitas* trascendente a los ciudadanos y protegido por el estado.

Según este autor, la concepción de *publica utilitas* ciceroniana es la propia del principado y de la época clásica.

GLUCK, *Commentario alle Pandette*, 23 pág. 643 nt. 10 considera que el derecho dotal es, para los romanos, *iuris publici* basándose en PS. 1, 1, 6 *Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat* lo que justifica que en, caso dudoso, deba decidirse a favor de la dote. Resulta dudoso que Paulo se expresase diciendo que la dote forma parte de las relaciones jurídico públicas. Esto nos lleva a pensar que, si en época postclásica se conciben las relaciones dotalas como relaciones jurídico públicas, en época clásica éstas deberían de ser de interés para la república, de tal modo que se instrumentalizasen medios tendentes a la conservación y restitución de la dote.

ción de la dote constituye un medio por el cual se pretende fomentar el incremento de la natalidad, fomentando el matrimonio y, por ende, la procreación²⁰.

Atendiendo al fragmento podemos preguntarnos, en primer lugar, desde un punto de vista social, ¿Por qué la respuesta de Pomponio se dirige a favorecer la procreación? A esta pregunta podremos darle solución, si tenemos en cuenta el fragmento de Terencio Clemente²¹, quien vivió en la misma época que Pomponio. Este utiliza el mismo argumento que Pomponio en su comentario a la *Lex Iulia et Papia* para los casos de fraude de ley, esto es, en caso de un posible fraude de ley por imposición escrita de una condición que dificulta el matrimonio, ésta se tiene por no escrita - *interpretandum ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum*-, puesto que esta legislación iba dirigida, fundamentalmente, a resolver los problemas de natalidad que existían en tiempos de Augusto y que constituyeron un problema a lo largo de todo la época del principado.

Esta ley se mantuvo vigente, aunque con escasos resultados²², hasta que sus disposiciones fueron derogadas progresivamente por Constantino en el año 320, y por Honorio y Teodosio, en el año 410²³, por lo que no sólo estuvo

SANFILIPPO C., *La Dote*, (Catania 1959), pág. 14 considera interpolado *semper et ubique y cum dotatas-in fine* por el hecho de que no se ajusta al estilo elegante de los juristas. A esto se le puede oponer el hecho de que, si sólo es cuestión de estilo la interpolación interesa relativamente, ya que su contenido coincide con otros fragmentos posteriores de Paulo.

²⁰ Liv. XLI, 21, 6 Dion. Hal. X, 53; IX, 67. SALMON P., *Population et Dépopulation dans l'Empire Romain* (Bruxelles 1974), pág. 127, 132, 140 quien señala el problema demográfico que acució a Roma y al resto del imperio. En particular destaca el hecho de que Roma sufre un fenómeno demográfico especial, ya que la tasa de mortalidad es más alta que en el resto de Italia. Por esta razón el crecimiento de la ciudad se produce gracias a las manumisiones y las migraciones voluntarias o no.

La media de edad era de 20 a 30 años y la natalidad no cubría la mortalidad ordinaria, lo que unido a la mortalidad extraordinaria, esto es, la causada por guerras y epidemias, planteó un serio problema demográfico.

Esta cuestión se mantuvo durante la época clásica y en especial a partir de Marco Aurelio. Es a mitad del siglo III cuando se produce una autentica despoblación a causa de los conflictos derivados de la anarquía militar, la peste o las invasiones de los bárbaros.

²¹ D. 35, 1, 64 *Terentius Clemens libro quinto ad legem Iuliam et Papiam, Hoc modo legato dato "si Titio non nubserit" non esse legi locum Iulianus aiebat. 1 Quod si ita scriptum esset "si Ariciae non nubserit", interesse, an fraus legi facta esset: nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile posit invenire, interpretandum ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum: legem enim utilem rei publicae, subolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione.*

²² DEL CASTILLO, *Historia de Roma*, pág. 351.

²³ C. 8, 57, 1. C. 8, 57, 2 ASTOLFI R., *Lex Iulia et Papia* (Padova 1970), pág. 2 quien señala la corrección de los vacíos legales de la *lex Iulia et Pappia* se pretendieron corregir, especialmente, durante el siglo I d. C. mediante la promulgación de senadoconsultos como el s.c. Persiciano del 34 UE 16, 3-4; Suet. *Claud.* 23 el s.c. Claudiano; UE. 16, 3; l s.c. Calvisiano del 61 d. C. UE. 16, 3 o el Memmiano del 63 d. C, todos ellos del siglo I d. C. Además podemos tener en cuenta la legislación de Septimio Severo en orden a equiparar la edad en que la ley *Iulia* exigía el matrimonio y la ley *Papia* la edad para procrear. En este sentido UE. 16, 1.

Sobre la legislación en tiempos de la dinastía Julio-Claudia ZABLOCKA M., *Le Modifiche Introdotte nelle Leggi Matrimoniali Augustee sotto la Dinastia Giulio-Claudia* en *BIDR* 3 ser. 28 (1986), pág. 379-411.

vigente en tiempos de Pomponio sino también en el de los juristas clásicos posteriores, ya que se pretendía favorecer que se contrajesen matrimonios legítimos y, con ello, la procreación de hijos legítimos²⁴.

Precisamente a este respecto se manifiesta el propio Paulo²⁵ en D. 23, 3, 2 al decir que [*Rei publicae interest*]²⁶ *mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*.

Y donde se observa que interesa a la República que se salve la dote, es decir, el propio Paulo reconoce la existencia de un interés superior, en virtud del cual debe de salvarse la dote puesto que constituye el medio por el que pueden contraer matrimonio.

Resulta evidente que el término ‘salvar’ es una traducción literal que exige una explicación más clara de sus contornos semánticos. Creemos que esta precisión pasa por traducir el término *salva* desde el punto de vista de su conservación, esto es, sin perjuicio o intacta²⁷, de hecho, observamos cómo Pomponio utiliza el término *conservari* que es un sinónimo de *salvus*²⁸, lo que demuestra aún más si cabe la similar orientación argumentativa entre Pomponio y Paulo en orden a favorecer las segundas nupcias de las mujeres.

²⁴ Obsérvese al respecto como, en tiempos de Adriano, mediante el s.c. Tertuliano, se pretende permitir a la mujer, que tiene concedido el *ius liberorum*, que suceda *ab intestato* a sus hijos después de los *sui*, del padre y de los hermanos de éste. Lo que constituye un aliciente cuyo fin no es otro que activar la natalidad.

A este respecto obsérvese el fragmento de Marciano recogido en D. 23, 2, 19 en donde se alude a una constitución de Severo y Caracalla por la que se obliga a favorecer el matrimonio y dotar para ello. GLUCK, *Commentario alle Pandette*, 24 (1889), pág. 233 señala que el matrimonio constituye el cauce más adecuado para obtener el incremento de la población, aunque no constituye, para el jurista germano, el fin último.

