



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DERECHO

“LA DOTE EN ROMA Y EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL: ESTUDIO COMPARATIVO”

Presentado por:

Helena Antolino Toledo

Tutelado por:

Francisco Javier Andrés Santos

Valladolid, 12 de Junio de 2017

ÍNDICE SISTEMÁTICO

1. Introducción.....	1
2. La dote en Roma y en el Derecho Romano.....	5
2.1 El régimen económico matrimonial en el Derecho Romano Clásico	5
2.2 El sistema dotal y el régimen jurídico de los bienes dotales	7
2.2.1 <i>El concepto de la dote en el tiempo</i>	7
2.2.2 <i>Clases de dote y modos de constitución</i>	9
2.2.3 <i>Estimación de la dote o dos aestimata</i>	12
2.2.4 <i>Régimen jurídico de los bienes dotales</i>	13
2.3 Las crisis matrimoniales en el Derecho Romano clásico. El divorcio	16
2.4 Consecuencias y efectos económico-patrimoniales del divorcio en Roma	21
2.4.1 <i>Época arcaica y el matrimonio cum manu</i>	21
2.4.2 <i>Época clásica, el matrimonio sine manu y la restitución de la dote</i>	22
2.4.2.1 <i>Stipulationes rei uxoriae</i>	23
2.4.2.2 <i>Actio rei uxoriae y las retentiones</i>	25
2.4.3 <i>La permutatio dotis y la subrogación real</i>	29
2.5 La reforma Justiniana: La Hipoteca dotal	31
3. La dote como institución en el Derecho Común Español	33
3.1 Definición de dote y caracteres generales del sistema dotal.....	34
3.1.1 <i>Origen terminológico de la dote</i>	34

3.1.2	<i>Elementos personales, reales y formales</i>	36
3.2	Constitución de la dote	38
3.3	Especies de dote	41
3.4	Dote obligatoria y dote confesada	43
3.5	Régimen de la dote estimada y la inestimada	48
3.6	La hipoteca dotal	53
3.6.1	<i>Contenido normativo</i>	53
3.7	Restitución de la dote	54
3.7.1	<i>Casos en que procede restituir la dote</i>	54
3.7.2	<i>Elementos reales, personales y formales</i>	56
3.8	Desaparición de la dote como régimen económico matrimonial típico	58
3.8.1	<i>La Reforma de la Ley 13 de Mayo de 1981</i>	58
3.8.2	<i>Problemática: ¿Qué ocurre con las dotes que aún quedan vigentes?</i>	59
4.	Conclusiones Finales	60
5.	Referencias Bibliográficas	64

1. INTRODUCCIÓN

El verdadero desarrollo técnico de la dote se llevó a cabo en Roma y en el correspondiente Derecho Romano.

Consultando la doctrina de los romanistas podemos claramente diferenciar dos etapas, primeramente una en la que la dote surge en el matrimonio con *manus* y una segunda en la que la dote se da en el matrimonio *sin manus*.

La dote que surge en el matrimonio con *manus* constituía una forma de compensar a la mujer al perder los derechos hereditarios de su familia paterna como consecuencia de la ruptura del vínculo con este al casarse y entrar a formar parte de la familia de su marido.

En el matrimonio *sin manus*, en cambio, se constituía la dote como una forma de aportar recursos a los gastos domésticos¹.

Con el paso progresivo del tiempo la dote evolucionó y pasó de ser simplemente una forma de donación, a ser una institución jurídica especial, además de un patrimonio separado, lo cual se alcanzó mediante la imposición de la restitución de la dote en caso de divorcio. Esto sobre todo cobró importancia en la época imperial y justiniana².

Por todo ello, la dote entre los cónyuges es una de las instituciones más vitales del Derecho Romano, así como su evolución. Esta institución se ha ido modificando según las distintas etapas del ordenamiento jurídico Romano.

En las épocas antigua y clásica no existía obligación jurídica de constituir dote, sino que más bien esto era una obligación moral, ética y social³. Implicaba incluso un honor el constituir la dote con toda clase de bienes y derechos, tanto reales como de crédito.

Al parecer de Marciano⁴ esta obligación moral y social evolucionaría más tarde y se convertiría en obligación jurídica, la cual, con el paso de tiempo fue ampliando su campo de actuación extendiéndose a más sujetos aparte del padre como la propia mujer, la madre o el

¹ ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984, pp.722-724

² CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, 9ª Ed., Madrid, 1976, pp. 393-394

³ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-189, pp. 271-272

⁴ MARCIANO, 16 Inst. D. 23, 2, 19.

hermano consanguíneo, por ello, en el derecho justinianeo se utilizaba la expresión “*dos necessaria*”, y hacía referencia a la constituida por persona jurídicamente obligada a ello⁵.

Podemos diferenciar tres estadios principales, a través de los cuales se va produciendo una mejora de los derechos de la mujer sobre la dote de forma progresiva.

Primeramente, nos encontramos con el Derecho Pretorio, en torno al año 200 antes de J.C. Este sistema concedía a la mujer la *actio rei uxoriae*, pero su efecto se reducía a que el *arbiter* nombrado por el Pretor asignaba a la mujer cuanto de su dote fuese justo y equitativo⁶.

En segundo lugar, *La lex Iulia de adulteriis*, que data del año 18 antes de J.C. inició el sistema de la inalienabilidad dotal, privando al marido de la facultad de enajenar el fundo itálico que tuviera en concepto de dote, a no ser con el consentimiento de la esposa.

La misma ley, como opinan algunos autores modernos, prohibió constituir la prenda o hipoteca sobre el fundo dotal, ni aun con el consentimiento de la mujer.

Por último, Justiniano, puso término al proceso evolutivo de la dote en un doble concepto.

Por un lado hizo hincapié en la restitución concediendo a la mujer una ordinaria y transmisible *actio tacita ex stipulatu*, en lugar de la extraordinaria y personalísima *actio rei uxoriae*. El derecho a la devolución pasa a convertirse en un derecho patrimonial fijo.

Y, por otro lado, hizo referencia a la inalienabilidad dotal de los inmuebles aun con acuerdo de ambos cónyuges y aplicando dicha prohibición a los fundos situados fuera Italia.

Con esto la inalienabilidad dotal (de los inmuebles) estaba consumada y el sistema dotal se encuentra ya armado de todas sus piezas. Justiniano, más todavía que Augusto, es el verdadero autor del régimen dotal⁷.

Nuestro derecho imitó al Derecho Romano justinianeo y se trasplantaron al derecho español dos instituciones romanas como son la dote y los parafernales.

⁵ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-189, pp. 272-273

⁶ SOHM, R.: *Instituciones del Derecho Privado Romano: Historia y Sistema*, Traducción: ROCES, México D.F., 1975, pp 477 y sig.

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, 9ª Ed., Madrid, 1976, pp. 393-394

Esta inserción al Derecho Español se lleva a cabo sobre todo mediante la labor legislativa de Alfonso X el Sabio, ya que durante su reinado se elaboró por expertos juristas el Código de las Siete Partidas, un más texto doctrinal que legal.

Dando un carácter inalienable a la dote inestimada, según la Ley 7º, título XI, Partida 4º, se prohibía al marido:

“enajenar nin malmeter mientras que durase el matrimonio, la dote que rescibió della, fueras ende, si la diese apreciada”.

Con el paso del tiempo surgió una práctica que contradecía la expuesta, por lo cual fueron necesarias una serie de modificaciones. La ley declaró la insostenibilidad de este sistema de inalienabilidad formado en la práctica, por ser contrario a los intereses familiares y a la riqueza económica y su circulación⁸. Por ello, se permitió la enajenación consentida por ambos cónyuges, pudiendo la mujer pedir al marido que hipotecase otros bienes que no fuesen los enajenados o gravados.

En pleno movimiento codificador la dote aparece como una institución algo ambigua a causa de una normativa confusa, y todo ello desemboca en la necesidad de contar con disposiciones claras y definitivas que se adapten a los nuevos tiempos.

Aunque hemos de decir que en algún derecho foral, como el catalán, subsistió (y subsiste) la dote con fidelidad al Derecho Romano.

En 1851, en este contexto, el Proyecto de Código Civil intenta subsanar los defectos legislativos civiles anteriores en cuanto a esta materia, y pasa casi en su integridad esta regulación sobre la dote del Proyecto al final Código Civil de 1889.

La dote pasó a encontrarse regulada en el Código Civil Español de 1889, en el Título III, Capítulo III, ocupando los artículos 1336 al 1380, *“De las donaciones por razón de matrimonio”*, aunque sus rasgos clásicos en tal regulación aparecieron desdibujados faltando la inalienabilidad; además, se mostraba la dote desde una perspectiva simple calificándola de una categoría de bienes asociada a los gananciales o como un régimen más que excepcional⁹.

⁸ Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria. Año: 1861.

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, 9ª Ed., Madrid, 1976, pp. 394

Podemos hablar de una inadaptación de la dote a la realidad de aquellos tiempos, donde los privilegios concedidos a los bienes dotales eran incompatibles al movimiento de equiparación entre cónyuges que se estaba produciendo en nuestro derecho motivado por el principio de igualdad recogido en la Constitución española.

Finalmente, y tras la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de Mayo¹⁰, la dote desaparece definitivamente de nuestro derecho civil general, pero no plenamente, por lo que todavía a día de hoy cualquier persona puede hacer uso de ella al no haber sido derogada expresamente (como sí ha ocurrido en otros lugares, por ejemplo, en Italia). No obstante pervive en nuestros derechos forales así como en el derecho catalán, aragonés y balear.

En el plano internacional tres han sido los principales sistemas que organizaban la dote en las legislaciones modernas¹¹:

1º Dote Inmobiliaria y Mobiliaria Inalienables: fueron seguidas por países como Francia, Italia, Portugal o Inglaterra, si bien en esta última se constituyó una especie de fundación o trust.

2º Dote Inmobiliaria Inalienable: aquí nos encontramos con países como Rumania, Chile, Brasil y Perú.

3º Dote Alienable: era la seguida por Austria, Argentina y España.

Sí que es verdad que los cambios legislativos dados en el Derecho Moderno y en los Códigos Modernos hicieron cada vez más prescindible la regulación de la dote llegando esta incluso a desaparecer en algunos de los anteriores ordenamiento internacionales nombrados y en otros siendo tratada como una simple donación por razón de matrimonio, sin méritos bastantes

¹⁰ Ley 11/1981, de 13 de Mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, 9ª Ed., Madrid, 1976, pp. 395

como para concederle ningún privilegio ni ningún efecto especial, como ya hacen los Códigos de Chile, Colombia, Venezuela, Panamá, Alemania y Suiza, entre muchos otros¹².

2. LA DOTE EN ROMA Y EN EL DERECHO ROMANO.

2.1 El régimen económico matrimonial en el Derecho Romano Clásico.

Toda crisis matrimonial tiene como consecuencia efectos sobre el patrimonio de los cónyuges, tanto en el patrimonio común como en el patrimonio individual y privativo de cada uno de ellos.

De ello hacía reflejo el antiguo artículo 95 del Código Civil del 24 de julio de 1889 el cual recogía lo siguiente: *“la sentencia firme que formalice el convenio regulador, producirá, respecto de los bienes de matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial”*.

Lo recogido en este artículo era algo lógico ya que el régimen económico matrimonial se basaba en la institución jurídica del matrimonio, por tanto en el momento en que este último se disolvía, no tenía sentido que siguiesen adelante con ello¹³.

La liquidación del régimen económico matrimonial iba a girar en torno a dos elementos fundamentales: el tipo de régimen que se hubiese elegido y la existencia o inexistencia de normas de liquidación pactadas por los cónyuges¹⁴.

Este aserto era válido tanto para las relaciones familiares modernas, como para las relaciones dadas en cualquier ordenamiento jurídico a lo largo de la historia que hubiese conocido del matrimonio.

Pero, en cambio, no era válido cuando en el matrimonio se producía la confusión del patrimonio de uno de los cónyuges con el patrimonio del otro. En este caso no podíamos

¹² CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, 9ª Ed., Madrid, 1976, pp. 398-399

¹³ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 192-197

¹⁴ Vid. ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 95 del Código Civil”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C./BERCOVITZ, R., et al. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, vol. I, pp. 397

hablar de régimen económico matrimonial, ya que este se basa en la existencia de una masa de bienes común.

En el fatídico caso de que se disolviese el matrimonio, el patrimonio o bien quedaba inalterado o bien iniciaba un proceso liquidación.

Los romanos entraron en contacto con una regulación que mucho tenía que ver con el régimen de separación de bienes con una serie de particularidades entre los cónyuges.

El matrimonio romano, en principio, no podía crear un modelo especial de relaciones patrimoniales entre los cónyuges distinto del que a estos correspondía por su *status familiae*¹⁵.

En cuanto a esto debemos saber que si las personas dispuestas a contraer matrimonio eran personas *alieni iuris* o *alieno iuri subiectae*, es decir, personas sometidas a potestad, a los efectos del patrimonio, seguían sujetos al *paterfamilias*¹⁶. Este caso era el más normal, ya que en la familia romana tradicional el elemento conectivo del grupo era el *paterfamilias* y no el matrimonio, y recibía el nombre de familia agnaticia¹⁷.

Y si, en cambio, eran personas *sui iuris*, entonces conservaban cada uno su patrimonio y su capacidad de adquisición de forma individual. En relación con esto, las mujeres *sui iuris*, en época clásica se encontraban sujetas a una *tutela mulieris perpetua*.

Sólo en el caso de que la mujer pasara mediante *conventio in manum* a la familia agnaticia del marido, independientemente de que esta fuera *alieni iuris* o *sui iuris*, la mujer pasaba a depender de la potestad doméstica de su marido o del *paterfamilias* de este.

Es decir, en este caso la mujer pasaba a formar parte del círculo familiar del marido, junto a la familia de este y por ello su patrimonio y todos sus bienes se fundían con el patrimonio familiar del marido, sin establecerse ningún régimen económico patrimonial especial por razón del matrimonio.

Esta estructura no era contraria a la idea de la separación de los patrimonios familiares de los cónyuges en la época romana, ya que aquí simplemente uno de los cónyuges dejaba de contar a efectos patrimoniales, es decir, dejaba de existir a efectos patrimoniales.

En consecuencia no podíamos hablar de relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí, ya que uno de ellos a efectos patrimoniales carecía de importancia y singularidad; sólo en los matrimonios sin *conventio in manum*, matrimonios *sine manu*, podía hablarse de la posibilidad

¹⁵ FRANCIOSI, G.: *La famiglia romana. Società e diritto*, Torino, 2003, esp. pp 85 y ss.

¹⁶ ANDRÉS SANTOS, FJ.: op. cit.

¹⁷ FRANCIOSI, G.: *La famiglia romana. Società e diritto*. Torino: 2003, esp., pp. 85 y ss.

de algún tipo de relación jurídica que se parece a lo que hoy conocemos como régimen económico-matrimonial, lo que no quita que se pudiese hablar también de consecuencias de la crisis matrimonial en el matrimonio *cum manu*¹⁸.

2.2 El sistema dotal y el régimen jurídico de los bienes dotales.

2.2.1 El concepto de la dote en el tiempo.

Durante toda la época clásica en Roma rigió en el matrimonio la estricta separación de patrimonios entre los cónyuges, pero, desde muy pronto, los romanos fueron conscientes de que necesitaban un modelo de régimen económico matrimonial que constituyese un patrimonio común para poder hacer frente, entre los dos cónyuges, a las cargas familiares y del hogar.

Además, para este patrimonio común necesitarían la creación de una serie de reglas que lo regulasen y determinasen las relaciones entre los patrimonios individuales de cada uno de los cónyuges con el patrimonio del otro o el patrimonio individual de cada uno con el patrimonio común de ambos.

En conclusión, en la época clásica ya podemos hablar de régimen económico-matrimonial, pero no con todas las características que lo configuran hoy en día como tal. Tendremos que esperar a la época tardía para poder hablar de situaciones de comunidad de bienes.

En cambio, y por otro lado, en la época central de la historia de Roma, tenemos que destacar la figura en torno a la cual van a girar la totalidad de las relaciones patrimoniales en el matrimonio en Roma y en torno a la cual se desarrolla el presente trabajo: el sistema dotal, régimen característico no solo de Roma sino que ha influido en la mayoría de las sociedades premodernas, incluso ha permanecido presente en nuestras legislaciones hasta su desaparición en el Derecho Español mediante la Ley 13 de Mayo de 1981¹⁹, aunque permaneciendo vigente hasta nuestro días en algún que otro Derecho Foral y siendo de

¹⁸ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 194

¹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, 9ª Ed., Madrid, 1976, pp. 395-396

importancia a nivel internacional en países europeos como Italia, Austria o Francia, entre otros.