²⁵ Dudoso parece el fragmento relativo a la concesión de una acción útil para reclamar la dote en D. 24, 3, 45 in fine VALIÑO E., *Las Acciones Útiles* (Pamplona 1974), pág. 208-209 lo considera interpolado basándose, desde un punto de vista formal por la introducción entre paréntesis, de carácter compilador, que da pie al pensamiento de los compiladores. A su modo de ver se yuxtaponen el pensamiento clásico y el compilador. Desde un punto de vista sustancial, se apoya en la imposibilidad de estipular a favor de terceros en época clásica.

En contra SOTTY R., *Ricerca sur les utiles actions. La notion d' action utile en Droit Romain*, (Grenoble 1977), pág. 427 quien opina que más que una adición a la parte final del fragmento lo que ha existido es una supresión de una parte del mismo.

En nuestra opinión, sin manifestarnos sobre si está o no interpolado, únicamente podemos apreciar que el principio que ha regido para dar esa supuesta acción útil a la nieta coincide plenamente con el planteamiento de Paulo, esto es, favorecer las nupcias. En este sentido, cabría hacer una pregunta a aquellos que lo consideran interpolado. En C. 4, 29, 25, 1 se dice que por razón del *favor dotis antiquos iuris conditores severitatem legis saepius mollire, merito et nos ad huiusmodi venimus sanctionem*. ¿No cabría pensar que la concesión de esa acción útil a la nieta por razón de la dote constituyó una flexibilización del derecho aplicable en relación a la estipulación a favor de terceros?

²⁶ LONGO, *Utilitas publica*, pág. 32, crítica que se hace extensible al fragmento D. 42, 5, 18 respecto a la expresión *interest rei publicae*.

²⁷ HEUMANN-SECKEL, voz *salvus* pág. 524-525. D. 46, 8, 25, pr. D. 7, 1, 1.

²⁸ DE MIGUEL, voz *salvus* pág. 828.

También el mismo Paulo, en D. 42, 5, 18²⁹, dice *Interest enim rei publicae et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit*, donde de nuevo se vuelve a favorecer el matrimonio, si bien, en este caso, no se hace referencia a la conservación sino a la restitución de la dote dada por una mujer impúber con vistas al matrimonio para que pueda recuperar la dote y poder casarse en el caso de que las primeras nupcias se hayan visto frustradas.

En nuestra opinión, este fragmento no es más que una especificidad más de la línea político social en que se enmarcan estas decisiones, esto es, la promoción del matrimonio³⁰ y, por ende, la procreación, funcionalizando la dote en el ámbito de aquello que resulta de interés público³¹, lo cual supone, como señala Lauria³², que la dote queda sujeta a un interés superior al de la voluntad de la mujer, del marido o de ambos.

2. CUESTIÓN JURÍDICA QUE SE PLANTEA

En primer lugar, vamos a analizar la ubicación del fragmento y al autor. Según señala la literalidad de las palabras, el *responsum* de Paulo se sitúa en su obra *de quaestionibus* cuyo libro sexto queda rubricado bajo el título *de re uxoria*, al igual que la segunda parte del libro quinto, que también recoge una serie de fragmentos bajo el mismo título, esto es, *de re uxoria*.

La obra de Paulo *de quaestionibus*, que según Schulz³³ es de carácter eminentemente práctico, recoge casos prácticos y decisiones en el marco de una discusión de carácter didáctico con el fin de demostrar el alcance de los principios jurídicos que el propio jurista aplica³⁴. De lo indicado, podemos deducir que el *responsum* de Paulo constituye un principio que concentra el saber de ese jurista en un tema en cuestión y que el marco en el que se difunde es el de la discusión y el debate.³⁵ En nuestro caso, la respuesta de Paulo debe enmarcarse a modo de colofón a una discusión mantenida.

Preguntándonos por la cuestión que se le suscito a Paulo, nos encontramos con un problema de difícil solución ya que apreciamos dos opciones para poder delimitar el carácter de tal solución.

²⁹ SOLAZZI, *Favor dotis*, pág. 304 que considera que está interpolado por ser un fragmento unido al interpolado D. 42, 5, 17, 1.

³⁰ GLUCK, *Commentario alle Pandette*, 23, pág. 816.

³¹ GARRIDO, *Ius uxorium*, pág. 65. HUMBERT, *Le Remariage à Rome*, pág. 275 concretamente señala este autor francés que constituye un interés público la conservación de la dote para favorecer las segundas nupcias.

³² LAURIA, *Matrimonio-Dote*, pág. 158.

³³ SCHULZ, *Geschichte der Römischen Rechts Wissenschaft*, (Weimar 1961), pág. 302. Ahora bien, según el autor alemán, esta obra parece que estuvo sometida a profundas modificaciones en época postclásica; MASCHI, *Iulius Paulus* pág. 685. RICCOBONO S., voz *quaestiones* en *NNDI*, 14 (1957), pág. 610.

³⁴ ARANGIO-RUIZ V., *Historia del Derecho Romano* 3 ed. (Trad. Pelsmaecker F., — de la 2 ed. *Storia del Diritto Romano*), pág. 330, respondiendo a casos ficticios.

³⁵ FREZZA P., *Responsa e quaestiones. Studio e Politica del Diritto dagli Antonini ai Severi* en *SDHI* 43 (1975), pág. 203-262 en especial 213, 232-246 quien se muestra partidario de la utilización por parte de Paulo del método socrático por el cual se limita a rebatir la opinión expresada por aquel que plantea la cuestión.

En un primer lugar, cabría pensar que por el hecho de que en el fragmento se utilice la expresión *in ambiguus*, lo que supone la utilización de un plural, podría llevarnos a considerar que el fragmento se refiere a una regla de carácter general aplicable a todos los casos en los que, en materia de dote, existan dudas.

Sin embargo, hay una razón que nos permite desechar esta opción y es el hecho de que esta respuesta se ubica, no al principio del título, sino en el párrafo setenta, lo que pudo ser indicativo de que, probablemente, estuviese pensando en una regla general aplicable a una situación concreta. Es más, el hecho de que se utilice el plural no significa que se comprendan todos los casos, sino que un determinado tipo de problemas que surjan en un aspecto concreto de una materia, se deben resolver en un sentido u otro, en este caso, *pro dote*.

La segunda cuestión viene dada por el hecho de que parece que los compiladores pensaron que este fragmento constituyó un *responsum* dada por Paulo con cierto carácter general, lo que se corrobora con el hecho de que aparece recogido en D. 50, 17, 85, pr.

Lo que acabamos de apuntar, nos hace pensar que aquellos que manejaron el texto en que debió recogerse este fragmento debieron ver una respuesta de tipo general a un caso planteado y cuestionado al jurista romano.

Nosotros, al leer los Basílicos³⁶ 29, 1, 66, nos encontramos que en éstos se plantea una regla general que parte del supuesto de reclamación de dote -*In ambiguus melius est pro dote respondere, hoc est, pro eo, qui dotem petit*- y que es a la que se supone que se ajusta el fragmento paulino. Esto de algún modo es avalado por LENEL³⁷ quien, en su Palingenesia, coloca el fragmento en el marco de *de re uxoria* junto con otros supuestos en los que se plantea una reclamación de bienes dotales,.

Sin embargo esta opción nos plantea serias dudas en el sentido que el referido fragmento de los Basílicos introduce el término *respondere* en base al cual se debe dictar una sentencia judicial cuando se plantea una situación ambigua a la hora de resolver una cuestión judicial -*Oportet ergo iudicem*-. En este caso, se vincula *respondere* a la sentencia del juez, lo que no parece ajustado si aceptamos el concepto del *terminus technicus respondere*³⁸, es decir, la

³⁶ B. 29, 1, 66 ed HEIMBACH (Leipzig 1843).

³⁷ LENEL, *Palingenesia*, I, pág. 1199. El romanista alemán divide en dos partes el tratamiento dedicado por Paulo a *de re uxoriae* en sus *quaestiones*

³⁸ HEUMANN-SECKEL, voz *respondere*, pág. 514; GARCIA GARRIDO, voz *respondere* en *Diccionario de Jurisprudencia Romana* (Madrid 1982), pág. 305.

Sin embargo, según GEORGES K., voz *respondere* en *Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch*, pág. 2351 señala un significado especial von Richtern, um Rat gefragt, um eine rechtliche Entscheidung angegangen werden. Lo justifica tomando como ejemplo a Cic. *de leg.* 1, 4, 12. Sin embargo al traducir la expresión *ad ius respondendum dedisse* queda claro que se refiere a la actividad propia de los jurisprudentes o, como explica el *Oxford Latin Dictionary*, (Oxford 1968), voz *respondeo*, pág. 1634 que la estructura *ius respondere* significa pronunciarse acerca del derecho.

respuesta que un jurista o un cargo público da a una pregunta sobre alguna cuestión jurídica o una disputa.

Es más, hemos de pensar que el contexto en el que parece que Paulo emite su respuesta es en el de la discusión en la que el jurista, siguiendo el modelo socrático, llega a la conclusión de que, si está claro qué respuesta dar en caso de que planteen incógnitas en la cuestión que están discutiendo, su experiencia le indica que *pro dotibus respondere melius est*. Por tanto, más parece que se trate de un modo de orientar las decisiones jurídicas que se puedan tomar en un momento posterior.

Cuacius³⁹ intenta salvar esta contradicción diciendo que se trata de responder por parte de los juristas, no de los jueces, en consideración hacia la fórmula de la *actio rei uxoriae*. Resulta evidente que la pregunta que nos realizamos a continuación es que si parece tan claro que es una cuestión relativa a la *actio rei uxoriae*, ¿por qué razón no se ubicó el fragmento en D. 24, 3? Esto nos lleva a la conclusión de que la hipótesis debe de ser otra.

Ahora bien, la pregunta que surge a continuación es saber qué materia es objeto de discusión.

Wacke⁴⁰ plantea una posible respuesta a esta cuestión y que consiste en determinar la categoría jurídica de los bienes entregados por la mujer al marido, esto es, si se dan en concepto de dote o de donación.

A nuestro modo de ver no parece una opinión que esté fuera de lugar, ya que es perfectamente plausible que la cuestión suscitada a Paulo fuese precisamente ésa, es decir, en qué sentido se debe decidir si no se sabe si determinados bienes que están en poder del marido los tiene a título de donación o de dote. En particular, creemos que la indeterminación proviene de la incerteza interpretativa que muestra el negocio jurídico constitutivo de la dote o de la donación, puesto que no se sabe exactamente si responde al fin de la dote o al de la donación⁴¹.

En este caso, para que exista tal ambigüedad debe tratarse de negocios iguales pero con causa distinta. Sería el supuesto de la *dotis promissio*, en cuya

Tampoco parece que tenga esa razón de ser la interpretación que hace de Cic. *Pro domo* 95. Según parece, cabría pensar que Modestino en D. 49, 14, 10 *Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*, se referiría a un respuesta dada por el juez, como así parece entender LENZ H., *Privilegia fisci*, (Trier 1994), pág. 131. Sin embargo, desde un punto de vista procesal a tal respuesta en que se hace referencia al término *respondere*, puede aducirse, por un lado, la opinión de PULIATI S., *Il de iure fisci di Callistrato e il Processo Fiscale in Età Sveriana* (Milano 1992) pág. 141 de donde se deduce que en época de Modestino el procedimiento fiscal se tramitaba por la *cognitio extra ordinem*, por lo que no hay paralelismo procesal con el procedimiento por el que se tramitaría la cuestión a la que hace mención Paulo.

Por otro, como señalan KASER-HACKL, *RZP*, 2 ed. (München 1996), pág. 253 el término *responsio* es utilizado en el ámbito del procedimiento formulario en la *interrogatio in iure*.

³⁹ CUIACIUS, *Opera*, 5, (Paris 1838), pág. 1644.

⁴⁰ WACKE A., *Verlusabwehr rangiert vor Gewinnstreben. Ein klassische Intessenabwägungs- und Beweislast Regel* (D. 50, 17, 41, 1) en *ZSS* 118 (2001), pág. 264-285 en especial 268-269, 276.

⁴¹ KASER, *RPR I*, (München 1971), pág. 602 señala que siendo la donación, no tanto un negocio jurídico, como la causa o fundamento jurídico, Rechtsgrund.

estipulación no es necesario que conste la causa⁴², y una donación *in obligando* constituida mediante *stipulatio*⁴³.

La razón por la que encontramos plausible esta opción es, en primer lugar, porque pensamos que la respuesta de Paulo se orienta hacia el derecho material y, en segundo lugar, porque la dote es una institución que por la naturaleza y finalidad de la misma choca radicalmente con la donación⁴⁴. La primera tiene como fin contribuir a los gastos del matrimonio, facilitar el poder contraer ulteriores matrimonios y, por ende, la procreación. En definitiva, se trata de dotar a la mujer de un patrimonio independiente, mientras que la donación era utilizada como un modo de enriquecimiento que producía, por regla general, el quebranto patrimonial de los cónyuges en una época de inestabilidad matrimonial⁴⁵.