El sistema dotal se caracteriza por su funcionamiento el cual consistía en que el marido asumía las cargas económicas de la casa y de la familia, a las cuales hacía frente con todo su patrimonio individual, y recibía a cambio una aportación patrimonial de parte de la mujer, o más comúnmente del *paterfamilias* de esta, para poder así hacer frente más holgadamente a las cargas familiares y mejorar la situación económica de la comunidad conyugal.

La dote, llamada *dos* o *res uxoria*, en sí es la aportación patrimonial que hace la mujer, o el *paterfamilias* de esta o alguien en nombre de ella, al marido con la finalidad de mejorar la situación matrimonial y contribuir al sustento de las cargas familiares²⁰.

No podemos hablar de la dote, como ya he adelantado anteriormente como, una obligación de la mujer impuesta por la ley y el ordenamiento jurídico, sino que más bien, en sí, era una obligación impuesta a su padre por la moral social, aunque sí que, más avanzado en el tiempo, en el derecho justiniano, llegó a constituirse como obligación jurídica²¹.

En esta época romana en la que más se desarrolla la dote, el matrimonio característico es el matrimonio *sine manu*²², es decir, aquel en que la mujer no se integraba en la familia agnaticia del marido y por ello se mantenía entre ambos la separación de patrimonios²³. En torno a ello giraba el conjunto de relaciones patrimoniales entre los cónyuges y era de gran importancia, ya que de ello dejaron constancia los diferentes juristas de la época.

En cuanto a la evolución de la dote, con el paso del tiempo podemos destacar su desarrollo constante y su dinamismo, no siendo algo estático, sino que constituía un patrimonio especial que se ha mantenido desde la edad antigua hasta nuestros días.

En resumen; en un principio, en la época arcaica y en el periodo preclásico, la dote se englobaba dentro del patrimonio del marido, pero con el paso del tiempo ya a finales de la

²⁰ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 193-194

²¹ FAYER.: *La familia romana. Aspecti giuridici ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma, 2005, pp 185 y ss.

²² IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Historia e instituciones*, Barcelona, 1993, pp 177 y ss.

²³ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Comentario a la Ley Hipotecaria, Título V, De las hipotecas”, en DOMINGUEZ LUELMO, A. (Director): *Comentarios a la Ley Hipotecaria*”, 2ª ed. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2013, pp 922-925

época republicana y en la época imperial, se percibe como un conjunto de bienes de la mujer, *res uxoria*²⁴ a la que debe restituirse una vez disuelto el matrimonio.

Además esta última época se vio potenciada por la legislación justiniana, que fortaleció los derechos de la mujer tanto en el matrimonio como fuera de él, potenciando la figura de la restitución de la dote²⁵.

Estas diferencias entre épocas, en las características de la dote, están más marcadas que en otras figuras del ordenamiento romano histórico²⁶.

2.2.2 Clases de dote y modos de constitución

En Roma el sistema dotal era el régimen económico matrimonial por excelencia.

La dote tomó una doble denominación: *dos* y *res uxoria*. No sabemos con certeza si estos términos nacieron de forma simultánea o si hay uno anterior al otro, lo que sí podemos percibir es que, de las dos acepciones, la segunda “*res uxoria*” contiene al primero de los términos, por ello podríamos deducir que es posterior²⁷.

Por contrario, el término “*dos*” parece abarcar más espacio y ser más amplio que el segundo; en cuanto su origen, proviene del término *dare* de donde también proviene *donare*²⁸.

La constitución de la dote solía ir acompañada de pactos accesorios que instruían su uso, funcionamiento, restitución y los sujetos que debían articularla, entre otros rasgos característicos. Estos pactos accesorios eran nulos si se desprendían de ellos la intención de perjudicar el matrimonio, la institución de la dote y su esencia o la situación de la mujer²⁹.

²⁴ GARCÍA GARRIDO, MJ.: *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil. I. La tradición romanística*, Madrid, 1982, pp 43 y ss.

²⁵ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Comentario a la Ley Hipotecaria, Título V, De las hipotecas”, en DOMINGUEZ LUELMO, A. (Director): “*Comentarios a la Ley Hipotecaria*”, 2ª ed. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2013, pp 922-925

²⁶ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 192-197

²⁷ ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984, pp.722-724

²⁸ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 271-272

²⁹ VÉLEZ PEREZ, F.: Derecho Romano y la Dote “La dote”. Consulta online: <http://derecho-romano.blogspot.com.es/2006/06/la-dote.html> [última consulta: 22 de Diciembre de 2016]

Por otro lado, podemos diferenciar diferentes términos romanos que hacen referencia a distintos modelos de dote dependiendo de quién es el sujeto actor que la constituye:

- a) Primeramente, si la dote ha sido constituida por la persona que tiene la potestad sobre la mujer, hablamos de *dote profecticia*. Normalmente esta potestad suele tenerla el *paterfamilias*.
- b) Si, en cambio, la dote la constituye la propia mujer o cualquier otra persona distinta del *paterfamilias* hablamos de *dote adventicia*.
- c) Y por último, y sin contar quién la constituye, sino más bien, en la forma en que lo hace, es decir, si el constituyente aseguró mediante estipulación la restitución en caso de disolución del matrimonio, en este caso hablamos de *dote recepticia*.

En la época postclásica nos encontramos con una expresión que hace referencia a la dote:

“aut datur, aut dicitur, aut promittitur”

Recogida en los *Tituli ex corpore Ulpiani* (6,2), así como en una constitución de Arcadio y Honorio del año 396 d.C., esta expresión hace referencia y refleja la realidad del derecho clásico, en la cual la dote ya podía constituirse a través de *datio*, *dictio* y *promissio*, las cuales brevemente voy a analizar.

- 1) En primer lugar, la *dotis datio*, podemos decir que dependía de la forma en la que se había efectuado la transmisión de los bienes al marido. Esta transmisión podía efectuarse de dos formas: o bien mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, o bien mediante *traditio*.

La *mancipatio* o *in iure cessio* se llevaba a cabo cuando se trataba de *res Mancipi*; en cambio, se llevaba a cabo mediante *traditio* en los casos de *res nec Mancipi*. Si es verdad que, en el caso de transmitir una *res Mancipi* mediante *traditio*, el marido no recibiría la propiedad como tal y como es natural, sí que recibiría en cambio, por causa de la dote, que es una de las *iustae causae usucapionis*, por la cual podría usucapir al cabo de uno o de dos años dependiendo del caso en el que se encontrase.

Una vez realizada la *datio*, si posteriormente a ella el matrimonio no se verificaba, entonces independientemente de que el marido hubiese adquirido la propiedad, este no podría retenerla al no tener una causa sobre la que apoyarlo. Por ello, si se negaba a devolvérsela a la mujer, esta podría ejercitar la *condictio* contra él.

En cambio, si la entrega de la propiedad se hubiese realizado pero estuviese supeditada a la promesa de celebrar el matrimonio, y este no llegase a tener lugar, sólo en este caso la transmisión de la propiedad entenderíamos que no habría sido llevada a cabo, y por tanto el constituyente podrá ejercitar la acción reivindicatoria.

En el derecho clásico, en este caso, si el constituyente fallecía antes de las nupcias sus herederos estaban obligados a conservar la dote.

- 2) En segundo lugar nos encontramos con la *promissio dotis*, consiste en la promesa de dotar mediante estipulación, y se caracteriza por el juego de la pregunta y de la respuesta, en el cual el marido realiza la cuestión, y la persona constituyente se adhiere a la pregunta del marido, mediante la afirmación³⁰.
- 3) Y, por último, la *dotis dictio*, muy parecida a la anterior *promissio dotis*, se diferencia en que aquí no tiene lugar el juego de la pregunta y la respuesta. Consiste más bien en la asignación unilateral de la dote por el constituyente sin necesidad de pregunta previa. Aquí el constituyente sólo sería la misma mujer o el padre o abuelo de esta³¹.

Cuestión menos pacífica que las anteriores es la llamada *dote tácita* o la constitución tácita de la dote, la cual era debatida en gran medida entre los juristas de la época. Trata de cuando los cónyuges, tras el divorcio, se vuelven a casar, habiendo permanecido la dote en el poder del marido, y ahí se discutía sí, se reconstituía de forma tácita la dote. A favor de esta figura encontramos textos de Paulo³² y Javoleno³³ los cuales la defendían.

Sí que es verdad que, a partir de finales de siglo I o inicios de siglo II, se reconoce la constitución de una *dos tacita*. Pero en cambio, en la época postclásica se generalizó la decadencia del *promittere dotem* y el *dicere dotem*; además afloró el *pactum dotis*, de carácter

³⁰ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 273

³¹ ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984, pp.724

³² PAULO, 7 *ad Sabinum*, D. 23, 3, 30.

³³ JAVOLENO, 4 *ex Cassio*, D. 23, 3, 64.

obligatorio y que se basaba en un documento público, también denominado como *instrumentum dotale*.

Y por último, en la etapa posterior a la postclásica, la época del Derecho Justiniano, se admitió el simple pacto verbal, restando importancia a las formalidades escritas y de registro³⁴.

2.2.3 Estimación de la dote o *dos aestimata*.

La estimación de la dote se establece más en relación a la restitución de esta que a la constitución. Recibe el nombre de *dos aestimata*, proveniente de la palabra *aestimare*, la cual hace referencia a la acción de valorar o fijar el valor de una cosa o conjunto de ellas, y en este caso concreto a la valoración de las cosas, o bienes, que van a integrar la dote.

Podemos encontrar el origen de la *dos aestimata* en el momento en que proliferan las crisis matrimoniales y, por tanto, los divorcios en Roma datando este hecho en el siglo III a.C, es decir en el Derecho Preclásico, y lo que se pretende es garantizar en este momento, por medio de estipulaciones, la restitución de la dote.

Esta estipulación daría a elegir entre diferentes alternativas, o por un lado el poder exigir los objetos dotales o la estimación que de ellos se haya realizado previamente: el encargado de hacer esta elección será el marido, salvo que de forma expresa se hubiese acordado otra forma de llevarse a cabo o que la encargada de elegir sea la mujer. Es decir, la opción se basaría en devolver los bienes o su precio.

El verdadero fin de la estimación era en parte hacer responsable de la pérdida de los bienes dotales al marido.

Las fuentes en cuanto a la *aestimatio dotis* plantean un problema: determinar si los juristas clásicos la vieron como una verdadera venta (*venditio*) o no³⁵.

En relación a esto podemos hacer una distinción que hacían los juristas clásicos en cuanto a la *dos aestimata*: Por un lado diferenciaban la *aestimatio dotis venditionis causa*, aquí sí que se tenía la *aestimatio* como una verdadera venta y el marido podía ejecutar la *actio empti* en caso de

³⁴ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 273-274

³⁵ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 274-275

evicción y usucapir *pro emptore*, entre otros. Y por otro lado, *aestimatio dotis taxationis causa*, aquí la estimación sólo consistía en esa valoración de las cosas dotales para el caso en que se diese la devolución.

2.2.4 Régimen jurídico de los bienes dotales.

El planteamiento del régimen jurídico de los bienes dotales viene tras la constitución de la dote y la celebración del matrimonio.

Dependiendo de la etapa en que nos situemos, este planteamiento variaría dependiendo de la concepción que tienen en esa etapa de la familia, del matrimonio y de la dote. Sí que cabe entender que lo normal es que el marido obtuviese la propiedad de los bienes dotales aunque la mujer podría limitar esta propiedad o compartirla.

En el derecho clásico romano, hay confusión ante diferentes posiciones de juristas de la época: unos defendían que la propiedad de los bienes dotales correspondían al marido, otros que debían considerarse más bien propios de la mujer y, por último, otros oscilaban entre las dos posiciones anteriores, aunque lo más probable es que prevaleciese el primer criterio, el cual se lo atribuye al marido.

La dote era, por tanto y como ya he expuesto anteriormente, una aportación de carácter patrimonial, un patrimonio especial y definido que se realizaba a favor del marido con el fin de contribuir con este a soportar las cargas familiares y del hogar³⁶. También servía de garantía de la continuidad y estabilidad de los matrimonios y límite a que los componentes del matrimonio llevasen a cabo conductas que pudieran romper el matrimonio. Se cree que esto último se estableció a final de la República cuando los divorcios aumentaron escandalosamente sus cifras.

Más tarde, a partir de la época de la República su finalidad cambió y era más bien un fondo de auxilio económico para la mujer y sus hijos en el caso de que el matrimonio se disolviese tanto por divorcio como por el fallecimiento del marido.

En un primer momento se entendía que este patrimonio estuviese solamente integrado por *res corporales*. Pero desde muy pronto también se ve que empieza a incluir toda clase de

³⁶ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 276

elementos patrimoniales como cosas muebles, cosas inmuebles, derechos reales limitados, también de crédito y también dinero, entre otros.

El marido podía sobre este patrimonio ejecutar su facultad de plena disposición tanto jurídica como material de la titularidad de los bienes dotales con plena libertad, ya que la dote pasa a integrarse en su patrimonio, saliendo del patrimonio de la persona constituyente. Pero no por esto pierde su singularidad, ya que la dote se encontrará también en una situación especial y hasta cierto punto separada en el patrimonio familiar del marido³⁷.

La mujer hasta la época de la República no tenía grandes derechos sobre la dote, sólo tenía una expectativa de poder convertirse en acreedora del marido o de sus herederos en caso de disolución del matrimonio.

En relación con la dote, por un lado el marido tenía la plena disposición de ella, pero, por otro lado, su poder estaba limitado, así como su administración y gestión. A esto contribuye la *lex Iulia de fundo dotali* de Augusto, capítulo probablemente contenido en la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, por la cual se prohibía al marido que sin consentimiento de su mujer pudiera enajenar el fundo dotal en suelo itálico³⁸.

Antes de ella el marido podía enajenar los bienes dotales a título oneroso o gratuito, haciendo gala de su pleno poder de disposición, así como dar su consentimiento para que los esclavos dotales adquiriesen la herencia o el legado que les fueran conferidos o manumitir a dichos esclavos con el consentimiento de la mujer y ejercitar las acciones propias de un *dominus* (es decir, ejercitar la acción reivindicatoria, la *actio legis Aquiliae* o las acciones de hurto).

Pero, tras la promulgación de esta ley, aparecen limitaciones como la ya nombrada prohibición al marido de enajenar fundos itálicos contenidos en la dote sin el consentimiento previo de la mujer, así como su hipoteca, en época de Justiniano. Con esto podemos decir que el derecho del marido estaba configurado como un *aliud genus* de propiedad.

En el caso de que el marido incumpliese y dejase de seguir esa prohibición, se procedería a la anulación en los tres siguientes casos: cuando hubiera mediado *aestimatio dotis taxationis causa*, que la enajenación le hubiera venido impuesta al marido por sanción pretoria y en el

³⁷ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 192-197

³⁸ ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984, pp.726

caso en que el fundo dotal estuviera en régimen de copropiedad y cualquiera de los otros condóminos hubiera solicitado la división³⁹.

Hay dudas de si la enajenación de fundo dotal realizada por el marido, en contra de la prohibición era totalmente nula o sólo anulable a instancias de la mujer.

Con esta nueva regulación podemos creer que lo que quiso Augusto era una modificación radical de la dote, pero no es así, sino que era más bien una evolución del régimen en un tiempo en el que la mujer adquiere más derechos y es más protegida por la influencia de la época final de la República y esto se refleja en las nuevas regulaciones de la época.

Pero, aunque aumenta la protección de la mujer, esta sigue respondiendo de los riesgos de la insolvencia del marido cuando llegaba el momento de la restitución de la dote. Por ello se concede también a la mujer un *privilegium exigendi* sobre el crédito dotal en caso de concurso de acreedores del marido, todo ello en la dirección del *favor dotis* como máxima⁴⁰.

Por otro lado, también recaían sobre la figura del marido otra serie de cargas inherentes al *officium mariti*, como gestionar los bienes dotales con la misma diligencia que los bienes propios negociales, y si esto no se cumpliera, el marido debería responder por dolo y culpa; también era nulo el pacto que le eximía de responder por culpa⁴¹.

En el Derecho Justiniano se desarrolla la idea de proteger a la mujer en caso de disolución del matrimonio⁴².