Si nos preguntamos por la opinión de Paulo en este sentido, podemos observar que existen motivos por los que se opone a la donación entre cónyuges basándose en razones de política patrimonial, como en D. 24, 1, 28, 2 donde refiere la posibilidad de que el siervo de uno de los cónyuges preste servicios al otro, lo que considera que es propio del afecto dispensado entre ellos y que sólo hay que temer que queden en estado de pobreza *et solam inopiam timentes*, lo que estaría en relación con D. 24, 1, 1

También se pueden argüir razones morales como por ejemplo el fragmento D. 24, 1, 2⁴⁶ donde se dice *ne cesset eis studium liberos potius educendi*.

E incluso, como ocurre en D. 24, 1, 2, se pueden aducir razones de política matrimonial tendentes a evitar matrimonios fútiles cuando, haciendo suya la opinión de Africano, dice *Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia esset matrimonia*. De hecho la utilización del término *venalicia* es bastante significativo a la hora de expresar algo que está a la venta, en este caso, el matrimonio, y de lo que se consigue con la donación.

Por último, en D. 12, 4, 9, 1 se recoge un supuesto en el que se afirma que si, mediando error, alguien hubiese prometido dinero no debido al marido por mandato de la mujer, si se hubiesen verificado las nupcias, se tiene esa cantidad por dote y, por contraposición, interpretamos que no se tiene por dona-

⁴² D. 22, 3, 23.

⁴³ ARCHI G. A., *La Donazione. Corso di Diritto Romano*, (Milano 1960), pág. 96; D'ORS, *Derecho Privado Romano*, (Pamplona 1989), pág. 383.

⁴⁴ GARCIA GARRIDO, *Ius uxorium* pág. 78.

⁴⁵ GARCIA GARRIDO, *Ius uxorium* pág. 82-83. D. 24, 1, 1

⁴⁶ HAMZA G., *Les Motifs de la Prohibition de la Donation entre Époux en Droit Romain et l'Hypothèse de son Origine en Le Droit de la Famille en Europe* (Straosbourg 1992), pág. 481-489 en especial 487 donde señala la oscuridad del motivo alegado por Paulo, ya que no entiende como la donación entre los cónyuges puede entorpecer la educación de los hijos. Podemos conjeturar que la afirmación de Paulo debe explicarse en relación con el fragmento de Africano, ya que un matrimonio fútil difícilmente cumplirá con los deberes y fines propios del matrimonio.

ción, de modo que frente a la reclamación por *condictio* la responsable es la mujer y no el marido.

La razón es que éste actúa administrando sus bienes –*maritum suum negotium gerit*– y no debe ser perjudicado, como sería el caso de que su mujer fuese indotada, reclamándosele el dinero –*et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere*–.

Y todo esto pese a la posibilidad de que la mujer pudiese reclamar lo donado, como se dice en D. 34, 5, 8 y sin que en ningún caso lo donado por la mujer suponga un medio con el que se cubran las mismas expectativas matrimoniales que las de la dote.

3. FUNDAMENTO DE LA RESPUESTA DE PAULO. REDUCCIÓN DEL ARGUMENTO *AD PUBLICAM UTILITATEM*.

Ahora bien, el problema estriba en saber a qué se refiere Paulo cuando dice *pro dote respondere melius est*. La cuestión es interesante ya que es la que nos tiene que orientar, por un lado, en el sentir del pensamiento paulino y, por otro lado, nos informa en relación con el valor normativo de tal disposición.

Dados los dos puntos que nos acabamos de plantear, realizaremos una simple apreciación de la fuerza normativa de respuesta y a nuestro modo de ver, tal respuesta no tiene más fuerza que la propia autoridad de quien la emite, esto es, Paulo. Las razones que nos permiten argumentar en este sentido es, por un lado, la pertenencia a un tipo de literatura jurídica, las *Quaestiones*, marcada por su carácter eminente práctico y donde Paulo manifiesta su opinión en relación con una cuestión a debatir.

Por otro lado, el uso de la expresión *melius est* indica que se trata de una recomendación práctica que realiza Paulo a aquellos que le escuchan y que, probablemente, sea fruto de su experiencia. Por consiguiente, Paulo no se remite a ninguna regla o norma jurídica, ni pretende dar una regla de tipo general, sino que sólo pretende orientar sobre cual sería el modo más conveniente, y consecuentemente no definitivo⁴⁷, de resolver una cuestión jurídica en la que no se sepa si lo entregado o prometido al marido fue a título de dote o de donación.

Palma⁴⁸, al referirse a este fragmento, lo interpreta dentro del campo de la *benignitas*, en particular explica que esta *benignitas*, como criterio de interpretación, se justifica en atención a un criterio moral y social tendente, más que hacia el humanitarismo, hacia la *utilitas* y a la conservación de los actos.

⁴⁷ TAFARO S., *Il Giurista e l'Ambiguità. Ambigere, ambiguitas, ambiguus* (Bari 1996), pág. 54.

⁴⁸ PALMA A., *Benignior interpretatio*, (Torino 1997), pág. 90. Por el contrario BERGER A., *In dubiis benigniora* (D. 50, 17, 56) *Considerazione Interpolazionistiche en Atti del Congresso Internazionale di Diritto* (1948) pág. 187-205 en especial pág. 203 *melius est* equivaldría a *praeferenda sunt*. Resulta evidente que la respuesta de BERGER es insatisfactoria ya que, al igual que nos preguntamos por que razón Paulo dice *melius est* lo mismo nos podemos preguntar con relación a *praeferenda sunt*.

Es interesante la apreciación que realiza Palma y, de hecho, estamos de acuerdo en que el mejor modo de interpretar este *melius est* es mediante el criterio de la *utilitas*⁴⁹. Así pues, si tomamos el significado de la expresión *melius est*, entendida como que ‘es más conveniente’ y unida al contexto social y político en que se sitúa este fragmento, creemos que es más plausible interpretar este fragmento atendiendo a criterios de utilidad que de moralidad⁵⁰.

Sin embargo, no creemos que en este caso la reducción del *argumentum ad utilitatem* se concrete en la conveniencia de salvar un tipo de negocio. Todo lo contrario, según lo que hemos afirmado *supra* creemos probable que el caso que se le planteó a Paulo pudo ser el de la indeterminación del título con el que el marido tiene determinados bienes, esto es, si los tiene a título de dote o de donación.

La aporía en que se encuentra Paulo es decidir si se tienen a título de dote o donación y, en última instancia, decide *favor dotis* porque *melius est*, o lo que es lo mismo, por razones de utilidad, en particular de utilidad pública⁵¹, lo que constituye un criterio que no debió ser en absoluto desconocido para Paulo, sino más bien orientado según unas líneas previas⁵². La decisión de Paulo se orienta en un sentido práctico⁵³ de interés público⁵⁴, esto es, adecuándose a las circunstancias de hecho en una situación que es de especial relevancia para Roma, como es el caso de la situación demográfica, favoreciendo la dote y el matrimonio.

⁴⁹ HEUMANN-SECKEL, voz *utilitas*, pág. 610, de quien destacamos el segundo significado de este término asociado a necesidad, interés o ventaja. Creemos que este significado se ajusta mejor que el referido a un punto de vista más pragmático. En este sentido KASER, *Ius publicum und ius privatum* en *ZSS* 103 (1986), pág. 1-101 en especial pág.17 donde señala que el criterio de la *utilitas* responde a una situación de necesidad y donde dicha respuesta adaptada a tal criterio es correcta.

⁵⁰ Vid. nt. 2

⁵¹ En este sentido KASER, *Ius publicum und ius privatum*, pág.18, 42-43. El autor alemán concibe la *utilitas publica* como un interés general, y en especial del Estado, que se refleja pensamiento jurídico que da lugar a normas o decisiones de los casos, cuando hablamos de utilidad pública.

⁵² SCARANO USSANI V., *l'Utilità e la Certezza*, (Milano 1987), pág. 29 destaca la tendencia que con Juliano se produce en el saber jurídico romano orientándose en sus decisiones hacia el interés de la ciudad. Concretamente, destaca que en Juliano se produce una reflexión en orden a determinar que el *ius civile* debía estar condicionado por la idea de *utilitas communis*.

⁵³ ANKUM H., *Utilitatis causa receptum* en *RIDA* 15 (1968), pág. 119-133 en especial 123, 132 quien define la *utilitas* como “les exigences de la vie pratique ou l'intérêt de la pratique”, lo que, según el romanista holandés, permite alcanzar decisiones más adecuadas o razonables.

⁵⁴ D. 1, 1, 1, 2; *Rhet. ad Hern.* 2, 13, 20; NAVARRA M., *Utilitas publica-utilitas singularum* en *SDHI* 63 (1997), pág. 269-291 en especial pág. 270 se refiere al a interés público como un bien general. KASER, *RPR I*, (München 1971), pág. 197 quien traduce el término latino *utilitas* por *interesse*. De este modo, la utilidad pública se refiere al interés de la comunidad por contraposición con el interés de los particulares.

4. SOBRE EL TÉRMINO *AMBIGUUS*.

Nos queda por estudiar un último punto del fragmento paulino, esto es, saber a qué pudo referirse el jurista romano cuando dice *in ambiguis* en relación con su correspondiente justificación y planteamiento del problema en torno a la decisión *pro dote*.

En este sentido se observa que Paulo acude al expediente de la ambigüedad, lo que nos lleva a que empecemos a tratar qué es la ambigüedad, como una técnica de plantear una situación discutible, y los medios que permiten resolverla.

Respecto al término *ambiguus* se puede traducir desde un punto de vista semántico en función de las aportaciones que realizan las fuentes literarias por ambiguo, dudoso, equivoco u oscuro⁵⁵. Por tanto, como dice Cicerón en su *Tópica*⁵⁶, que ante un escrito que ofrece un doble sentido, se pueden dar dos pareceres, supuesto en el que se encontrarían los juristas ante una situación que puede dar lugar a dudas, pudiendo dar, al menos, dos soluciones distintas según el tenor de las palabras⁵⁷. Se trata de un problema de interpretación de la norma⁵⁸ que va más allá de la retórica, puesto que afecta a las categorías del análisis lingüístico⁵⁹. Es, por consiguiente, una cuestión de carácter interpretativo que de modo general se plantea en los diversos ámbitos de la vida y del cual hace uso la retórica.

Lausberg⁶⁰ señala que la *ambiguitas*, o *status ambiguitatis*, consiste en el defecto de la ambigüedad en el lenguaje escrito y cuya solución pasa por una

⁵⁵ DE MIGUEL R., voz *ambiguus*, pág. 48. *The Oxford Latin Dictionary*, voz *ambiguous* (Oxford—) pág. de donde se puede concluir que el término *ambiguus* hace especial referencia a indeciso, dudoso o controvertido, algo respecto de lo que pueden existir varias opiniones.

Victorin. *Rhet.* 2, 39, 20 *Ergo principalis est ambiguitas... cuius defintio adhibita est 'cum, quid senserit scriptor, obscurum est, ideo quia duas aut plures res significat'* y donde el término ambiguo significa que puede tener varios significados a causa de que no está claro lo que piensa el que escribe. Parece que un sentido similar se puede observar en Festo, voz *ambiguum*, pág. 15 *ambiguum est, quod in ambas agi partes animo potestast. Huiusmodi apud Graecos anfibola dicuntur*.

⁵⁶ Cic. *Top.* 96 *Id autem contingit, cum scriptum ambiguumst, ut duae sententiae differentes accipi possint*. Cic. *De inv.* 1, 12, 17; 2, 40, 116. *Rhet. ad Herenn.* 1,11,19; 1, 12, 20. MARTIN J., *Antike Rhetorik*, (München 1974), pág. 50 quien se refiere a la ambigüedad cuando el escrito o las palabras o la combinación de éstas, dan lugar a más de un significado.

⁵⁷ BERNECKER R.-STEINFELD Th. voz *amphibolie, ambiguität* en *Historisches Wörterbuch der Rhetorik* 1 (1992), pág. 436-444 en especial pág. 437 apunan que el sentido ambiguo se produce cuando el doble o mayor número de significados se derivan de la palabra, grupo de palabras o frases.

⁵⁸ Como señalaremos *a posteriori* no nos referimos a norma en sentido estricto sino en sentido que comprenderá cualquier acto realizado por las partes capaz de regular jurídicamente sus relaciones

⁵⁹ BERNECKER R.-STEINFELD Th. voz *amphibolie, ambiguität*, pág. 437.

⁶⁰ LAUSBERG H., *Manual de Retórica Literaria* (Madrid 1990 Trad. Pérez Riesco J. del original *Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft* München 1960), pág. 202-203.

interpretación, según uso natural del lenguaje, la equidad⁶¹ o la *voluntas*; en particular, centra la cuestión en el *status legalis*.

La situación de ambigüedad que pueda surgir como consecuencia de la interpretación de la norma, trae su causa en la imperfección del *scriptum*, o tenor de la ley⁶². Esto nos lleva a que nos planteemos tres preguntas.

En primer lugar hemos de concretar si la cuestión de la ambigüedad resulta aplicable sólo a la ley entendida, desde un punto de vista formal, como norma emanada de un órgano público con capacidad para regular las relaciones sociales, o bien, desde un punto de vista más amplio de norma.