Justiniano lo que hace es colocar al lado del *dominium iuris civilis* del marido un *dominium naturale* de la mujer, inspirado en la *humanitas*, de modo que el marido obtiene una propiedad *ad tempus*, es decir, limitada al tiempo de duración del matrimonio y, tras la disolución de este, la mujer podía mediante acción real recuperar la dote, o ejercitar la *actio pignoratitia in rem* como titular de una hipoteca legal privilegiada sobre el patrimonio de su marido⁴³.

³⁹ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 276

⁴⁰ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 201-204

⁴¹ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 276

⁴² ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984, pp.730

⁴³ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 276-277

Una vez establecidas las bases sobre las que se asienta la dote, esta, dependiendo de los diferentes episodios de crisis matrimoniales, va a ir cambiando sus efectos⁴⁴.

2.3 Crisis matrimoniales en el Derecho Romano Clásico. El divorcio.

Las causas de crisis matrimoniales en el matrimonio romano clásico son diferentes a las que hoy conocemos en nuestro sistema, y por tanto no son equiparables.

En el derecho romano clásico se entendía que había matrimonio cuando este cumplía con todos los requisitos y que no existía o dejaba de existir cuando uno de ellos faltaba, es decir, no conocían posiciones intermedias.

Para ellos el matrimonio era válido si se constituía entre mujer y hombre, y si se daban una serie de requisitos de validez como la ciudadanía romana, la pubertad, la aptitud para procrear y la capacidad jurídica para contraer matrimonio. Además era necesario que los cónyuges convivieran de manera formal juntos y la voluntad recíproca de los esposos de convivir y hacerlo como marido y mujer, así como, de socorrerse y auxiliarse mutuamente, lo cual recibía el nombre de *affectio maritalis*.

Por tanto, si cesaba alguno de estos presupuestos como tal, el matrimonio cesaba. Y aunque hubiese convivencia, si esta era sin *affectio maritalis*, el matrimonio no sería válido. Salvo en los casos que esta separación estuviese suficientemente justificada y haya sido obligada por causas externas a los miembros del matrimonio (como, por ejemplo, que el marido tuviese que ir a otra provincia a cumplir con misiones públicas). En este último caso no se daría el matrimonio por roto.

Cuando hablamos de crisis matrimonial en el matrimonio romano nos referimos sólo a los supuestos de disolución de un matrimonio previamente creado conforme al *ius* y a las consecuencias jurídicas que implica desde un punto de vista personal y patrimonial.

Los romanos eran conocedores de más causas de disolución del matrimonio de las que nosotros conocemos en nuestros tiempos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Se caracterizaban por una concepción de matrimonio como institución muy diferente a la nuestra.

⁴⁴ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 201-204

El *matrimonium iustum* se podía disolver o bien por el fallecimiento de uno de los componentes del matrimonio o bien por la voluntad común de ambos de disolver el matrimonio, o de uno solo de los dos cónyuges. También por muchas otras circunstancias como la falta sobrevenida de *ius conubii* que podría darse por la pérdida de libertad o ciudadanía romana, entre otras, y la falta de la convivencia de forma definitiva⁴⁵.

Hoy en día las únicas formas de disolución que quedan vigentes de las anteriormente mencionadas es el fallecimiento, que tuvo gran repercusión histórica en la esfera patrimonial de los cónyuges en Roma.

El divorcio en el derecho de la Roma clásica era entendido como un acto más social que jurídico, pero tenía que ser regulado. El divorcio, como he dicho anteriormente, era la determinación de ambos cónyuges o de uno solo, de la disolución del matrimonio y la no continuación del vínculo entre ambos.

En el derecho romano clásico el matrimonio necesitaba, para seguir vivo y perdurar, un *consensus* continuo.

En cambio, hoy en día, y desde finales de la Edad Antigua, en los países occidentales es necesario el *consensus* inicial en el matrimonio y este por sí solo ya tiene efectos futuros sin establecer un plazo determinado, sino que su duración será indefinida hasta que quienes lo contraen lo pongan fin⁴⁶.

La forma de poner fin al matrimonio, puede ser tanto por una declaración de voluntad emitida de forma verbal o bien de forma escrita, o en todo caso por un *nuntius* en el caso de que fuera entre presentes y ausentes.

Si el matrimonio hubiese venido acompañado de una *conventio in manum* de la *uxor* sería necesaria, para revocar el estado de sumisión de la mujer a la potestad del ex marido o del *paterfamilias* de este, la realización de actos formales expresos para la extinción de la *manus*.

Lo que no era necesario, y hoy en día sí en los ordenamientos jurídicos modernos, es la participación de una autoridad pública en el acto de disolución del matrimonio que confirmará el cese efectivo del vínculo matrimonial.

⁴⁵ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 192 y ss

⁴⁶ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 201-204

De hecho, el origen de la intervención de una autoridad en el cese del matrimonio tiene lugar en el Derecho Intermedio de los revolucionarios franceses, quienes buscaban mediante esta intervención restar poder a la Iglesia en cuanto al control de los matrimonios⁴⁷.

En el Derecho Romano podemos hablar tanto de la existencia de libertad formal así como libertad material. No había unas causas o motivos legales que al darse produjesen el divorcio, ni tampoco era necesario justificar el porqué de la separación sino que simplemente con la declaración de voluntad expresa de uno de los cónyuges en que expresase su intención del cese de la *affectio maritalis* era suficiente, aunque fuera totalmente inmotivada.

La absoluta libertad en cuanto a formalidades en el plano del derecho no era extensible a la realidad social de aquel tiempo. Las sociedades romanas vivían fuertemente limitadas, no tanto por la formalidad jurídica, sino más bien por la realidad sociológica de aquel tiempo.

Estaban fuertemente influenciados por limitaciones de tipo social y religioso a la hora de emitir una declaración de voluntad de disolución del matrimonio cuando esta fuese totalmente inmotivada.

En la época arcaica, lo normal es que si el marido, sin motivo aparente, pretendiere repudiar a la otra parte, se arriesgaba a condenas de tipo sacro y de orden social. También, y de forma intimidatoria, podría imponerse una nota censoria.

Las tres conductas de la mujer que podían provocar la petición de disolución del matrimonio por el cónyuge son: el aborto intencionado, la embriaguez y el adulterio.

En el mundo romano, se superponía al matrimonio el problema de las familias de los cónyuges, que llegaban a ser verdaderos clanes, sobre todo si los cónyuges eran *alieni iuris*.

Los *patresfamilias* de las partes, o el tutor de la mujer *sui iuris*, tenían un papel importante en el matrimonio. Ya antes de celebrar el matrimonio, debían consentirlo para que este se constituyese de forma válida, pero también podían pedir la disolución del matrimonio, aunque esto fue algo que perdió importancia con el paso del tiempo.

Pero, al mismo tiempo que la familia podía ser un problema, hay que verlo también como una ventaja, ya que la mayoría de los divorcios de los primeros siglos de la historia romana no llegaban a llevarse a cabo muchas veces por la presión de este grupo.

⁴⁷ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. 1ª Ed. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 201 y ss.

En el siglo III a. C. se nota en un descenso de la presión familiar, un menor vínculo gentilicio y una menor dependencia de los cónyuges de la familia, así como de la mujer al marido, es decir, los vínculos sociales y familiares se relajan y dejan paso a un alto número de divorcios, ya que estaba socialmente más admitido que anteriormente y este era fácil de conseguirse.

Por tanto, según avanzamos en el tiempo, vemos cómo se pasa del rechazo del divorcio de los primeros siglos a un incremento progresivo de este, hasta el final de la República, donde el divorcio se hace tan numeroso que constituye un problema para los sectores conservadores, que critican una sociedad en la que falta moral social y una disminución del peso del estamento ciudadano en la sociedad romana⁴⁸. Además se vive una sustitución del matrimonio *cum manu* por el matrimonio sin *conventio in manum* en esta época.

Ante todos estos cambios, reaccionó el emperador César Augusto, y en su tiempo se llevaron a cabo legislaciones como son la *lex Iulia de adulteriis* y la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, en el 18 a. C. y la *lex Papia Poppaea de nuptiis* del 9 a. C.

Lo que buscaba Augusto con esta nueva legislación relacionada con el matrimonio era poner un freno a los numerosos divorcios del tiempo así como establecer unas pautas para rearmar la conciencia y la moral de los ciudadanos romanos también favorecer la natalidad.

En concreto, la *lex Iulia de adulteriis* imponía como prueba, cuando el divorcio era unilateral, que el cónyuge emitiera su voluntad de disolver el matrimonio ante siete testigos, aunque esto no era obligatorio, sino que era una formalidad, pero, si no se llevaba a cabo, no se sancionaba con la nulidad al divorcio.

En cuanto a *lex Iulia de maritandis ordinibus* surge ante la preocupación del emperador por la situación moral y social de Roma, tanto en el ámbito matrimonial y familiar, también como el aumento de la ambición de dinero, incluyéndose en el plano de convivencia romana actitudes tales como la crueldad, la soberbia y la pasividad tanto ideológica así como religiosa. Podemos hablar de que se inicia una etapa corrupta en todos los sentidos, y banalizada de valores.

El propósito del emperador con esta ley es que la familia recupere su verdadera importancia, aquella que tenía en épocas atrás, y moralizar a la sociedad. También incide en ella la preocupación por las bajas tasas de procreación.

⁴⁸ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 201 y ss.

La *lex Papia Poppaea de nuptiis* se realizó con el fin de modificar la *lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, pero se podría decir que las dos estaban unidas o vinculadas, existiendo entre ellas una conexión evidente, de hecho, llegaron a recibir el nombre de *lex Iulia et Pappia Poppaea*.

Esta última hace referencia al matrimonio, promueve la fecundidad como ya en las anteriores leyes, establece una serie de beneficios tanto de derecho público como de derecho privado para las personas casadas con hijos, sobre todo en materia de sucesiones y donaciones, introduce medidas que perjudican a los incapaces (para Augusto los incapaces eran los solteros y casados sin descendencia así como los impotentes), como por ejemplo la prohibición de adquirir la herencia de un no pariente consanguíneo.

También tenía ventajas para aquellos que tuvieran un determinado número de hijos, eximiéndoles de cumplir con los servicios que debían rendir al patrono, si eran libertos, aunque estos servicios hubiesen sido impuestos de forma obligatoria por la ley, entre otras.

Hasta la época clásica, en el siglo III d. C., no podemos hablar del matrimonio como una unión libre y fácilmente disoluble. Así como de una mayor institucionalización de la formalización del matrimonio o del divorcio, poniéndole barreras para una mayor dificultad a la hora de poder acceder a él⁴⁹.

Este incremento de divorcios en el paso del tiempo además de ser un hecho social de gran importancia tanto moral como ético de los ciudadanos romanos, tiene como consecuencia y reflejo unos importantes efectos de orden patrimonial, los cuales debieron ser solucionados por juristas romanos, quienes los revistieron de una asombrosa regulación muy moderna para aquellos tiempos.

2.4 Consecuencias y efectos económico-patrimoniales del divorcio en Roma.

2.4.1 Época arcaica y el matrimonio cum manu.

⁴⁹ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 201-204

En esta época las consecuencias económico-patrimoniales del divorcio no eran de gran importancia, ya que era una figura casi inexistente, más vinculada al Derecho sacro y al *regimen morum* controlado por el censor que al Derecho privado.

Dicen las fuentes literarias que el primer divorcio en Roma dataría del 230 a.C., otras fuentes lo datarían del 307 a.C., pero ambas fechas son en todo caso reflejo del escaso uso del divorcio⁵⁰.

Además, lo normal es que el matrimonio fuese *cum manu*, un acto más social que jurídico, y que recayese sobre él un gran peso de la familia agnaticia, que hacían impensable la idea de que el patrimonio dotal pudiera tener otro destino que el patrimonio familiar del marido, en el que se incluían todos los bienes dotales de la mujer.

Por tanto, la *uxor in manu* se incorporaba a la *familia* del marido con todos sus bienes, también con todos los que hubiera recibido en concepto de dote y éstos en particular ya que justamente se habían entregado para ayudar a soportar los *onera matrimonii*.

Lo que habría que buscar era una forma de compensar a la mujer al perder los derechos hereditarios.

En época más avanzada, cuando había divorcio en un matrimonio y se disolvía el vínculo matrimonial, el marido tenía que restituir por *officium* a la mujer todo aquello que en su día constituyó la dote, o al sujeto constituyente de la dote.

En cambio, en la época del matrimonio *cum manu*, no era posible restituir de forma tan fácil a la familia de la mujer de la *uxor in manu*, ya que al haber pasado íntegros al patrimonio matrimonial del marido, después es muy difícil poder separarlos de forma independiente, teniendo que repartir de algún modo el patrimonio común, no pudiendo asegurar la devolución de la masa entregada por la mujer como tal.

Además para llevar a cabo la restitución sería necesaria la previa revocación de la *conventio in manum* mediante el negocio necesario para ello, pero para que la revocación fuese plena se necesitaría restituir a la mujer totalidad de bienes aportados, tanto a la dote como fuera de ella⁵¹.

⁵⁰ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 207-208

⁵¹ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 207-208

2.4.2 Época clásica, el matrimonio *sine manu* y la restitución de la dote.

A partir del siglo III a. C., coincidiendo con el supuesto primer divorcio en Roma, que data presuntamente del 230 a. C., se crea el verdadero problema de restitución de la dote. Hasta este momento no podemos hablar de la *cautio rei uxoriae* ni de la *actio rei uxoriae*. Además, se generaliza el matrimonio *sine manu*, el cual constituía la dote como forma de aportar recursos para los gastos domésticos.

A mediados del siglo III a. C., la mujer empieza a desarrollar una mayor autonomía tanto personal como patrimonial del marido.

También en esta época destaca el número de divorcios que empezaron rápidamente a ascender y el marido tenía, más por *officium* que por obligación jurídica, la responsabilidad de restituir la dote a la mujer como bien exigía la costumbre.

Ese *officium* dejó de ser suficiente para garantizar a la mujer su supervivencia y, por ello, la jurisprudencia cautelar republicana empezó a trabajar para dar una forma jurídica a esta devolución, y a proporcionar medios jurídicos para conseguir la restitución de la dote con independencia de la voluntad del marido.

La dote empezó a percibirse como una garantía o un seguro económico de la mujer, a la que tendría que ser devuelta en el caso en que se disolviese el matrimonio por divorcio, así como en el caso de fallecimiento del marido.

Los juristas republicanos idearon dos mecanismos para la *restitutio dotis*: por un lado un procedimiento negocial privado que recibía el nombre de *stipulationes* o *cautiones rei uxoriae* y, por otro lado, un procedimiento judicial reglado que recibiría el nombre de *actio rei uxoriae*⁵².

Mediante la obtención de la promesa del marido se garantiza la restitución de los bienes una vez disuelto el matrimonio. Esta promesa recibe el nombre de *cautio rei uxoriae*, de la que surge la acción de la estipulación, siendo inicialmente el único modo para poder exigir la restitución, en el que, si no había caución, no se podía acceder a reclamarlo⁵³.

⁵² ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 209-214

⁵³ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 278

En cuanto a la *actio rei uxoriae*, se cree que se creó en el siglo II a. C. en la cual se podía reclamar absolutamente todo lo que correspondiese a la dote sin ser para nada necesaria la previa estipulación.

Estos dos procedimientos no nacen en la misma época, no son coetáneos, pero ambos convivieron durante la etapa central de la historia del Derecho romano antiguo, hasta su derogación en la época postclásica.

Por último el marido demandado por *actio rei uxorie* puede solicitar una serie de retenciones dotales, que posteriormente expondré, que seguían el régimen de excepciones, sin ser necesario introducirlas en la fórmula debido a su carácter de acción de buena fe.

2.4.2.1 *Stipulationes rei uxoriae.*

La dote era el resultado de la negociación entre dos familias que llegaban acuerdos respecto el alcance de la dote a entregar o el destino del patrimonio dotal o el compromiso del marido o su *paterfamilias* a devolver la dote a la mujer en caso de divorcio.

Este último pacto, la promesa de restitución de la dote, yendo más allá que un simple pacto entre caballeros, revestiría una forma jurídica solemne: la *stipulatio*. También recibió el nombre de *cautiones de restituenda o reddenda dote* o *cautiones rei uxoriae*.

La *stipulatio* es una figura de *ius civile*, una promesa que debe cumplir con una serie de formalidades recogidas en la ley como que debe ser formulada en modo de preguntas y respuestas y además estaba protegida por el ordenamiento mediante acción civil de derecho estricto, *actio ex stipulatu*.

Por otro lado la *cautio* la podemos definir como garantía o compromiso o negocio jurídico que se constituía con otra persona para hacer frente a una desventaja patrimonial, pudiendo esta *cautio* adoptar la forma de la *stipulatio* entre otras formas.

Se cree que este remedio nació con los primeros divorcios de la época, ya que Servio Sulpicio Rufo ya hizo alusión a las *cautiones rei uxoriae*; sin embargo, esto no alcanzaría importancia hasta cuando se produce el gran aumento de divorcios sobre todo en los matrimonios *cum*

manu sin culpa de la mujer⁵⁴, y se extendió su utilización hasta la época clásica. Podemos decir, que Servio lo que hizo fue traer una antigua práctica a sus días.

Las *cautiones* eran una figura del *ius civile* con forma de contrato solemne protegidas por *actio stricti iuris*, por las cuales el marido debería hacer entrega a la mujer, o al constituyente de la dote, de todo aquello que hubiese pactado con ella, sin poder modificar este contrato anteriormente hecho.

Lo normal era que en la *cautio* se pactase, como garantía de la restitución del montante total de la dote a la mujer o constituyente. Era un gran avance para la mujer de aquellos tiempos ya que, aunque se divorciase, quedaba económicamente algo protegida.

En cambio, para el hombre, a veces, podía llegar a ser un problema, ya que si la culpa de la disolución del matrimonio era de la mujer, igualmente en este caso sería él quien debería restituir el total del montante de la dote. Pero esto último se consideró algo poco lógico, ya que no tenía por qué él cargar con una culpa que no era suya, aunque la *actio ex stipulatu* no dejaba espacio para poder analizar este caso, ya que el juez a la hora de juzgar se ceñía a lo que contenía el contrato y no miraba el contexto en que se había propiciado el divorcio⁵⁵.

Tiempo más tarde, se tuvo en cuenta esta situación del marido y se intentó regular mediante la creación de la *actio o iudicium de moribus*, una acción penal y civil de carácter perpetuo en la que se permitía al marido reclamar una parte del montante cuando la causa del divorcio fuese la conducta inmoral de la mujer durante el matrimonio. Es decir, lo que buscaba esta *actio* era sancionar a la mujer.

Además la *cautio* conllevaba algún que otro problema más. Por un lado, no ofrecía una garantía total para la mujer, ya que había casos en que la restitución de la dote, al ser pedida por el constituyente, este después no traspasaba el montante obtenido a la mujer, y por tanto esta volvía quedar desprotegida frente al sistema. Lo mismo pasaba cuando la *cautio* no había sido constituida a favor de la misma mujer. Por tanto esto no ofrecía gran seguridad jurídica en caso de divorcio.

⁵⁴ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 209-214

⁵⁵ ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984, pp.725-726

Tampoco estaban protegidas aquellas situaciones en que la dote hubiese sido constituida sin *cautio restituendi*; ni el juez, como he indicado anteriormente, podía atender a los elementos contextuales que rodeaban el divorcio de los cónyuges.

Por tanto, y por todos estos problemas, era necesaria la aparición de una nueva figura que pueda dar soluciones jurídicas justas y necesarias, y a ello se dedicaron los juristas de la época preclásica.

2.4.2.2 *Actio rei uxoriae y las retenciones*

Se cree que sus orígenes datan del siglo II a. C. y se identificaría con la institución del *ius honorarium* mediante el edicto del pretor, aunque hay debate sobre ello ya que unos autores defienden que era una acción pretoria de carácter penal y otros que era una acción de restitución específica concedida por el pretor⁵⁶.

Las fuentes justinianeas hablan de *actio dotis* o *actio de dote* para referirse a ella, y presuponen la existencia de una *stipulatio restitutoria*⁵⁷.

De todas formas fue un eje, un instrumento de gran importancia en la época clásica, que otorgaba esa seguridad jurídica que faltaba anteriormente a la dote, aunque sí que es vedad, que es subsidiario a las relaciones y pactos privados existentes entre las partes que recibían el nombre de *pacta dotalia* y que podían cambiar las reglas de distribución dadas por la jurisprudencia.

Se discutía si esta acción era una acción de buena fe o no: la doctrina dominante opinaba que se trataba de una acción *in bonum et aequum concepta*⁵⁸.

Por tanto, se tenía a esta acción por una acción de buena fe. Para justificarlo, cada jurista utilizaba una forma diferente. Gayo, por ejemplo, hacía referencia a ello entre los juicios de buena fe y cuando hablaba de la *compensatio ex fide bona*⁵⁹.

⁵⁶ BONFANTE, P.: *Curso de derecho romano. I. Derecho de familia*, Roma, 1925, pp 465 y ss.

⁵⁷ ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984, pp.726

⁵⁸ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 209-214

⁵⁹ GAYO, *Institutiones*, 4, 63.

Otro ejemplo sería Ulpiano, el cual indicaba que la *exceptio doli* formaba parte de la *actio rei uxoriae*⁶⁰, al tener esta última un campo más amplio de actuación.

Incluso en un momento posterior, Justiniano recuerda que esta *actio rei uxoriae* era de buena fe, la cual en su época ya no existe⁶¹.

Al ser la *actio rei uxoriae* una acción de buena fe, se descartaba su origen legal, y por tanto su génesis se produjo por la interpretación jurisprudencial, como una acción civil⁶².

Además en su fórmula contenía las palabras *quod eius aequius melius erit*: por lo tanto, el juez podía configurar la cantidad que creía que debía pagar la parte condenada para satisfacer la restitución de la dote y se podía basar en todas las valoraciones que a su parecer fuesen necesarias, así como en el contexto que había motivado esa situación, por tanto el juez tenía cierta libertad en su ámbito de actuación.

Asimismo la *actio rei uxoriae* era una *actio in personam* lo que, quiere decir que los sujetos legitimados pasiva y activamente estaban delimitados. Por un lado como sujetos activos de la controversia se encontraría la mujer *sui iuris* o su *paterfamilias* con el consentimiento de ella, y también podría presentarse por otras personas pero muy rara vez esto ocurría⁶³.

Y como legitimados pasivos estarían el marido divorciado, y si este fallece, sus herederos.

Y era una acción reipersecutoria, es decir, buscaba la restitución por parte del legitimado de forma pasiva o parte demandada del total del montante de la dote. Los bienes no fungibles debían ser restituidos de manera inmediata tras el divorcio, guardando las formas de traspaso necesarias, y, en cambio, los bienes fungibles podían restituirse hasta un plazo de tres años, salvo que las partes hubiesen pactado no seguir esta cláusula o se den circunstancias excepcionales.

Al ser el juez el que determinaba la extensión de la obligación restitutoria del marido, este a veces se podía librar de reintegrar todos los bienes dotales a la mujer. El juez debía examinar los pactos privados establecidos entre las partes para el caso de darse el divorcio, entre ellos los que contenían normas de gestión del patrimonio dotal, de su conservación y la forma de efectuar la restitución.

⁶⁰ ULPIANO, 3 *disputationum*, D. 24, 3, 21.

⁶¹ C. 5, 13, 2.

⁶² GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 278

⁶³ Sólo en caso de que concurriera *dos profecticia* y la muerte de la mujer, en este caso se permitirá acudir al ascendiente constituyente de la misma (U. E. 6, 4; Paul. F. V. 108; Pomp. D. 23, 3, 6 pr).

El marido debía responder por las pérdidas o daños de los bienes dotales en caso de haber actuado con dolo o culpa, pero siempre en relación a la situación económica en que se encuentre. Además existía en su favor otra protección, el *edictum de alterutro* por el cual si el marido fallecía, la mujer tendría que elegir entre quedarse con lo dejado en testamento, si lo hubiese, o ejercitar la *actio rei uxoriae*, salvo que el marido hubiese dejado un *legatum dotis*, en este caso esto era una especie de restitución testamentaria de la dote⁶⁴.

También el marido podía solicitar al juez una serie de *retentiones* en la *actio rei uxoriae*. Estas retenciones dotales eran cinco y se podían pedir unas u otras dependiendo de las partes legitimadas activa y pasivamente en el conflicto y de la causa que hubiese desencadenado la petición de divorcio. Su finalidad era proteger al marido haciendo que el divorcio fuese lo menos gravoso posible para él.

Estas cinco clases de retenciones podemos clasificarlas en pequeños grupos, dos eran de carácter ético y se imponían cuando la mujer era la culpable del divorcio, como son la *retentio propter liberos* y *propter mores* y actuaban sólo en beneficio del marido.

Y por otro lado estaban las de carácter económico que podía ejercitarlas todo aquel que estuviese demandado. El juez para poder juzgar estos casos, hacía uso de su razón moral y su conciencia social romana de aquella época.

- a) Primeramente, la *retentio propter liberos* condenaba a la mujer por haber incurrido en adulterio, favoreciendo al marido, pudiendo este retener un sexto del montante de la dote por cada hijo que tuviese en matrimonio hasta un máximo de tres sextos.
- b) La *retentio propter mores*, otra retención de carácter ético, que también sancionaba las conductas contrarias a las buenas costumbres llevadas a cabo por la mujer. Dependiendo del comportamiento, la sanción era una u otra.

En el caso de adulterio, estaba considerado como el hecho más grave de todos, en el que se retenía a la mujer un sexto del total del montante dotal; en cambio si había incurrido en una conducta de dolo menor, que eran el resto de comportamientos, en ese caso se retenía del montante dotal un octavo.

⁶⁴ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009, p. 209-222

Las retenciones de carácter económico eran la *retentio propter impensas*, *retentio propter res donatas* y *retentio propter res amotas*.

c) La *retentio propter impensas* permitía al marido cobrarse los gastos hechos sobre los bienes dotales, dependiendo de si eran gastos necesarios, útiles o de lujo o suntuarios. Los gastos necesarios eran los que siempre debía costear, ya que eran obligatorios para poder conservar la dote, y podían ser detraídos en su totalidad por el marido⁶⁵. Por otro lado los gastos útiles, eran aquellos que incrementaban la utilidad de los bienes dotales y podían ser deducidos por el marido si hubiese contado en el momento de realizarlos con el consentimiento de la mujer. Y los gastos suntuarios, los hechos de forma accesoria sin existencia de necesidad y que por tanto no aumentaría su valor ni utilidad: serían, por así decirlo, de adorno y en este caso no se restituían al marido.

d) En cuanto a la *retentio propter donatas*, era el derecho que tenía el marido a retener parte de los bienes de la dote para reclamar a la mujer parte del enriquecimiento que se había causado en su patrimonio como consecuencia de las donaciones realizadas en matrimonio por su marido.

No se sabe muy bien el origen de esta retención, ya que en el derecho romano las donaciones realizadas entre cónyuges en matrimonio estaban prohibidas, y eran nulas de pleno derecho en caso de darse, por tanto era más rentable para el marido reclamárselas a la mujer sobre esa base.

También se piensa que esa *retentio* podía ser ejercitada por los herederos del marido, porque las donaciones no revocadas antes de la muerte del cónyuge donante se consideran definitivas desde que muere⁶⁶.

e) Por último, la *retentio propter res amotas* permitía al marido retener bienes dotales en la misma proporción que los que la mujer le había sustraído a él *divortii causa*. Pero este remedio solo podía ser utilizado por el marido cuando el motivo de la sustracción por la mujer sea el divorcio: si durante el matrimonio la mujer ha ido apropiándose

⁶⁵ FAYER.: *La familia romana. Aspecti giuridici ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma, 2005, pp 707 y ss.

⁶⁶ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2009. p. 209-222

bienes sin existencia de divorcio, entonces el marido tendrá que ejercitar la acción reparatoria correspondiente frente a ella.

A la llegada de Justiniano, se sustituyó el sistema de retenciones por un conjunto de recursos compensatorios.

2.4.3 *La permutatio dotis y la subrogación real.*

Las fuentes admiten la sustitución de objetos de la dote por otros. Incluso que bienes antiguos sean sustituidos por otros nuevos en la dote durante el matrimonio, de tal manera que el marido, si se disuelve el matrimonio, podrá restituir a la mujer con bienes dotales que son diferentes a los que ella en un primer momento entregó. Esto recibe generalmente el nombre de *permutatio dotis*.

La idea de la subrogación real supone una fluctuación de los bienes dotales, mientras que la restitución supone la devolución de la masa patrimonial que se tiene desde un primer momento, tal y como le fue entregada.

Pero, por otro lado, la subrogación real produce ventajas para la restitución, ya que permite conservar el patrimonio dotal independientemente de los cambios que en este se produzcan. Es un instrumento de adquisición de derechos y de conservación de su naturaleza patrimonial.

Hace referencia a ello el Digesto, recogido en D. 23,3,26:

‘Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecunia in rem aut ex re in pecuniam: idque probatum est’

En la *permutatio dotis* podemos encontrar una previa existencia de un acuerdo entre las partes del matrimonio por el cual aprueben la sustitución de unos objetos dotales por otros. Además todo objeto de dote puede ser intercambiable también por dinero y viceversa.

Por tanto la *permutatio dotis* es un tipo de *pacta dotalia* y por ello se le debe imponer el mismo régimen jurídico que a estos.

También hay otros supuestos que podemos catalogar de *permutatio dotis* como aquel en que marido afecta su patrimonio a sus negocios jurídicos con terceros, con el consentimiento de su mujer, y por el cual vende cosas dotales o compra objetos con dinero dotal, por lo que tanto el dinero obtenido por lo vendido, tanto los objetos que ha podido comprar con ese dinero dotal pasarán a formar parte de la dote; por tanto aunque no exista pacto dotal expreso en este sentido se producen efectos similares a los que concurren en la *permutatio dotis*⁶⁷.

Otro supuesto es aquella situación en la que se pacta la *aestimatio dotis* después de haberse celebrado el matrimonio y constituida la dote con bienes ya entregados, la *aestimatio* tiene que ocupar el lugar dejado por el objeto que se dio en un principio.

Una cosa distinta y que no podemos calificar de *permutatio dotis* es cuando antes de celebrarse el matrimonio, la mujer o el constituyente de la dote hacen un cambio en el objeto prometido.

Lo que no se sabe con claridad es si era necesario que la sustitución efectuada en los bienes dotales tuviera que ser de utilidad para la mujer: sí que hay textos que parecen recogerlo, pero hay otros en que no se hace referencia a ello y, por tanto, no se ha llegado a ver el alcance de esta práctica⁶⁸.

Aunque, sí es verdad que la interpretación tradicional no ve necesario que se deba desprender una ventaja para la mujer, pero sí que no debe darse en ningún caso una situación gravosa para la misma.

Podemos hablar de subrogación real desde el Derecho Romano Clásico, aunque la jurisprudencia romana no atribuyó a este concepto una definición concreta, pero no por ello podemos negar su existencia.

La subrogación real es un concepto jurídico abierto. Es un instrumento extraordinario del ordenamiento para la recomposición de un patrimonio dañado y además se caracteriza por ser un procedimiento de adquisición de derechos, objetivo y excepcional en relación con el resto de medios existentes en el ordenamiento jurídico.

Consiste en la sustitución de un objeto por otro en una situación jurídica que produce efectos respecto a terceros, que es independiente a la voluntad de los interesados y que otorga un amplio abanico de efectos jurídicos tanto reales como obligacionales.

⁶⁷ ANDRÉS SANTOS, FJ: *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho Romano Clásico*, Valladolid, UVa, Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico, 1997, pp 223 y ss.

⁶⁸ ANDRÉS SANTOS, FJ: *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho Romano Clásico*, Valladolid, UVa, Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico, 1997, pp 223 y ss.

Además cobra un valor especial dentro de la categoría de los patrimonios especiales en el Derecho patrimonial, como en el caso de la dote, ya que su concurso era necesario para la conservación de las entidades jurídicas sometidas a los fines especiales dictados por el ordenamiento⁶⁹

2.5 La reforma Justiniana: la Hipoteca dotal.

El emperador Justiniano al llegar al poder reformó ampliamente el régimen del Derecho antiguo y clásico y buscaba recuperar la grandeza del Imperio romano clásico⁷⁰.

Su acción compilatoria se desarrolló del año 528 al 534 y durante este tiempo promulgó varias obras.

La totalidad de su obra compilatoria recibe el nombre de *Corpus Iuris Civilis* y lo forman el *Codex Iustinianus*, las *Institutas*, el *Digesto* o *Pandectas* y las *Novellae*.

Uno de los resultados de su actividad legislatora fue la nueva regulación de la institución dotal, en la que se llevó a cabo una fusión entre la *actio ex stipulatu* y la *actio rei uxoriae*⁷¹.

En el año 528, Justiniano otorgó a la mujer el poder de constituir sobre el patrimonio del marido una hipoteca, la cual la garantizaba la restitución de la dote si se daba la disolución del matrimonio, ya que el crédito de la mujer tendría prevalencia sobre el resto de sujetos, como un acreedor o un adquirente de bienes dotales cuyo derecho fuera posterior a la celebración del matrimonio.