En esta cuestión, seguimos a Lausberg⁶³ quien, a su vez, interpreta a Quintiliano al afirmar que *lex* se refiere a cualquier clase de normas, por tanto, no sólo a leyes en sentido estricto sino también a testamentos, a contratos..., esto es, la interpretación de los actos negociales⁶⁴, orales como escritos⁶⁵, campo en el que se le plantea la cuestión a Paulo. De esto se deduce que la cuestión de la *ambiguitas* no se circunscribe únicamente a lo escrito, en términos estrictos, sino también a la interpretación de los negocios orales, como es el caso de la *stipulatio*.

La segunda cuestión a resolver es saber en qué términos se plantea la cuestión de la *ambiguitas*, es decir, saber cuál es el problema que hemos de abordar cuando afirmamos que, por razón de una disposición normativa, se genera un *status ambiguitatis*.

Parece claro que el *status legalis* genera cuatro tipos de *quaestiones*, a saber, *scriptum et voluntas*, *leges contrariae*, *syllogismus* o *collectio* y *ambiguitas*⁶⁶ pertenecientes al género jurídico y judicial donde asumió un papel central⁶⁷.

Ahora bien, tal distinción de *status* o *quaestiones* dentro del *status legalis* se debe a las diferentes posibilidades de colisión y defectos de lo escrito⁶⁸. De este modo, en términos generales, la problemática se reconduce, en última instan-

⁶¹ LAUSBERG, *Manual de Retórica Literaria*, pág. 142, 186 interpreta la equidad, desde un punto de vista funcional, como norma por la que el legislador se deja guiar al configurar la estructura textual y semántica de la ley, constituye un elemento esencial de la *vis*, significación del texto legal, junto con la *voluntas* que es la pretensión del legislador de la cual constituye un instrumento interpretativo.

⁶² LAUSBERG, *Manual de Retórica Literaria*, pág. 192.

⁶³ LAUSBERG, *Manual de Retórica Literaria*, pág. 155, 185 a propósito Quint. 7, 5, 5-6 *quod de legibus dico, idem accipi volo de testamentis, pactis, stipulationibus, omni denique scripto: quod de scripto, idem de voce*. Victorin. Rhet. 1, 12, 20. FUHRMANN M., *Die antike Rhetorik*, 2 ed. (München 1987), pág. 109. MARTIN, *Antike Rhetorik*, pág. 46 quien de un modo claro afirma que bajo el término *lex* se comprende cualquier convenio, pacto o acuerdo, escrito o no, por el se genera un vínculo.

⁶⁴ TORRENT A., *Salvius Iulianus. Liber singularis de ambiguitatibus* (Salamanca 1971), pág. 34.

⁶⁵ Cic. *de invent.* 2, 40, 117; Cic. *Part. Orat.* 31, 108; Quint. 7, 9, 15.

⁶⁶ *Hermag. Frag.* 20, d; Fortun. *Rhet.* 1, 22; 1, 24; Aurel. Agust. *Rhet.* 8, 11; Sulp. Vict. 24; Iul. Vict. 3, 11.

⁶⁷ TAFARO, *Il Giurista e l'Ambiguità*, pág. 8.

⁶⁸ LAUSBERG, *Manual de Retórica Literaria*, pág. 193.

cia, a una cuestión relativa a la relación entre *scriptum* y la *voluntas*⁶⁹, por lo que el *status ambiguitatis*⁷⁰, derivado de la imperfección del lenguaje escrito, lleva a una *coniectura*⁷¹ entre lo escrito y lo querido.

La tercera cuestión estriba en saber cómo se puede resolver la cuestión planteada a causa de una ambigüedad. Aristóteles⁷² apuntaba a la equidad como criterio con el que resolver las cuestiones dudosas, lo que implica, según el Estagirita, atender a la voluntad del legislador y no a la letra de la ley, atender más a la voluntad o intención del que realizó el acto que al hecho⁷³. Añade que en el caso de que exista una ambigüedad en una ley puede también resolverse según lo que es justo⁷⁴ o conveniente para todos⁷⁵, es decir, si el sentido en que se orienta la ley es a lo justo o a lo conveniente.

Para el autor de la retórica *ad Herennium*⁷⁶ la cuestión sobre la ambigüedad se resuelve, en primer lugar, observando si existe ambigüedad, en segundo lugar, atendiendo a la interpretación del contrario, ver cual debería ser la redacción del legislador y, por último, que nuestra interpretación es conforme a la ley, a la moral, a la costumbre, a la naturaleza y a la equidad.

Cicerón⁷⁷, para quien lo ambiguo, siguiendo la precedente tradición, se da en el caso de que un escrito pueda significar dos o más cosas, señala que el modo retórico de afrontar esta ambigüedad, a partir de un análisis de los elementos de la misma escritura, es probar que no existe tal ambigüedad, porque la costumbre nos hace hablar así, de forma que el sentido de las palabras

⁶⁹ LAUSBERG, *Manual de Retórica Literaria*, pág. 193 apunta que el fin de todos los *status legales* es la fijación de la *voluntas legumlatoris*. MARTÍN, *Antike Rhetorik*, pág. 46.

En este punto parece que deba procederse a una clara distinción entre las categorías del *scriptum et voluntas*, por un lado, y la *ambiguitas*, por otro. Sin embargo, observamos como para autores como Cicerón existe una clara relación causa efecto entre lo querido, lo escrito y la ambigüedad generada. Así aparece en Cic. *de Oratore*, 2, 110. Cic. *de invent.* 2, 40, 116; Victorin. *Rhet.* 2, 39, 20 en quien observamos que lo que genera la ambigüedad es la existencia de una pluralidad de significado generados por un pensamiento poco claro.

No vamos a entrar a valorar el exacto significado del término *obscurus* que da lugar a múltiples matizaciones, como observa DE MIGUEL, voz *obscurus* pág. 624-625. Sin embargo, si que podemos reducir el significado a la falta de claridad. Quint. 8, 2, 16 rechaza que un concepto oscuro sea ambiguo, por lo que distingue entre lo poco claro y lo que tiene múltiples sentidos. Por el contrario, Cic. 2, 40, 116 los confunde.

⁷⁰ RIPOSATI B., *Studi sui Topica di Cicerone* (Milano 1947), pág. 237, 255.

⁷¹ LAUSBERG, *Manual de Retórica Literaria*, pág.193 y a quienes resulta aplicable los cuatro *status rationales*.

⁷² Arist. *Rhet.* 1, 1374 a, 34

⁷³ Arist. *Rhet.* 1, 1374 b, 14 mirando al legislador, en su intención o inteligencia más que al hecho o a la letra de la ley. Quint. 7, 9, 15.