En el año 529 se amplió el derecho de la mujer al crédito, ya que se amplió su preferencia ante acreedores, terceros o adquirentes de bienes dotales hasta cuando estos tuviesen créditos anteriores al matrimonio, ya que se entendía que esos bienes eran propiedad de la mujer.

Esta regulación chocaba con el principio de que el Fisco tenía una posición privilegiada frente absolutamente todas las personas, pero se le obligaba por un Edicto al Fisco a restituir de bienes dotales a la mujer cuando ejecutase el patrimonio del marido.

⁶⁹ ANDRÉS SANTOS, FJ: *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho Romano Clásico*, Valladolid, UVa, Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico, 1997, pp 275-276.

⁷⁰ ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984, pp.729

⁷¹ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 281

Justiniano trató en su nueva legislación de mantener las normas clásicas, manteniendo al marido en apariencia como propietario de la dote aunque en la práctica el marido tendría más bien el usufructo de los bienes dotales.

Y, por otro lado, a la mujer la declararían cuasi propietaria de los bienes dotales pudiendo exigir su restitución mediante una *vindicatio utilis*.

Además, suprimió la *actio rei uxoriae*, la cual reemplazó por la *actio dotis*. Esta última estaba formada por características tomadas de la *actio rei uxoriae* y de la *actio ex stipulatu*.

La *actio ex stipulatu* se basaba en la estipulación previa, la cual se presumía de manera tácita. Si la dote era adventicia y el constituyente no había dictado de forma expresa su devolución a él de la dote, esta devolución correspondería a la mujer; en cambio, si era expresa, la dote quedaba en manos del marido, pero la acción dotal pasaba a corresponder a los hijos⁷².

Por otro lado, de la *actio rei uxoriae* tomaba su carácter de buena fe. Si la dote era profecticia, podía ser ejercitada por la mujer o por el *pater* con el consentimiento de la hija⁷³.

También, se derogó el *Edicto de alterutro*, de modo que la devolución era compatible con el legado dejado por el marido.

En cuanto a las *retentiones*, la *retentio propter mores* fue sustituida por las penas de divorcio *ex iusta causa* y la *propter liberos* desapareció. Pero el marido todavía se podía defender y pedir los bienes dotales a la mujer mediante la acción real directa o útil o la *condictio*.

Para los gastos suntuarios el marido podía ejercitar el *ius tollendi*, siempre y cuando estos fuesen susceptibles de ser separados de la cosa sin provocar ningún desperfecto en ella.

Y en cuanto a los gastos útiles, dependiendo de la existencia del consentimiento de la mujer o de la inexistencia, podía ejercitar la *actio mandati directa* o la *actio negotiorum gestorum*.

En cuanto al plazo para llevar a cabo la restitución de la dote, este se estableció en un año para los bienes muebles. En cuanto a los bienes inmuebles, su devolución debía ser inmediata.

⁷² ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984, pp.729

⁷³ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 278

Con todo ello, podemos hablar de una amplísima reforma en cuanto al sistema de la dote y la restitución de esta por parte de Justiniano⁷⁴.

3 LA DOTE COMO INSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL.

La dote del sistema romano tuvo gran influencia en el Derecho español y gran arraigo, siguiendo la regla que recogía “*ne sine dote coningium fiat*”.

En 1889, en la época de la codificación, su pérdida de importancia permitió su enajenación en el caso de existir el consentimiento de los cónyuges y perdió su inalienabilidad⁷⁵.

El sistema dotal, con el paso del tiempo, fue perdiendo la importancia y la grandeza que un día la acompañaron, y en la Reforma de 1981 dejó de aparecer recogida en el Código Civil Español.

Sí es verdad que los artículos 1342 y siguientes del Código Civil hacen referencia a las donaciones en el matrimonio, a los regalos de boda y a las aportaciones de los cónyuges a las cargas familiares. Pero nada tienen que ver con el anterior sistema dotal, ya que el régimen de las donaciones las hace embargables y alienables⁷⁶.

En la actualidad, se sigue defendiendo la existencia de la dote romana a través del pacto que puede establecerse por los cónyuges en torno a determinados bienes otorgándolos inalienabilidad e inembargabilidad.

Este pacto, conservaría la finalidad de la dote, que es proteger al más desfavorecido en caso de crisis del matrimonio por separación, divorcio o nulidad matrimonial.

3.1 Definición de la dote y caracteres generales del sistema dotal.

3.1.1 Origen terminológico de la dote.

⁷⁴ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 279

⁷⁵ LALINDE ABADÍA, J.; *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1978, p 719.

⁷⁶ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988-1989, pp. 278

La palabra dote, como ya he tratado en algún apartado anterior, proviene de la palabra *dos*, que significa donación, y con el paso del tiempo se especializó en donación matrimonial.

La dote en sí era la acción de dar o entregar, llevada a cabo por la mujer o padres, parientes o extraños, por la cual ella entregaba un patrimonio a su marido, con el fin de ayudar a este a afrontar las cargas del matrimonio.

El marido cumpliría con el papel de administrador, o gestor de la dote, lo cual diferencia a la dote de los bienes parafernales, los cuales administra la mujer.

Algunos incluían en la definición de la dote la restitución de esta a la mujer una vez que el matrimonio sea disuelto.

El Derecho moderno tomó esta concepción de dote inspirado en el Derecho romano.

El Código Español entonces desprendía de sus principios generales la obligación del marido de afectar la dote a las cargas del matrimonio, pero esto como tal no aparecía expresamente recogido. Nuestro código recogía los bienes o derechos que pueden ser sujetos a ella⁷⁷

Por otro lado, el sistema dotal se caracterizaba por ser un sistema en el que ambos cónyuges conservaban la propiedad de su patrimonio, pero la mujer transfería al marido todos o partes de sus bienes (los considerados dote) para que este ejerciese sobre ellos su derecho de usufructo, y así el marido, con los frutos producidos por los bienes de la mujer podría hacer frente a las cargas familiares.

Por otro lado, los bienes que no quedaban afectados al marido, y seguían perteneciendo individualmente a la mujer, eran los bienes parafernales.

El régimen dotal en sí era el resultado de la unión de los bienes dotales y el régimen de separación propiamente dicha⁷⁸.

Antiguamente el régimen económico matrimonial tenía lugar por tres vías: la convencional, la judicial y la legal a las que hacía referencia el texto originario del Código Civil.

La convencional era el resultado de un pacto llevado a cabo en la capitulaciones matrimoniales. Por otro lado, la vía legal actuaba cuando los cónyuges excluían regirse por el régimen de gananciales, pero en su lugar no aclaraban por qué régimen se iban a regir: aquí

⁷⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994, pp 400-403

⁷⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994, pp 391-392

es donde actuaba la ley imponiendo el régimen dotal como mecanismo legal subsidiario de segundo grado⁷⁹. Y, por último, la vía judicial, cuando a instancia del marido se acuerda la separación de bienes mediante interdicción civil o ausencia de mujer

El sistema dotal fue característico en el Derecho romano y, en España, destacó su uso sobre todo en Cataluña.

Con el paso del tiempo y las influencias liberales, socialistas y feministas, va cambiando el significado de familia, disgregándose la misma, y recibiendo influencias que favorecían el sistema de separación absoluta.

La separación absoluta era aquella en que los cónyuges no afectaban sus bienes al otro, por tanto sus patrimonios permanecían separados tanto respecto a la propiedad de estos, como también a su administración.

Históricamente algunas de las ventajas del sistema de separación absoluta eran: su simplicidad, la mayor autonomía de la mujer, gran individualismo, evitar los matrimonios por interés y que el marido pudiese dilapidar el capital de la mujer. Pero no todo son beneficios, sino que también traía consigo problemas como la no atribución a la mujer de ninguna de las ganancias obtenidas por el marido durante el matrimonio o que a la muerte del marido la mujer sólo iba a depender de su patrimonio, que es el que le permitiría vivir.

3.1.2 Elementos personales, reales y formales.

En cuanto a los elementos personales, aparecían como sujetos legitimados activamente para constituir dote a favor de la mujer, tanto antes como después del matrimonio, los padres o familiares de los cónyuges y los terceros ajenos a la familia.

También estaría legitimado para ello el marido, pero siempre y cuando lo hiciese antes del matrimonio: si fuese después del mismo, ya no serviría.

Al igual que los maridos, también están legitimadas las mujeres antes del matrimonio. Todo ello fue recogido en el originario artículo 1338 del Código Civil.

⁷⁹ ESCRIBA DE ROMANÍ, F., “ La renuncia a la sociedad de gananciales y a la comunidad de gananciales en liquidación”, *Revista de Derecho español y americano*, núm 22 , 1960, pp 83-109

Por otro lado, el artículo 1340 recogía la obligación que tenían padre o madre de constituir dote a favor de sus hijas legítimas. Esto recibiría el nombre de dote obligatoria la cual voy a analizar más adelante.

La dote constituida antes o al tiempo de celebrarse el matrimonio se registrará, en todo lo que no esté expresamente determinado, por las reglas de las donaciones hechas en consideración al mismo. La dote constituida con posterioridad se registrará por las reglas de las donaciones comunes.

En cuanto a la capacidad que era necesaria para poder constituir la dote, esto se regía por lo anterior, es decir, por las donaciones comunes.

En especial es importante el antiguo artículo 1329 del Código Civil por hacer referencia a la capacidad de los menores. Recogía la posibilidad de estos de hacer y recibir donaciones en su contrato antenupcial, siempre y cuando anteriormente hubiesen sido autorizados por quienes debían dar su consentimiento para contraer matrimonio.

Por otro lado, tenemos los elementos reales, que vienen a ser los bienes que podían constituir la dote y recibían el nombre de bienes dotales.

Los bienes de la mujer no se presumían dotales, sino parafernales, ya que es más ventajoso para la mujer, porque así puede conservar mayores derechos.

Para que los bienes de la mujer pasasen a ser dotales era necesario que se los revistiese de ese carácter, bien por la voluntad de los interesados, bien por la declaración de la ley.

Si es por voluntad de los interesados, el antiguo artículo 1336 del Código Civil originario del 25 de Julio de 1889 se refería a ello recogiendo la composición de la dote:

“la dote se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y los que durante él adquiriera por donación, herencia o legado con carácter dotal”.

Dependiendo del momento de aportación de los bienes, antes o durante el matrimonio, el Código Civil exigiría unas condiciones u otras para convertir esos bienes en dotales.

Si la aportación se produce antes del matrimonio, es la mujer quien debería entregar los bienes en concepto de dote; en cambio, si se producía la entrega durante el matrimonio, entonces el código exigía dos condiciones: para que los bienes no tuviesen el carácter de

gananciales debían provenir de donación, de herencia o de legado, y para que los bienes no tuviesen el carácter de parafernales, la mujer debía adquirirlos con carácter dotal.

Este carácter dotal lo atribuía la ley mediante la interpretación de la voluntad de los donantes y testadores⁸⁰.

Por otro lado, nos encontramos con la afectación de los bienes dotales por declaración de la ley. Hacía referencia a ello el artículo 1337 del Código Civil originario del 25 de Julio de 1889:

“Tendrán también el concepto de dotales los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio:

- 1.º Por permuta con otros bienes dotales.*
- 2.º Por derecho de retracto perteneciente a la mujer.*
- 3.º Por dación en pago de la dote.*
- 4.º Por compra con dinero perteneciente a la dote”.*

También eran considerados como bienes dotales según los originarios artículos 1359, 1372.1 y 1396, los bienes muebles adquiridos por permuta con otros dotales o dación en pago de dote o dinero perteneciente a esta.

Por último, respecto a los elementos formales, si bien no había una forma necesaria para llevar a cabo la constitución de la dote, sí que es verdad que era necesaria la intervención de un notario para autorizar la dote y que esta fuese válida y surtiese sus efectos, ya que si no sólo cumpliría con los efectos de las obligaciones personales.

Pero la constitución de la dote bien podía realizarse por cláusula en el contrato de capitulaciones matrimoniales, por testamento, en documento público, como por carta dotal en escritura pública o bien por documento privado, incluso por convenio verbal.

Pero sí que es verdad que el documento público, por un lado, lo dotaba de valor para defenderse frente a terceros y, por otro, garantizaba el goce de la hipoteca legal a la mujer.⁸¹

3.2 La constitución de la dote.

⁸⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 400

⁸¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 414

La constitución de la dote en cuanto a su naturaleza jurídica planteaba algunos problemas respecto a la estructura del acto encargado de constituirla, si este era un acto único o doble, y si era unilateral, bilateral o trilateral. Hubo diversas opiniones contrapuestas sobre ello. Por otro lado, otro problema que provocó controversia fue si la dote era gratuita u onerosa.

- 1) Primeramente y respecto a la estructura del acto constitutivo, la discusión de la doctrina se centraba en si la constitución de la dote era un acto único o era un acto doble y si tal acto era unilateral, bilateral o trilateral⁸².

Para analizarlo mejor se dividieron en tres los supuestos de constitución de la dote: la dote constituida por la mujer, la dote constituida por el marido y, por último, la dote constituida por un tercero:

- a) Si la dote estaba constituida por la mujer, la mayoría de la doctrina estaba a favor de que el acto constitutivo utilizado por ella era un negocio jurídico bilateral, es decir, un contrato mediante el cual se atribuía al marido un derecho de usufructo y de administración o gestión de aquellos bienes que conformarían la dote, los bienes dotales, de los cuales la mujer seguiría teniendo la propiedad. Esto ocurría en el caso de dote inestimada.

En el caso de dote estimada, lo que se atribuía al marido era la propiedad, la cual, quedaba sometida al pago del crédito que le corresponde a la esposa para la restitución.

Como opositor de esta teoría de la opinión mayoritaria se encontraba Ferrara, a quien también le salió un detractor, Lacruz.

Ferrara⁸³, en vez de un negocio jurídico bilateral, defendía la existencia de un negocio jurídico unilateral mediante el cual se atribuye a alguien un determinado patrimonio junto a un determinado fin. Además, según su teoría, los derechos que el marido obtiene le corresponden por derivación de la ley, y no por acción de la mujer: le corresponden como cabeza de familia y porque con ellos va a tener que contribuir a las cargas familiares.

⁸² CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 404

⁸³ FERRARA, F.: *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, pp. 324 y ss.

En España, Lacruz, se opuso a la tesis del autor italiano, ya que consideraba que no se podía hablar de adquisición *ex lege* de sus derechos por el marido, sino de adquisición *ex lege* de sus derechos por el comprador de una cosa.

- b) Por otro lado, si la dote era constituida por el marido en favor de la mujer, se hacía mediante contrato unitario según la mayoría de la doctrina y dependiendo de ser una dote estimada o inestimada su funcionamiento era diferente.

Si constituía una dote inestimada, el marido lo que transmitía a través de este contrato unitario era la propiedad a la mujer, salvaguardándose para él el derecho de usufructo, de goce y administración. En cambio, si lo constituido por el contrato era una dote estimada, entonces se constituye en deudor *dotis causa* del valor constituido en dote⁸⁴.

Se contraponen a esta teoría, apoyada por la mayoría, autores como Josserand o Ferrara, analizándolo desde otro punto de vista y observando la existencia de dos contratos consecutivos.

Josserand ⁸⁵ defiende la existencia de, primero, una liberalidad realizada por parte del hombre en favor de la mujer y, en segundo lugar, la aportación realizada como tal.

Por otro lado, Ferrara entiende que solo podía existir la constitución de la dote por parte de la mujer, pero en el hipotético caso de constituirse por el marido en favor de la mujer, lo que habría son dos contratos: hay una donación por la cual los bienes que se aportan a la mujer y, por otro lado, un contrato unilateral por el que la mujer realiza la aportación.

En el plano jurídico español, Lacruz observa el artículo 1336 del originario texto del Código Civil de 1889, para el que la justicia española se decanta por la visión de Josserand, aunque, es verdad, que el artículo 1336 sólo hacía referencia a la dote constituida por la mujer: en su opinión, quizás si hubiese recogido la donación realizada por el marido en favor de la mujer, vería que esa doble operación defendida por Josserand era innecesaria.

⁸⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 405

⁸⁵ JOSSERAND, L.: *Derecho civil*, t. III, vol 1º Buenos Aires, EJEA, 1951, pp 408.

- c) Por último, si la dote era constituida por un tercero la discusión se centraba en si la estructura seguida era un negocio jurídico doble o más bien trilateral.

La opinión más extendida y defendida, sobre todo en Francia y en Italia, era la del doble contrato: por un lado uno expreso, entre el donante constituyente con la mujer donataria y, por otro lado, entre la mujer y el marido, mediante el cual la mujer aporta los bienes dotales. Esta opinión fue matizada por Ferrara, el cual también lo entendía como un doble contrato pero que se llevaban a cabo en un mismo acto.

En cambio, Walter Gangi, según su percepción, defendía la existencia de ese doble contrato, pero no de forma sucesiva, sino que él hablaba de dos transmisiones simultáneas, por las cuales el tercero, mediante un único acto, trasmite a la mujer la propiedad y al marido el derecho de goce y administración⁸⁶.

La opinión seguida en España y en Italia era el contrato trilateral, donde se encontraban tres sujetos, el constituyente y los cónyuges, promovidos por su propio interés. Aquí el constituyente transmite al mismo tiempo los derechos respectivos a la mujer y al marido y la adquisición de estos por ellos ocurre de forma simultánea.

- 2) En segundo lugar el otro problema que podía plantear la constitución de la dote era si era un contrato gratuito o más bien oneroso. Dependiendo del lugar en que nos situásemos, la doctrina tendría una opinión u otra.

Por un lado estaba la doctrina francesa e italiana. En cuanto a la dote constituida por la mujer hablan de un título oneroso, aunque no se sepa muy bien la causa de la onerosidad, en cambio en cuanto a la dote constituida por un tercero es un acto gratuito en cuanto a la relación existente entre constituyente y la mujer y en cambio un contrato oneroso entre marido y mujer o constituyente de la dote.

En España, en Cataluña concretamente, se defiende la onerosidad. Pero, en cambio, en el Derecho común se habla más bien de la dote con carácter de liberalidad. De Buen, percibe la gratuidad de la dote en la redacción del antiguo artículo 1339, que manda aplicar las mismas reglas que a las donaciones⁸⁷.

⁸⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 407

⁸⁷ También es seguida esta orientación ARIAS BONET, JA.: *Derecho de familia y sucesiones*, pp 320 y ss. Y por PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil Español t. II, vol 1º*, Madrid, 1971, pp 412 y ss.

En conclusión, la dote en el Derecho español tiene un carácter gratuito, que si se hace *inter vivos* reviste la forma de donación común cuando se constituye después del matrimonio y, en cambio, especial si se constituye antes del matrimonio, donde hay que aplicar como supletorias las normas de las donaciones por razón de matrimonio⁸⁸.

3.3 Especies de dote.

Para diferenciar las especies de dote, podemos clasificarla dependiendo de su procedencia, carácter, tiempo y forma de su constitución, por la clase de los bienes y por su naturaleza jurídica.

- a) En cuanto a su procedencia, en su origen romano, se dividía en tres tipos cuyas denominaciones romanas el posterior Código español de 1889 no recogió. Eran la *profecticia*, la *adventicia* y la *mixta*.
Sí que el Código Civil mantendría esta clasificación, pero únicamente haría referencia a ella en el artículo 1343, en relación a la materia de sucesiones, en cuanto la dote como anticipo de legítima⁸⁹.
- b) El carácter de su constitución podía ser o bien voluntaria, es decir, constituida por la voluntad de una persona que no está obligada a ello, o bien legal, la cual se hace por imposición de la ley de forma necesaria y obligatoria.
- c) Y dependiendo de si se podían constituir antes, a la vez o después de la celebración del matrimonio variaban las normas que las regían. Sólo podía ser antes en el caso del esposo, ya que después no podría por razón de la regla de prohibición de donaciones entre cónyuges. Y, en cambio, podrán constituirlos antes o después los padres y parientes de los esposos y las personas extrañas a la familia.

⁸⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 411

⁸⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 414

La dote constituida antes o al mismo tiempo en que se celebra el matrimonio se rige por las donaciones de aquél en lo que no esté regulado para la dote. La dote constituida posteriormente se rige por las normas de las donaciones comunes.

- d) En relación a la forma de constitución, como el derecho romano, el código dividía la dote en tres: prometida, confesada y entregada.

La dote *prometida* es aquella que todavía no se ha entregado al marido pero que le corresponde por ofrecimiento, además, se rige por las reglas de las obligaciones ya que constituye la obligación de tener que ser entregada. La *entregada* es aquella que se realiza ante notario y mediante escritura pública por la cual se deja constancia de la entrega de los bienes y produce todos los efectos de la dote. Y la *confesada*, aquella de la cual se deja constancia en documento privado.

- e) Dependiendo de si los bienes que componen la dote son muebles o inmuebles, hablaremos de dote mobiliaria o dote inmobiliaria, y esto afectará en cuanto a la garantía de la dote estimada y de la dote inestimada, así como al régimen de esta última.

- f) Y según su naturaleza jurídica se clasificará entre dote estimada y dote inestimada, las cuales primeramente se diferenciaban por la existencia de la estimación o de la valoración, pero con el tiempo, se diferencian por la transferencia o retención.

3.4 Dote obligatoria y dote confesada.

- A) La dote obligatoria

El origen de la dote obligatoria lo encontramos en Roma con una constitución de Severo y Caracalla⁹⁰, aunque, hay un gran número de romanistas modernos los cuales creen que los antecedentes de esta se encuentran en la *lex Iulia* y por tanto, la constitución antes mencionada simplemente lo desarrolló, pero no lo creó como tal.

⁹⁰ LACRUZ BERDEJO, JL.: “La constitución obligatoria de dote”, *Revista Jurídica de Cataluña*, septiembre-octubre, 1954, pp. 408 y ss

Durante la época de vigencia de la dote en el Derecho español, la mayoría de la corriente legislativa se manifestaba contraria a la dote obligatoria; de hecho, en la práctica muy pocas veces se hacía efectiva.

La dote obligatoria es el derecho que el Código civil, en su artículo 1340 del texto originario, otorga a las hijas legítimas, por el cual su padre o su madre, o el que viviese de los dos, estarían obligados a dotarlas, salvo cuando estas se casasen sin su consentimiento.

Cuando el código hace referencia a las hijas legítimas son a las que se refieren los artículos 108 y siguientes, las nacidas en matrimonio nulo y las legitimadas por matrimonio de los padres.

Esta dote obligatoria compartía todas las ventajas de la dote normal, pero sí que conllevaba algún tipo de inconveniente, como el incremento de matrimonios motivados por la codicia o el interés de alguna de las partes, así como la puesta en peligro del orden en las familias y la autoridad de los padres.

En determinados supuestos recogidos por el Código, las hijas legítimas perdían el derecho a reclamar la dote. Un supuesto es el recogido al final del artículo 1340 del Código Civil por el cual se casan sin el consentimiento de sus padres. Otro es cuando las hijas ya tuvieran en su poder bienes que fuesen en su totalidad equivalentes a la mitad de su legítima. También se considera perdido el derecho a reclamar cuando hubieran recibido la dote en un matrimonio anterior o hayan recibido la cantidad en concepto de anticipo de legítima por parte del padre⁹¹.

En cuanto a los sujetos que tienen la obligación de dotar: el padre, o la madre, o el que viviere de los dos. Y esta obligación debe realizarse de forma alternativa, es decir, debe cumplirla o uno u otro pero no los dos. Sólo dotarán de forma conjunta cuando ambos así lo quieran.

Sanchez Román opina que el otorgamiento de la dote obligatoria en primer lugar se debería pedir al padre a causa del orden que se ha seguido en el precepto 1340 del Código Civil a la hora de ir nombrando a los diferentes sujetos y por derivación de la patria potestad.

Sí que es verdad que esta obligación deja de existir, en el momento en que uno de ellos, cualquiera, la haya cumplido.

Otros, como *Mucius Scaevola*, cree que primero debería reclamarse al padre ya que lo considera como una obligación de este, puesto que es el que ejerce la patria potestad, y en el caso de

⁹¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 418

que él faltase, sólo en ese entonces, debería seguirse el orden expuesto en el precepto, y por tanto debería cumplirlo la madre. Y si esto no fuese aún posible, entonces el tercer lugar se ocuparía de acuerdo a los precedentes legales.

Lacruz entiende que en el caso en que la mujer tuviese muchos más medios económicos que el hombre, y la hija supiese de esta situación, podría esta última dirigirse contra la madre y exigir que ella fuese la encargada de dotarla.

Por lo que respecta a la cuantía de la dote, en el Derecho histórico no se preveía la cantidad que debía darse en dote, ni tampoco estaban fijados unos máximos o mínimos, por todo ello, los padres solían excederse en cuanto a la cantidad.

Con la Pragmática de Madrid en 1534 se fijó por primera vez un *maximum* a las dotes, por el cual los padres no podrían dar más a la hija que lo que la correspondiese por la legítima. Pero no se puso límite en cuanto al *mínimum*, lo que sí es verdad es que la hija podía pedir en caso de que su dote fuera muy inferior al patrimonio del padre que se la aumentara, ya que si no de la otra forma podía resultar ilusoria.

Con la llegada del Código Civil, todo esto se quedó atrás y se estableció un *minimum* legal.

Este *minimum* se recogía en el originario artículo 1341 en su apartado primero y establecía dos reglas: por las cuales, si la hija no disponía de bienes propios, la dote tendría que consistir en la mitad de la legítima rigurosa presunta y, en cambio, si dispusiese de bienes propios. La hija cuyo valor no alcanzase la mitad de su legítima, entonces la dote debería consistir en lo necesario para completar lo que falta⁹².

Cuando el Código hacía referencia a la legítima presunta, era la cantidad que le correspondiese a la hija respecto al padre de los dos que haya constituido la dote: dependiendo de esto se establecía la cuantía con relación a la herencia del constituyente.

Para autores como Manresa la legítima presunta era la que correspondía a la hija en el momento de la donación y dependía de la fortuna de los padres y del número de hermanos que integrasen la familia y de la diferencia entre el activo y el pasivo de dicha fortuna, incluidas las donaciones colacionables⁹³.

⁹² CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 420

⁹³ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 420

El Código Civil no recogía un *maximum*, pero de las normas sobre donaciones se entiende que no podrá la cantidad exceder de aquello que le correspondiese a la hija por testamento. Todo aquello que se entregase a la hija de más sería tomado como cantidad inoficiosa.

En el caso de que la dote hubiese sido constituida por ambos cónyuges, estos deberían pagar o con los bienes de la sociedad conyugal, si la hubiera, y si no los hubiere, con los bienes propios de los padres en la proporción que entre ellos hubiesen pactado o por la mitad en caso de inexistencia de pacto entre las partes.

Si, en cambio, la constituyese el marido, este debería pagar también con los bienes de la sociedad conyugal, si la hubiese, de acuerdo con las facultades de administrador que tenía el marido de acuerdo a los artículos 1412 y 1415.

Pero, si no hubiere, la solución sería la misma que en la dote constituida por ambos cónyuges, aunque en este supuesto sería un tanto injusta ya que el marido no debería poder disponer de bienes propios de la mujer.

Por último en caso de que sea la mujer quien constituya la dote, esta debe pagar según recoge el último párrafo del artículo del 1343 con sus bienes propios. Una situación en clara desventaja con el marido, ya que la mujer no podía ni obligar los bienes comunes y mucho menos aún los del marido⁹⁴.

También la dote podría ser pagada por medio de los padres a sus hijas legítimas, según el artículo 1342:

“Los padres pueden cumplir la obligación de dotar a sus hijas, bien entregándoles el capital de la dote o bien abonándoles una renta anual como frutos o intereses del mismo”.

El problema que aquí surge es cómo se determinaba el tipo o cuantía de esa renta anual. Según Sánchez Román, si hablamos de intereses se haría referencia al interés legal del dinero y si hablamos de frutos, haría referencia a los que podría llegar a producir dependiendo de la naturaleza del capital⁹⁵.

⁹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 420

⁹⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 420

B) Dote Confesada

La dote confesada es aquella en la que el marido promete haber recibido la dote pero sin que conste en un medio indudable la entrega, es decir, la declaración del marido o no consta o se contiene en documento privado. A todo ello hacían referencia los artículos 1344 del Código Civil y 179 de la Ley Hipotecaria.

Este tipo de dote provocaba muchos casos de fraude; por ello, la ley tuvo que intervenir para poder poner unas limitaciones para evitar los múltiples casos en que el marido confesaba haber recibido la dote, con el fin de poder favorecer a la mujer a costa de los derechos de sus acreedores.

Dependiendo del lugar donde se realizase la confesión, esta tendría una eficacia u otra. Si se producía en testamento, la confesión tendría la misma eficacia que un legado y no podría perjudicar a los acreedores ni a los herederos forzosos del marido⁹⁶.

Si la confesión se producía en acto *inter vivos*, debían atenerse a lo recogido en los artículos 1344 y 1345 del Código, que contenían una regla general y una excepción.

Anteriormente, la Ley Hipotecaria ya lo había previsto en los artículos 170 y 171, los cuales íntegros pasaron al Código Civil.

El artículo 1344 ponía como sanción a la dote confesada sólo poder producir los efectos de las obligaciones personales:

“La dote confesada por el marido, cuya entrega no constare, o constare sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales”

Además, tanto la mujer como sus herederos tenían acción personal contra el marido confesante, pero no contra terceros que fuesen acreedores o herederos forzosos de este, y la mujer tampoco tenía derecho a exigir hipoteca legal por razón de dote confesada.

En cuanto a la excepción, venía recogida en el artículo 1345, y daba los mismos efectos a la dote confesada que a la dote entregada, siempre que se diesen una serie de circunstancias, como que la confesión se hubiese hecho por el marido antes o durante el primer año de

⁹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 423-427

matrimonio; si la confesión era realizada en un momento posterior, se consideraba no válida ya que el marido había tardado demasiado como para poder darle un voto de veracidad.

También la confesión debía venir recogida en documento público: aunque expresamente no lo establecía el Código Civil, esto era necesario para que el documento pudiese tener acceso al Registro de la Propiedad, donde sólo se admitían documentos públicos y auténticos y además porque el artículo 1280, en su apartado tercero, ya hablaba de la necesidad de recoger la constitución de la dote en un documento público para que esta pudiese hacerse valer frente a terceros. En esto no están de acuerdo Roca Sastre y Lacruz, quienes defendían la confesión en documento privado⁹⁷.

La circunstancia más importante era que la mujer hiciese “*constar judicialmente la existencia de bienes dotales o la de otros semejantes o equivalentes en el momento de deducir su reclamación*”. Los bienes que se debían justificar eran los que hubiesen sustituido a los bienes dotales.

Esta circunstancia era consecuencia de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, ya que esta defendía que la mujer no tenía por qué ser la perjudicada, sin beneficio de la hipoteca, cuando realmente ella había colaborado en el matrimonio llevando la dote hasta este, pero que por cualquier circunstancia estos bienes que aún existían o habían sido sustituidos por otros, por negligencia u otra causa no habían sido declarados en escritura pública o no se había hecho referencia en ella a estos.

Por último la mujer debía hacer la justificación mediante el juicio especial recogido en el artículo 165 de la Ley Hipotecaria para la constitución de hipotecas legales en general⁹⁸.

3.5 Régimen de la dote estimada y de la dote inestimada.

Los tratadistas anteriores al Código Civil originario, influenciados por las Partidas y por el Derecho romano, clasificaban la dote en dos grupos, por un lado la dote estimada y por otro la inestimada. Esta clasificación se hacía dependiendo de si se habían tasado los bienes de la dote o no. Además la dote estimada a su vez la subdividían en otros dos grupos: *venditionis causa* y *taxationis causa*, dependiendo de si el fin de la tasación era vender o no los bienes a favor del marido.

⁹⁷ ROCA SASTRE, R.M., *Derecho hipotecario*, t. IV, 9ª ed., Barcelona, pp. 654

⁹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. p 428

Con la llegada del Código Civil en 1889 la visión sobre la dote estimada e inestimada se modificó. Dejó de medirse en la existencia de valoración o no. A partir de este momento la dote estimada sería la que correspondía como propietario al marido y la inestimada la que era de dominio de la mujer.

El Código lo que hizo fue desnaturalizar los nombres, inadecuados en un momento posterior, de dote estimada e inestimada.

El artículo 1346 de aquel entonces recogía la nueva distinción entre estimada e inestimada:

“La dote puede ser estimada o inestimada.

Será estimada, si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución, transfiriendo su dominio al marido y quedando éste obligado a restituir su importe.

Será inestimada, si la mujer conserva el dominio de los bienes, háyanse o no evaluado, quedando obligado el marido a restituir los mismos bienes.