⁷⁴ PALLÍ J., *Aristóteles. Ética a Nicomáquea*, (Madrid 2000), pág. 132 nt. 2 quien señala que Aristóteles se aleja de la simple concepción de lo justo como aquello que es legal. Así se deduce de la obra del Estagirita *EN* 5, 1129 b, 1 quien dice que no sólo es injusto quien transgrede la ley, sino aquel que es codicioso o no es equitativo.

⁷⁵ Arist. *Rhet.* 1, 14, 1375 b, quien alude a la conveniencia como criterio que sirve para configurar la ley.

⁷⁶ *Rhet. ad Herenn.* 2, 11, 16.

⁷⁷ Cic. *De inv.* 2, 40, 116-117. Cic. *Part. Orat.* 39, 138.

confusas es el que señalamos y que lo que se quiere se deriva claramente de la palabra. A continuación, sigue afirmando que tal sentido que queremos dar a las palabras se deriva de los hechos, de los escritos o dichos o del carácter o vida del que escribió tales palabras. En definitiva, se trata de probar la verosimilitud de lo que creemos que quiso decir el autor del escrito ambiguo. El último lugar, y si el caso lo permite, utiliza el criterio de la utilidad, en el sentido de que nuestra interpretación es más ventajosa que la de nuestro adversario.

En el ámbito de los estudios modernos, Riposati⁷⁸, a la hora de explicar los modos por los que se procedía a resolver una situación ambigua, señala ocho modos de resolverla, entre ellos, y en última instancia, utiliza el punto de vista de lo útil y de lo moral como modo de resolver una situación ambigua.

Este último punto es el que nos interesa y que, en caso de ser aplicado a nuestro fragmento, supondría que la utilidad constituye el punto que debe dar ventaja a una interpretación frente a otra, y en este caso, podemos pensar que el pensamiento paulino hace predominar una interpretación *pro dote* por razones de utilidad pública –*melius est*– haciendo prevalecer su interpretación *pro dote* y no *pro donato*.

Una vez hemos obtenido los elementos esenciales relativos a la *ambiguitas* partiendo del estudio que nos ofrece la retórica, hemos de abordar la cuestión relativa a su posible utilización por la jurisprudencia.

Sin entrar a valorar la influencia de la retórica en la jurisprudencia⁷⁹, nos limitaremos a tratar de averiguar si existen razones que permitan justificar esta relación en el fragmento de Paulo. De este modo, podremos utilizar el expediente de la *ambiguitas* como medio con que comprender metodológicamente el fragmento de Paulo.

La primera cuestión a tratar es evidente, esto es, la posible influencia de la retórica en la formación de Paulo.

En el ámbito de la educación⁸⁰, la retórica tenía especial importancia como elemento pedagógico, en especial para la formación de los juristas y de los abogados, propio de la enseñanza superior. En el ámbito de estas escuelas de oratoria es de donde se nutre la cancillería imperial para conformar el cuerpo de altos cargos funcionariales y de la administración, actividades que fueron desempeñadas por Paulo⁸¹.

⁷⁸ RIPOSATI, *Studi sui topica di Cicerone*, pág. 258.

⁷⁹ Al respecto nos remitimos a la bibliografía que aporta TAFARO, *Il Giurista e l'Ambiguità*, pág. 5 nt. 5.

⁸⁰ DEL CASTILLO, *Historia de Roma II*, pág. 397.

⁸¹ D. 32, 78, 6. FITTING H., *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander 2* ed. (Osnabrück 1965), pág. 82; ORESTANO, voz *Paulo*, pág. 362. WENGER L., *Quellen des römischen Rechts* (Wien 1953), pág. 516; KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und Soziale Stellung*, 2 ed. (Köln-Weimar 2001), pág. 326.

A esto hemos de añadir el hecho de que Paulo desempeñó la función de abogado⁸² y, por consiguiente, pudo entrar en contacto, no sólo conceptual sino también práctico, con la técnica retórica de tal forma que hiciese uso de la *ambiguitas* en el sentido retórico⁸³, como ocurre en D. 34, 5, 21, D. 34, 5, 3 o, especialmente, en D. 32, 25, 1.

Sin más preámbulos pasamos a estudiar la cuestión planteada. Desde un punto de vista jurídico⁸⁴ *ambiguus* se traduce como dudoso o con doble sentido, mientras que *ambiguitas* significa controversia, duda, disputa⁸⁵.

En nuestro caso existe un problema que trae su causa en una *stipulatio* y que plantea una cuestión ambigua ya que no se sabe si se estipuló *dotis causa* o *donationis causa*.

Que la *stipulatio* puede dar a lugar a ambigüedades es algo que en las fuentes aparece reflejado, como le ocurrió a Celso y que recoge D. 34, 5, 26 *Quum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*.

El problema que se le plantea a Celso es saber *quid acti sit*, esto es, si la ambigüedad afecta a lo querido o pretendido por las partes⁸⁶, Celso en su *responsum* va más allá incluso del planteamiento del problema en relación a la literalidad de lo afirmado y supera la cuestión de lo querido y lo afirmado para presentar la cuestión de la ambigüedad directamente sobre lo querido. Esto es, lo ambiguo es, en este caso, lo querido.

⁸² KLAMI H., *Iulius Paulus. Comments on a Roman Lawyer's Career in the III Century* en *Sodalitas IV* (1984), pág. 1829-1841 en especial 1831-1832 quien expresa sus dudas respecto a las pruebas aportadas por aquellos que han manifestado que Paulo fue abogado.

Sin embargo, pese a que las objeciones son aceptables, en nuestra opinión el hecho de que el fragmento de Paulo se exprese en términos como *ego apud praetorem fideicommissarium petebam etiam res aestimatas, quarum pretium in dotem erat, nec optinui*, encontrándonos luego con el hecho de que el propio Paulo encuentra un argumento con el que basar su defensa en un texto de Aburnio Valente. Al respecto ROHDEN, voz *Aburnius* en *PW*, 1 (1893), pág. 127-128. Con todo, resulta bastante difícil no creer que el jurista romano fuese parte activa en el proceso y no un simple consejero como argumenta KLAMI.

Es más, mayores dudas nos plantea la tesis de KLAMI si atendemos al fragmento de Ulpiano 50, 13, 1, 11 *Advocatus accipere debemus omnes omnino, qui causis agendis quoquo studio operantur*. Como se observa de la literalidad del fragmento se observa que el concepto de abogado definido en atención a su dimensión funcional, es muy amplio. Esto supone que nada impide pensar que Paulo fuese abogado y desempeñase esa actividad ante los tribunales. Tomando este fragmento WIELING H., *Advokaten im Spätantiken Rom* en *Atti dell'Accademia Romanistica Constantiniana*, 11 (1996), pág. 419-465 en especial 420 define abogado aquellos que toman parte en la ayuda a las cuestiones judiciales.