Si las capitulaciones no determinaran la calidad de la dote, se considerará inestimada.”

Atribuía la estimada al marido, si los bienes habían sido evaluados a tiempo de constitución de la dote, quedándose este su dominio y además la obligación de restituirlos. En el caso de la mujer, si esta conservaba el dominio de los bienes, independientemente de la existencia de evaluación, quedaba igualmente obligado el marido a restituirlos.

Si comparamos ambos tipos de dote podemos apreciar entre ellas una serie de diferencias:

- a) En la dote estimada, por ejemplo, hay una evaluación necesaria de los bienes cuando se constituye, en cambio en la dote inestimada esta evaluación es potestativa, no necesaria.
- b) En la primera los bienes deben ser transferidos al marido para hacerlos de su propiedad, el cual además deberá en un momento posterior acarrear con los incrementos y deterioros de la dote, en cambio en la inestimada la mujer conserva la propiedad de sus bienes y ella misma será la que hará frente a los incrementos o deterioros.

- c) Además, el marido, como ya había dicho anteriormente, en la dote estimada deberá devolver lo que recibió; en cambio, en la dote inestimada, primeramente debemos hablar de una enajenación realizada por la mujer con licencia del marido de los bienes; en el caso de que la mujer fuese menor, entonces necesitaría de la licencia judicial e intervención de ciertas personas⁹⁹, y posteriormente el marido tendría la obligación de restituir los mismos bienes que recibió.

Además, con relación a la constitución de estos tipos de dote, el artículo 1346 establece una presunción legal de carácter general, por la cual, si en las capitulaciones matrimoniales no se expresa la calidad de la dote, ésta por defecto será considerada dote inestimada.

A) Dote Estimada.

Si la dote recibida por el marido, como dote estimada, estuviese valuada por debajo de su valor real, podrá el hombre reclamar que se rectifique el error o agravio tal y como recoge el artículo 1348.

Este derecho a reclamar sólo se le concede al marido, propietario de la dote, no a la mujer ni tampoco a los herederos o derechohabientes del marido¹⁰⁰. Antes de la entrada en vigor del Código Civil en 1889, el Derecho anterior sí que permitía a la mujer reclamar, según lo que exponían las Partidas.

La mayoría de las veces el error era provocado por un desajuste en la valoración, un fallo, pero también, podía estar motivada por la variación en el valor de los bienes desde la estimación hasta el momento de celebración del matrimonio, pudiendo esta aumentar o disminuir.

En cuanto al tiempo para poder reclamar, el marido dispondrá de esta acción desde que se produjo la estimación, hasta que llegue el momento en que los restituya mediante la devolución de la dote.

⁹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 430

¹⁰⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 432-433

Hay autores como Lacruz que están en desacuerdo. Considera que el plazo para ejercitar dicha acción sería el de plazo de prescripción que consistiría en un plazo de quince años, desde el momento en que es conocido el marido de la lesión.

Con respecto a los bienes dotales, el marido y la mujer van a tener unos derechos y unas obligaciones mientras dure su matrimonio.

En cuanto a los derechos en la dote estimada, al marido le correspondería el dominio y la mujer tendría derecho al crédito dotal y a sus garantías.

El marido, mediante la dote estimada, recibe la plena propiedad de los bienes dotales, los cuales se disuelven en su patrimonio. Aunque este dominio está sometido a alguna que otra limitación, por las cuales los bienes dotales deben estar inscritos para poder ser hipotecados a favor de la mujer, también debe depositar determinados bienes muebles y tiene prohibido enajenar los señalados por el artículo 1359, hasta que haya de presentarse la garantía hipotecaria.

Junto al dominio, al marido se le otorgan derechos que derivan de este, como el derecho a reclamar que se deshaga el error o agravio, poder hacer suyos los incrementos de la dote, poder administrar los bienes a título de dueño, de los cuales además puede disponer libremente, y, en el caso de tratarse de efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles, podría sustituirlos con otros equivalentes, siempre y cuando cuente con el consentimiento de la mujer, y puede enajenar sus bienes propios, siempre y cuando subsista la hipoteca legal constituida sobre ellos.

Mientras que al marido podríamos denominarlo, más que dueño, deudor de la dote, la mujer será la acreedora, ya que en su activo patrimonial se ingresa la deuda correspondiente al marido en forma de crédito. Este crédito es un bien con valor pecuniario y que pasa a formar parte del patrimonio de la mujer.

Otros derechos que corresponderían a la mujer serían pedir la constitución de la hipoteca dotal, poder reclamar de su marido la subrogación de la hipoteca o exigir la restitución del importe por el que fue valuada la dote¹⁰¹.

B) Dote inestimada.

¹⁰¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1994. pp 434

Los derechos de cada parte cambian si nos encontramos ante una dote inestimada. Aquí el marido tiene la administración y el usufructo de los bienes dotales, en cambio la mujer el dominio y la disposición.

Además, el marido no puede arrendar los bienes inmuebles por un plazo superior a seis años, siendo nulas las anticipaciones de rentas de tres o más años, como recoge el artículo 1363. Y no está obligado a prestar la fianza de los usufructuarios comunes, pero sí a inscribir en el registro y a constituir hipoteca especial para responder por su gestión, su usufructo, por el deterioro de los bienes bajo su control y por la restitución.

La mujer conserva el dominio de los bienes dotales y hace suyo el incremento de la dote así como los deterioros, salvo que estos hayan sido causados por culpa del marido. También tiene que dar el consentimiento para los arrendamientos.

Por último, en la dote inestimada, para que se pueda llevar a cabo su enajenación, surge la necesidad de cumplir una serie de requisitos de capacidad y legitimación: la mujer puede enajenar, gravar, hipotecar, con el consentimiento del marido, salvo que sea menor, en cuyo caso, necesitará intervención de licencia judicial o de determinadas personas que aparecían en el artículo de 1352.

Puede surgir algún que otro problema en el caso de que la mujer sea mayor de edad, pero el marido sea menor. Aquí el marido necesitaría de una licencia con el consentimiento del padre, de la madre o del tutor.

En caso de la mujer menor, la licencia debía instarse en acto de jurisdicción voluntaria, ante el juez, el cual en último lugar tendría la palabra para otorgar o no la autorización. Y si en vez de licencia judicial se utilizaba la intervención de determinadas personas, estas debían ser escuchadas a la hora de componer el expediente judicial.

C) Dote inestimada mueble.

También podemos hablar de una clase especial de dote, intermedia entre la dote estimada y la dote inestimada que recibe el nombre de dote inestimada mueble.

Este nombre se debe a que, aunque en nuestra legislación todo tipo de bienes podían ser susceptibles de constituir dote, tanto estimada como inestimada, los bienes muebles, el dinero y las cosas fungibles eran atípicos en la inestimada.

Las características que conforman la dote inestimada mueble son algo diferente a las otras dos dotes:

- a) En cuanto a la evaluación de los bienes, esta era necesaria, como en la dote estimada, aunque realmente tal estimación respondía a las exigencias de la hipoteca dotal, no a cambiar la dote por una estimada como tal; a ello hace referencia el artículo 174 de la ley Hipotecaria.
- b) La conservación de los bienes en esta dote correspondía a la mujer, tal como en la dote inestimada en general. Y se atribuye a la mujer el incremento o deterioro de los bienes, seguida por la correspondiente enajenación, en este caso por el marido, sin necesidad de obtención de consentimiento de la mujer de bienes muebles de la dote inestimada. Por último el importe de estos bienes deberá ser restituido.

En conclusión como principales diferencias entre la dote estimada y la dote inestimada mueble encontramos que en esta la mujer conserva el dominio y responde de los aumentos y deterioros, y que la restitución solo va a tener lugar en el caso de que, habiéndose enajenado los bienes, estos no hubiesen sido restituidos o sustituidos.

3.6 La Hipoteca Dotal

3.6.1 Contenido normativo

La hipoteca dotal, definida en el artículo 169 de la Ley Hipotecaria, es aquella que la ley obliga a constituir al marido sobre sus propios bienes a favor de su esposa.

El fin principal de la hipoteca dotal es *“garantizar la restitución del valor de los bienes dotales estimados e inestimados o parafernales de naturaleza mueble o asegurar la efectividad de las donaciones ofrecidas a su favor, por el mismo esposo, como aumento de la dote”*.

Su origen lo encontramos en el Derecho Romano, como ya anteriormente he indicado, concretamente en el Derecho Justiniano, en el cual Justiniano, bajo la influencia helenística, otorga a la mujer una acción especial para protegerla tras la disolución del matrimonio y que

le fuese restituida la dote. Lo consiguió mediante la constitución de una hipoteca como garantía sobre la totalidad del patrimonio del marido con preferencia al resto de garantías reales que también pudiesen constituirse sobre el mismo (salvo las hipotecas a favor del fisco a consecuencia de deudas anteriores a la obligación de restituir¹⁰²). Todo esto permanece en el tiempo, siendo incluido en el *ius commune*.

Esta hipoteca participa del carácter de las hipotecas de seguridad al igual que la mayoría de las hipotecas legales. Antes de la Ley Hipotecaria de 1861, la hipoteca era concebida como hipoteca legal tácita y general. Tras la promulgación de la Ley Hipotecaria se pasó a considerar una hipoteca expresa y especial.

Aunque no es cierto que bajo el nombre de “hipoteca dotal” sólo se envuelva la hipoteca dotal propiamente dicha, sino que también se hace alusión a las garantías de la dote sin ser hipoteca y a hipotecas auténticas que no lo son en garantía de la dote¹⁰³.

En el texto original de la Ley Hipotecaria ya se daba a la hipoteca dotal un gran desarrollo, del artículo 169 LH al 183 LH, lo cual ha permanecido en las legislaciones posteriores pese a la evolución legislativa.

Tras la Reforma de 13 de Mayo de 1981, por la cual se suprimió la dote, y las referencias a los bienes parafernales, los artículos comprendidos entre el 250 RH y el 258 LH, han perdido su vigencia y por tanto su aplicación. Solo serán aplicables en los territorios de Derecho Civil particular que lo conservan.

Aunque estos artículos 250 al 258 RH fueron derogados en el RD 12 de noviembre de 1982, posteriormente otra reforma por medio del RD de 10 de Octubre de 1984 volvió a darles validez, ya que la dote seguía viva en los Derechos forales y especiales y en estos lugares seguirían siendo normas que deben aplicarse, independientemente de que la institución haya desaparecido del Código común.

En la actualidad, la hipoteca dotal no ostenta ningún tipo de privilegio o especialidad por su origen ni preferencia, es decir, se sitúa en donde le corresponde dependiendo de su fecha de inscripción o su consignación en documento público, en un orden de prelación. Esto es lo mismo que sucede con los demás titulares de derechos reales o acreedores.

¹⁰²ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Comentario a la Ley Hipotecaria, Título V, De las hipotecas”, en DOMINGUEZ LUELMO, A. (Director): “*Comentarios a la Ley Hipotecaria*”, 2ª ed. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2013, pp 924 y ss

¹⁰³ ANDRÉS SANTOS, FJ.: “Comentario a la Ley Hipotecaria, Título V, De las hipotecas”, en DOMINGUEZ LUELMO, A. (Director): “*Comentarios a la Ley Hipotecaria*”, 2ª ed. Valladolid: LEX NOVA, S.A, 2013, pp 924 y ss

3.7 Restitución de la dote.

3.7.1 Casos en que procede restituir la dote.

Hay diferentes causas que van a propiciar la restitución de la dote recogida en acto jurídico.

Estos motivos son: las circunstancias de condición o plazo a las que ha quedado sometida en el acto de constitución, a la inhabilitación del marido para administrar o gestionar la dote, la disolución del matrimonio o divorcio y la mutación del régimen económico matrimonial del antiguo artículo 1320, redactado posteriormente en el 1317¹⁰⁴.

El artículo 1365 definía la obligación de restitución como aquella que el marido debía a la mujer o sus herederos, cuando el matrimonio se disolviese o se declarase nulo, se transfiriese a la mujer la administración (de acuerdo con lo recogido en el artículo 225) y cuando los tribunales lo ordenasen.

La primera causa (la disolución o nulidad) es irrevocable, no así la tercera, que habrá de tener en cuenta el pacto de los cónyuges.

Y en cuanto a la primera premisa de este artículo, ahora hay que interpretarla de acuerdo al artículo 85 y engloba como causas de disolución de matrimonio, junto al fallecimiento de uno de los cónyuges, la declaración de fallecimiento y la sentencia firme de divorcio.

En relación a la declaración de nulidad del matrimonio, se hace referencia en el artículo 95, párrafo 2º, en el caso de haber sido de mala fe.

En cuanto a la administración de la mujer de la dote, este apartado deja de tener importancia tras la Reforma de 1983. Y en relación con los tribunales, y su decisión en cuanto a la restitución, hay que seguir los artículos 1387, 1388 y 1389¹⁰⁵.

En cambio, no procederá la restitución por convenio o por confusión. En cuanto al convenio, esto hace referencia a los casos en que se acuerda que al disolverse el matrimonio por una determinada causa, se queden los bienes dotales bajo el dominio del marido o si en

¹⁰⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1987. pp 625 y ss.

¹⁰⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1987. pp 626 y ss.

el momento de llevarse a cabo la restitución, tanto mujer como sus herederos decidan que se la quede el marido.

Y, por otro lado, la confusión, cuando el marido es heredero por testamento o *ab intestato* de la mujer en calidad de pariente o cónyuge.

Surgen dudas en algún caso, como el recogido antes de la reforma de 1981, en el artículo 73, apartado tercero, en que se entendía que la mujer, si era culpable o causante de la disolución del matrimonio, perdía el derecho a ser restituida en la dote. Actualmente no se tiene en cuenta a la hora de regular las consecuencias de la separación esta característica de inocencia o culpabilidad, pero sí que es verdad que esta puede tener reflejo en la sentencia correspondiente.

3.7.2 *Elementos personales, reales y formales.*

En primer lugar, los elementos personales hacen referencia a los sujetos que van a tener que llevar a cabo la obligación de restituir. En los casos de muerte o declaración de fallecimiento del marido, son sus herederos los obligados a restituir la dote a la mujer. Si, en cambio, es la mujer quien fallece, en este caso la restitución se hará en favor de sus herederos por parte del marido.

En los supuestos de ausencia o incapacidad del marido deberá realizarse la restitución en favor de la mujer por parte de los representantes legales del marido. En caso de incompatibilidad, por ser la mujer la responsable legítima, esta deberá ser sustituida por quienes deban.

Por otro lado, será el marido quien deba devolver la dote en el caso de nulidad o separación. Lo propio ocurrirá con la mutación del régimen económico de acuerdo al artículo 1320 y en el divorcio.

En cuanto a lo que es objeto de restitución, este variará según hablemos de dote estimada o dote inestimada. En el caso de dote estimada, lo que hay que restituir es el precio en que el marido la hubiese estimado al recibirla¹⁰⁶.

¹⁰⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1987. pp 626 y ss.

En el caso de la dote inestimada hay que estar a lo convenido por las partes en capitulaciones o por pacto; de no existir ambos, se aplicarán las diferentes reglas que recoge la ley según las características de los bienes, si son inmuebles, muebles no fungibles o bienes fungibles no tasados.

Si hay que restituir bienes inmuebles, habrá que hacerlo entregando los recibidos anteriormente tal y como se encuentren en ese momento, y si hubiesen sido vendidos, habrá de ser restituido el precio de venta.

En cuanto a la restitución de muebles no fungibles, se debe hacer de los que le fueron entregados, también, tal y como estén en ese momento los bienes. En el caso de que hayan sido objeto de sustitución, se deberá entregar el bien por el cual han sido sustituidos y en su defecto, se pagará la dote en dinero¹⁰⁷.

Y por último, se devolverán bienes de la misma especie y calidad, en el caso de restitución de bienes fungibles no tasados.

Se pueden producir una serie de deducciones en relación al precio de estimación inicial de la dote. Dependiendo de si hablamos de dote estimada o inestimada, hablaremos de unas u otras.

En el caso de la dote estimada, las deducciones vienen recogidas en el artículo 1366:

“Del precio se deducirá: 1.º La dote constituida a las hijas, en cuanto sea imputable a los bienes propios de la mujer, conforme al artículo 1.343. 2.º Las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio y que hubiese satisfecho el marido”.

Aunque el Código no lo recoja, también se puede deducir todo aquello pagado por el marido imputable a la mujer.