⁸³ VONGLIS B., *La Lettre et l'Esprit de la Loi*, (Paris 1967), pág. 94.

⁸⁴ HEUMANN H-SECKEL E., voces *ambiguus- ambiguitas*, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Recht*, 10 ed. (Graz 1958), pág. 29; BERGER, *In dubiis benigniora* pág. 203 quien señala que el término *ambiguus* se puede equiparar a por *in dubiis*.

⁸⁵ TAFARO, *Il Giurista e l'Ambiguita*, pág. 37 la concibe únicamente como duda.

⁸⁶ HEUMANN-SECKEL, voz *agere* pág. 25; PASTORI F., *Il Negozio Verbale in Diritto Romano* (Milano 1994), pág. 230 para quien la expresión *quod acti sit* refleja el conjunto de intereses de las partes pero desunidos de las palabras. CORBINO A., *Il Formalismo Negoziabile nell'Esperienza Romana* (Torino 1994), pág. 92.

Ante la duda de no saber lo que es querido por las partes, entonces *ambiguitas contra stipulatorem est*, lo que, según Gandolfi⁸⁷, se justifica por el hecho de que se hace responsable a aquella parte que debió mostrar la debida diligencia a la hora de expresarse de modo que evitase la ambigüedad. En este caso, recae sobre el estipulante que es quien realiza la pregunta, mientras que el promitente se limita a adherirse.

Y no solo a Celso, sino que al propio Paulo se le planteó un problema en este sentido en D. 34, 5, 21 pr. *Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est, veluti cum Stichum stipuler et sint plures Stichi, vel hominem, vel Carthagini cum sint duae Carthagines*

Este fragmento de Paulo es significativo por las siguientes razones. En primer lugar, señala que frente a las palabras que puedan ser ambiguas, vale aquello que pretenden las partes⁸⁸. En segundo lugar, pone como ejemplo una *stipulatio* donde los términos lingüísticos son confusos dando pie a una ambigüedad.

En estos casos hemos observado, por un lado, cómo, en el ámbito de las estipulaciones, existen supuestos en los que se plantea la cuestión de la ambigüedad y, por otro, hemos apreciado cómo se utiliza el recurso a la *voluntas* como modo de resolver una cuestión ambigua, lo que supone que no podemos negar una cierta influencia de la retórica.

Ahora bien, la pregunta que surge a continuación es saber si el expediente de la ambigüedad se puede resolver mediante utilización de un argumento *ad utilitatem*.

Para atender a esta cuestión, tomemos el fragmento de Ulpiano D. 5, 1, 66⁸⁹ *Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est accipendum est*. De la respuesta se puede desprender que quien hace uso de un lenguaje o de una *intentio* ambigua y cuya interpretación puede dar lugar a más de un significado, debe de entenderse lo que resulte más favorable.

Al respecto, Gandolfi⁹⁰ afirma que la opción que se plantea en este caso no es entre lo útil y lo inútil, sino entre lo útil y lo más útil, ahora bien, pese a esta

⁸⁷ GANDOLFI, *Sull Interpretazione degli Atti Negoziali*, pág. 391. PASTORI, *Il Negozio Verbale*, pág. 229. Para KRAMPE Ch. *Die ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem* en ZSS 100 (1983), pág. 185-228 en especial 204.

⁸⁸ No es de extrañar que Paulo haga prevalecer la intención a las palabras en caso de duda, como se observa en D. 32, 25, 1 donde se extrae claramente que si no hay cuestión sobre el sentido de las palabras, entonces no hay cuestión sobre la voluntad. *Sensu contrario*, en caso de duda hay que estar a la voluntad. La razón de esta postura se expresa claramente en D. 34, 5, 3 *libro quarto decimo quaestionum In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult quia id non loquitur*. En este fragmento se observa claramente que el jurista romano parte de que la *voluntas* se expresa en las palabras, por esa razón si las palabras no son claras hay que investigar la *voluntas*.

⁸⁹ VALIÑO, *Intentio en el Digesto. Una Revisión de Textos en Est. Álvarez Suárez* (Madrid 1978) pág. 519-534 en especial pág. 525 quien considera que el término *intentio* es un glosema, lo que parece corroborarse si tenemos en cuenta el fragmento de Juliano quien habla de *actio*.

⁹⁰ GANDOLFI, *Sull Interpretazione degli Atti Negoziali*, pág. 388.

alternativa, sigue sin quedarnos claro a que se refiere Ulpiano cuando utiliza el término *utilius*, que debe referirse a la *utilitas singulorum*.

Ya avanzó algo en esta línea Juliano, lo que se recoge en D. 34, 5, 12 *Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, comodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*. El jurista africano apuntaba que en el caso de que existiese una situación ambigua por la que no se sepa exactamente qué es lo que se demanda, o lo que se opone a la demanda, debe interpretarse de la forma más ventajosa posible, a fin de evitar que la causa por la que se discute decaiga.

Es de este modo como creemos que debemos interpretar el fragmento de Ulpiano, en el sentido de que lo más útil para el actor en caso de que su pretensión sea ambigua es que se interprete del modo más ventajoso para que no decaiga.

Así opinamos que se interpreta el fragmento de Paulo D. 50, 17, 172, 1 *Ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actoris sit*.

De todo esto hemos de deducir que el fragmento ulpiniano nos muestra una situación en la que, planteada una cuestión ambigua, de cuyo tenor literal se pueden interpretar varios significados, hay que tener en cuenta aquel sentido que sea más ventajoso a fin de conseguir que el procedimiento no decaiga. En este caso, se trata de tomar aquella interpretación que resulte más ventajosa o, si queremos, más útil. En este supuesto, resulta claro que en el caso de que se produzca una situación ambigua el criterio a seguir es el de la interpretación más ventajosa.

5. CONCLUSIÓN.

A modo de recapitulación, no nos queda más que proceder a la que creemos que sería la hipotética interpretación del fragmento paulino en atención a las consideraciones expuestas a lo largo del trabajo.

En nuestra opinión, el problema que se le planteó a Paulo en el probable ámbito de la discusión doctrinal, fue el del modo en que debió interpretarse la causa de un negocio jurídico estipulatorio por el que el marido recibió bienes de la mujer, esto es, si fue *pro dote* o *pro donato*. Dado el tipo de negocio, no duda en recurrir al expediente retórico de la ambigüedad, del cual es conocedor, resolviendo la cuestión *pro dote* mediante la reducción del argumento *ad utilitatem publicam*, dada la necesidad de fomentar los matrimonios y la procreación a causa de la situación demográfica romana y los problemas que plantea la donación entre esposos.