Y en el caso de la dote inestimada se deducirán si hubiesen sido pagadas por el marido las recogidas en el artículo 1377:

“Para la liquidación y restitución de la dote inestimada se deducirán, si hubiesen sido pagadas por el marido: 1.º El importe de las costas y gastos sufragados para su cobranza y defensa. 2.º Las deudas y obligaciones

¹⁰⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1987. pp 627.

inherentes o afectas a la dote que, con arreglo a las capitulaciones matrimoniales o a lo dispuesto en este Código, no sean del cargo de la sociedad de gananciales. 3.º Las cantidades que sean de la responsabilidad peculiar de la mujer, con arreglo a lo dispuesto en este Código”.

Por otro lado, los deterioros provocados con dolo o por negligencia, si son ocasionados por el marido, serán imputables al marido y los pagará este, y los causados por fuerza mayor, la mujer¹⁰⁸.

En cuanto al tiempo de la restitución y el lugar en que debe de hacerse. En el derecho romano y en el derecho previo al Código Civil, como se ha visto, las cosas muebles se debían restituir en el plazo de un año y los inmuebles inmediatamente.

Tras la publicación del Código Civil, su regulación se complica, y atiende a lo establecido en las capitulaciones matrimoniales o a la constitución de la dote o a lo pactado tras la disolución del matrimonio por las partes. En defecto de pacto, hay que acudir a la regulación de la ley, que vuelve a diferenciar entre dote inestimada y estimada.

En la dote inestimada, la regla general es que, tanto bienes muebles como inmuebles, podrán ser pedidos para que su restitución se lleve a cabo de forma inmediata. Hay dos especialidades, en cuanto al dinero, bienes fungibles y valores públicos: si existen en la sociedad conyugal cuando se disuelve el matrimonio, se pide una restitución inmediata; en cambio, si no existiesen en ese momento, el plazo sería de un año desde la disolución del matrimonio.

En la dote estimada se cree también aplicable en este caso el artículo 1370, aunque parezca un artículo sólo dictado para la dote inestimada.

En lo que respecta al lugar, a falta de pacto, deberá ser restituida donde se ha disuelto el matrimonio.

3.8 Desaparición de la dote como régimen económico matrimonial típico.

3.8.1 La Reforma de la Ley 13 de Mayo de 1981.

La ley 13 de Mayo de 1981 recoge la modificación del Código Civil por la cual se vieron alterados temas como la filiación, la patria potestad y los regímenes económicos

¹⁰⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1987. pp 626 y ss.

matrimoniales. Dentro de este último campo, se derogó lo que aquí es el centro del tema a desarrollar; la dote¹⁰⁹.

Es decir, los antiguos artículos 1336 a 1380, que la regulaban y formaban parte del capítulo IV, título III, libro IV, dejan de formar parte del Código Civil, en todo o en parte.

La desaparición de esta figura típica en el Derecho Español Civil tiene algunas consecuencias destacables como por ejemplo:

1º La dote pierde su carácter de pacto convencional y típico, pactado entre las partes.

2º Su derogación no tiene carácter retroactivo, es decir que, los matrimonios que al momento de entrar en vigor la Ley 13/1981 tuviesen constituida la dote como régimen económico matrimonial, mantendrán la regulación de aquella, la cual considerarán derecho transitorio.

3º La nueva regulación no prohíbe expresamente la constitución de la dote pero, sí que rechaza la dote obligatoria, y deja las puertas abiertas a la dote necesaria. Por tanto la existencia de la dote no es contraria al orden constitucional¹¹⁰.

4º Tanto en las dotes existentes como en las futuras, habrán de aplicarse los nuevos principios imperativos de nuestro régimen económico matrimonial.

3.8.2 Problemática: ¿Qué ocurre con las dotes que aún quedan vigentes?

Como ya he indicado, la supresión de la dote en la Reforma del 13 de Mayo de 1981 carece de efectos retroactivos, pues el legislador ha guardado silencio sobre este tema y se ha

¹⁰⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1987. pp 604-606

¹¹⁰ Como bien resaltan DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. V-IV, 11ª ed., Madrid, TECNOS, 2015, pp 174. Lo que también rechazan estos dos autores es la dote obligatoria, ya que la perciben como contraria al artículo 14 de la Constitución Española, que recoge el principio de igualdad.

limitado simplemente a borrar su huella en el Código; por tanto los antiguos artículos que lo comprendían (del artículo 1336 a 1380), dejan de tener vigencia.

De hecho, no se establece ningún plazo para que los que se encuentren en régimen dotal puedan cambiar a otro régimen o puedan modificar sus cláusulas. Como norma general, la dote, de existir, seguirá rigiéndose por las normas anteriores¹¹¹.

Pero también el régimen dotal existente al entrar en vigor la reforma 13/1981 puede ser modificado de mutuo acuerdo entre los sujetos que conforman el matrimonio y ser extinguido y sustituido por cualquier otro régimen.

Respecto a los artículos que antes recogían la dote, a partir de ahora sufren alteraciones tales como el 1343, que se aplicará a los hijos de ambos sexos que existiesen en las dotes voluntarias que se constituyan.

Perderá su validez total el artículo 1364, ya que a partir de este momento entra en contradicción con el nuevo artículo 1435.2. Y el 1365 se integrará dentro de la regulación respecto a la disolución de matrimonio.

Por otro lado, el artículo 1374, aparece ampliado, pero cambiado de localización, y a partir de ahora estará recogido en el artículo 1321.

El artículo 1361 puede crear dudas con respecto a las dotes anteriores a la Reforma, ya que menoscaba la autonomía patrimonial de la mujer casada con sus propios bienes¹¹², aunque, por otro lado, también recoge los principios más modernos de disposición conjunta sobre bienes de alguna manera comunes.

En cambio, el 1362 pasa a estar en relación con el 1319, que conlleva una pretensión generalidad e imperatividad.

En conclusión, hay que entender completamente derogada la dote obligatoria a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley, y sólo serán vigentes las dotes obligatorias que se constituyeran anteriormente a esta fecha.

La cuestión de si cabe constituir dote en el futuro es una cuestión abierta aunque claramente en la actualidad nadie o en muy raro caso se constituye dote, aunque esta posibilidad sigue

¹¹¹ MARTINEZ-CALCERRADA, L.: *El nuevo Derecho de Familia, II. Régimen sobre filiación y sociedad de gananciales. Teoría, norma y práctica*, Madrid, 1982, pp 336 y ss.

¹¹² CASTÁN TOBEÑAS, J. / GARCÍA CANTERO, G. / CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I, Madrid, 1987. pp 630-632

vigente en territorios forales y regulaciones especiales, hasta que estas Comunidades Autónomas decidan derogarlo.

4 CONCLUSIONES FINALES

- 1) En el Derecho Romano arcaico no podemos hablar propiamente de relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí. Sólo, con el paso del tiempo, se creó un modelo de régimen económico matrimonial: un patrimonio común para, entre los dos cónyuges, hacer frente a las cargas familiares y del hogar: el sistema dotal. Por último, la dote empezó siendo una obligación social, para llegar a ser en época Justiniana una obligación jurídica.

En el Derecho Español toda crisis matrimonial tiene como consecuencia efectos sobre el patrimonio de los cónyuges, tanto en el común, como en el individual de cada uno de ellos. El régimen económico matrimonial se basa en el matrimonio, por tanto en el momento en que este se disuelve, no tiene sentido que sigan adelante con el régimen económico matrimonial.

- 2) Dependiendo de la etapa romana en que nos situemos, destacan o el matrimonio *cum manu*: el destino del patrimonio dotal era el patrimonio familiar del marido. Esto dificultaba, tras la disolución del matrimonio, la restitución de los bienes dotales. O el matrimonio *sine manu*: en el que la dote era la forma de aportar recursos para los gastos domésticos.

El Código Español cuando regulaba la dote desprendía de sus principios generales la obligación del marido de afectar la dote a las cargas del matrimonio, pero esto como tal no aparece expresamente recogido. Nuestro código simplemente recogía los bienes o derechos que pueden ser sujetos a ella. En el Derecho español esta división o tipos de matrimonio ya no existen.

- 3) En Roma podemos clasificar la dote en: dote *profecticia*, dote *adventicia* y dote *recepticia*. El Código Civil Español de 1889 mantendría esta clasificación, pero, únicamente haría referencia a ella en el artículo 1343, en relación a la materia de sucesiones, en cuanto la dote como anticipo de legítima

4) Por otro lado, en cuanto a los modos de constitución de la dote en Roma, podemos diferenciar entre: *datio*, *dictio* y *promissio*. Como en el Derecho Romano, el Código Civil Español de 1889 dividía la dote en tres: prometida, confesada y entregada.

Además, en el Derecho Español la constitución de la dote podía realizarse por cláusula en el contrato de capitulaciones matrimoniales, por testamento, en documento público, como por carta dotal en escritura pública o bien por documento privado, incluso por convenio verbal.

5) Dos categorías de dote cobraban importancia en el Derecho Romano: dote estimada e inestimada. La dote estimada suponía la valoración de las cosas o bienes que iban en un momento posterior a integrar la dote. Pretendía garantizar la restitución de la dote mediante estipulación y hacer responsable al marido de la pérdida de los bienes dotales.

En el Derecho Español, según su naturaleza jurídica también se clasificará entre dote estimada y dote inestimada, las cuales primeramente se diferenciaban por la existencia de la estimación o de la valoración, como en el Derecho Romano; pero con el tiempo, se diferencian por la transferencia o retención. Con la llegada del Código Civil en 1889 la visión sobre la dote estimada e inestimada se modificó. A partir de este momento la dote estimada sería la que correspondía como propietario al marido y la inestimada la que era de dominio de la mujer.

Las causas de crisis matrimoniales en el matrimonio romano clásico son diferentes a las que hoy conocemos en nuestro sistema, y por tanto no son equiparables. En el derecho romano clásico el matrimonio necesitaba, para seguir vivo y perdurar, un *consensus* continuo. En cambio, hoy en día, y desde finales de la Edad Antigua, en los países occidentales es necesario el *consensus* inicial.

Lo que no era necesario en Roma, y hoy en día sí en los ordenamientos jurídicos modernos, es la participación de una autoridad pública en el acto de disolución del matrimonio que confirmará el cese efectivo del vínculo matrimonial.

Diversas leyes romanas ponían freno al divorcio en Roma como son la *lex Iulia de adulteriis* y la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, en el 18 a. C. y la *lex Papia Poppaea de nuptiis* del 9 a. C. del emperador Cesar Augusto. En cambio En España, en la actualidad, hemos avanzado aún más haciendo evolucionar la Ley del divorcio de 1981 hacia una nueva Ley de divorcio aprobada en el año 2005. En ella los requisitos para proceder a extinguir el vínculo matrimonial se agilizaron y se consiguió casi dar la misma

rapidez a la decisión de divorciarse como lo tiene la opción de casarse. Eso sí, cuando la pareja opta por unirse de mutuo acuerdo.

- 6) Los artículos 1342 y siguientes del Código Civil hacen referencia a las donaciones en el matrimonio, a los regalos de boda y a las aportaciones de los cónyuges a las cargas familiares. Pero nada tienen que ver con el anterior sistema dotal.

En la actualidad, se sigue defendiendo la existencia de la dote romana a través del pacto que puede establecerse por los cónyuges en torno a determinados bienes otorgándolos inalienabilidad e inembargabilidad. Este pacto, conservaría la finalidad de la dote, que es proteger al más desfavorecido en caso de disolución del matrimonio por separación, divorcio o nulidad matrimonial.

- 7) En el Derecho Español los bienes de la mujer no se presumían dotales como en el Derecho Romano, sino parafernales. Para que los bienes de la mujer pasasen a ser dotales era necesario que se los revistiese de ese carácter, bien por la voluntad de los interesados, bien por la declaración de la ley.

- 8) Los sujetos legitimados activamente en el Derecho Español para constituir dote a favor de la mujer, tanto antes como después del matrimonio son; los padres o familiares de los cónyuges y los terceros ajenos a la familia. También estaría legitimado para ello el marido y la mujer, antes del matrimonio.

- 9) En cuanto a la dote obligatoria, su origen, lo encontramos en Roma en una constitución de Severo y Caracalla y posteriormente es recogida por el Código Civil Español de 1889, en su artículo 1340, pero durante su vigencia la mayoría de la corriente legislativa se manifestaba contraria a ella, de hecho, en la práctica muy pocas veces se hacía efectiva.

- 10) El origen de la hipoteca dotal lo encontramos en el Derecho Romano, en el Derecho Justiniano, como acción especial para proteger a la mujer tras la disolución del matrimonio y que le fuese restituida la dote mediante la constitución de una hipoteca como garantía sobre la totalidad del patrimonio del marido con preferencia al resto de garantías reales que también pudiesen constituirse sobre el mismo. Todo esto permanece en el tiempo, siendo incluido en el Derecho Común Español. En el texto

original de la Ley Hipotecaria se daba a la hipoteca dotal un gran desarrollo, desde el artículo 169 LH hasta el 183 LH.

En la actualidad, la hipoteca dotal no ostenta ningún tipo de privilegio o especialidad por su origen ni preferencia, es decir, se sitúa en donde le corresponde dependiendo de su fecha de inscripción o su consignación en documento público, en un orden de prelación.

- Conclusión final:

En torno a la dote van a girar la totalidad de las relaciones patrimoniales en el matrimonio en Roma, convirtiéndose el sistema dotal, en el régimen característico no solo de Roma sino también de las sociedades premodernas, permaneciendo presente en nuestro Derecho Español hasta 1981, año en que desapareció, mediante la Ley de 13 de Mayo de este mismo año, aunque permaneciendo en algún Derecho Foral como en Cataluña y siendo de importancia a nivel internacional.

5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier.: “Comentario a la Ley Hipotecaria, Título V, De las hipotecas”, en DOMINGUEZ LUELMO, Andrés. (Director): *“Comentarios a la Ley Hipotecaria”*, Valladolid, 2013.
- ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier.: “Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid, 2009.
- ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier: *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho Romano Clásico*, Valladolid, 1997.
- ARIAS RAMOS, José / ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, vol. II, 17º Ed., Madrid, 1984
- BONFANTE, Pietro.: *Curso de derecho romano. I. Derecho de familia*, Roma, 1925.

- CASTÁN TOBEÑAS, José. / GARCÍA CANTERO, Gabriel. / CASTÁN VÁZQUEZ, José María.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I Madrid, 1976.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. / GARCÍA CANTERO, Gabriel. / CASTÁN VÁZQUEZ, José María.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-I Madrid, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. V-IV, Madrid, 2015.
- DOMINGUEZ LUELMO, Andrés.: “*Comentarios a la Ley Hipotecaria*”, Valladolid, 2013.
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ, Francisco., “La renuncia a la sociedad de gananciales y a la comunidad de gananciales en liquidación”, *Revista de Derecho español y americano*, 1960, pp 83-109.
- FAYER, Carla.: *La familia romana. Aspecti giuridici ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma, 2005.
- FERRARA, Francesco.: *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941.
- FRANCIOSI, Gennaro.: *La famiglia romana. Società e diritto*, Torino, 2003.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús.: *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil. I. La tradición romanística*, Madrid, 1982.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. Coord.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid, 2009.
- GUTIÉRREZ-MASSON, Laura., “La dote en el Derecho Romano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 81, 1988.
- IGLESIAS, Juan.: *Derecho Romano. Historia e instituciones*, Barcelona, 1993.
- JOSSERAND, Louis.: *Derecho civil*, Buenos Aires, 1951.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis.: “La constitución obligatoria de dote”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Septiembre-Octubre, 1954, pp. 408 y ss.

- LALINDE ABADÍA, Jesús.; *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1978.

- MARTINEZ-CALCERRADA, Luis.: *El nuevo Derecho de Familia, II. Régimen sobre filiación y sociedad de gananciales. Teoría, norma y práctica*, Madrid, 1982.

- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo.: *Comentario del Código Civil*, vol. I, Madrid, 1993.

- PUIG PEÑA, Federico.: *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, 1971.

- ROCA SASTRE, Ramón María., *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968.

- ROCA TRÍAS, Encarnación.: “Comentario al artículo 95 del Código Civil”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido / BERCOVITZ, Rodrigo, *et al.* (dirs.): *Comentario del Código Civil*, vol. I, Madrid, 1993.

- SOHM, Rodolfo.: *Instituciones del Derecho Privado Romano: Historia y Sistema*, Traducción: ROCES, México D.F, 1936, pp 447 y ss.

- VELEZ PEREZ, Fabián.: Derecho Romano y la Dote “La dote”. Consulta online: <http://derecho-romano.blogspot.com.es/2006/06/la-dote.html> [última consulta: 22 de Diciembre de 2016]

