



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho
Grado en Derecho

LA DOTE EN ROMA

Presentado por:

Mirian Sánchez Serrador

Tutor:

Javier Hernanz Pilar

Valladolid, 8 de Septiembre de 2020

RESUMEN.

El objetivo central de la investigación es analizar la dote -los bienes de la mujer, que en consideración a ella y al momento de casarse, el *paterfamilias* entregaba como aporte para los gastos y necesidades que la vida en matrimonio supone-, desde sus diferentes aristas, enfocándose principalmente en su evolución y los cambios jurídicos que tuvo a lo largo de la historia, desde el Derecho Romano hasta la Codificación Civil española.

Se muestra con detalle como el régimen dotal en sus inicios, en Época Arcaica, estaba basado en costumbres, tradiciones e imposiciones sociales y morales, hasta que fue incorporado y modificado en el ordenamiento jurídico de la Época Clásica; con el fin de otorgarle derechos de aseguramiento a la mujer sobre los bienes provenientes de su familia de origen.

El trabajo engloba dos amplios capítulos: Primero, la dote en el Derecho Romano, que estudia el sistema dotal, la restitución de la dote y los derechos de la mujer sobre la misma. Y, segundo, la dote en la Codificación Civil Española, que enumera los conceptos, las clases, la constitución, las garantías y la restitución.

PALABRAS CLAVE.

Dote, “*Res Uxoriam*”, Derecho Romano, Restitución de la dote, Codificación Civil Española, Matrimonio, Constitución de la dote, Evolución de la dote, Clases de dote, Aseguramiento de la dote.

ABSTRACT.

The main objective of the research is to analyze the dowry -the woman's assets, which in consideration of her and at the time of marriage, the *paterfamilias* gave as a contribution to the expenses and needs that life in marriage entails-, from its different edges, focusing mainly on its evolution and the legal changes it had throughout history, from Roman Law to the Spanish Civil Codification.

It is shown in detail as endowment regime in its beginnings, in the Archaic Period, was based on customs, traditions and social and moral impositions, until it was incorporated and modified in the legal system of the Classic Period; in order to grant insurance rights to women on property from their family of origin.

The work includes two broad chapters. First, the dowry in Roman law, which studies the endowment system, the restitution of the dowry and the rights of women over it. Second, the dowry in the Spanish Civil Codification, which lists the concepts, classes, constitution, guarantees and restitution.

KEY WORDS.

Dowry, “Res Uxoriae”, Roman Law, Restitution of the dowry, Spanish Civil Code, Marriage, Constitution of the dowry, Evolution of the dowry, Dowry Classes, Assurance of the dowry.

ÍNDICE SISTEMÁTICO.

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LA DOTE EN EL DERECHO ROMANO.....	12
2.1. El sistema dotal romano	12
2.1.1. <i>Concepto de dote y su evolución en el Derecho Romano.....</i>	<i>12</i>
2.1.2. <i>Clases y constitución de la dote.....</i>	<i>15</i>
2.1.3. <i>La dote durante el matrimonio (régimen jurídico).....</i>	<i>19</i>
2.2. La restitución de la dote en el Derecho Romano.....	24
2.2.1. <i>La evolución de la restitución en Época Arcaica.....</i>	<i>24</i>
2.2.2. <i>La evolución de la restitución en Época Clásica.....</i>	<i>25</i>
2.2.3. <i>La reforma de Justiniano en el sistema dotal.....</i>	<i>34</i>
2.2.3.1. <i>Primera intervención legislativa.....</i>	<i>34</i>
2.2.3.2. <i>Segunda intervención legislativa.....</i>	<i>34</i>
2.2.3.3. <i>Tercera intervención legislativa.....</i>	<i>36</i>
2.2.3.4. <i>El crédito privilegiado (privilegium exigendi) a favor de la mujer para la restitucion de la dote.....</i>	<i>37</i>
2.2.3.5. <i>Causas que motivaron la reforma del sistema dotal en el Derecho Justiniano.....</i>	<i>39</i>
2.3. Estudio específico de los derechos de la mujer sobre la dote.....	40
3. LA DOTE EN LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA.....	45
3.1. Concepto de la dote.....	45
3.2. Clases o especies de dote.....	47
3.2.1. <i>Dote estimada y dote inestimada.....</i>	<i>48</i>
3.2.2. <i>Dote obligatoria.....</i>	<i>51</i>
3.2.3. <i>Dote confesada.....</i>	<i>53</i>
3.3. Constitución de la dote.....	54
3.3.1. <i>Naturaleza jurídica del acto de constitución dotal.....</i>	<i>54</i>
3.3.2. <i>Elementos personales del acto de constitución dotal.....</i>	<i>54</i>
3.3.3. <i>Elementos reales del acto de constitución dotal.....</i>	<i>55</i>
3.3.4. <i>Elementos formales y publicidad del acto de constitución dotal.....</i>	<i>55</i>

3.4. Garantía o aseguramiento de la dote.....	56
3.4.1. <i>Garantía de la dote prestada por el constituyente. Responsabilidad por evicción...</i>	<i>56</i>
3.4.2. <i>Garantía de la dote prestada por el marido.....</i>	<i>57</i>
3.5. Restitución de la dote.....	59
3.5.1. <i>Causas o supuestos de restitución.....</i>	<i>59</i>
3.5.2. <i>Elementos personales de la restitución.....</i>	<i>60</i>
3.5.3. <i>Elementos reales de la restitución.....</i>	<i>60</i>
3.5.4. <i>Elementos formales de la restitución.....</i>	<i>61</i>
3.5.4.1. <i>Tiempo de la restitución.....</i>	<i>61</i>
3.5.4.2. <i>Regla especial de la restitución.....</i>	<i>62</i>
4. CONCLUSIONES.....	63
5. ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	67
6. ÍNDICE DE FUENTES.....	68
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la dote como un patrimonio creado para un fin específico. En concreto, es un patrimonio que la mujer pone a manos de su marido para contribuir en las cargas generadas por el matrimonio, tanto en el Derecho Romano como en la Codificación Civil Española.

De entrada hay que advertir que el régimen dotal se ha calificado como uno de los más desarrollados, vitales y ricos dentro del ordenamiento jurídico romano. Se debe a que esta materia, desde su origen hasta el final de su evolución, se mantuvo en constante desarrollo, puesto que la realidad social impuso un cambio de fisonomía a la institución, lográndolo a través de la costumbre y de la jurisprudencia, más que por vía legislativa¹. Esta transformación encuentra su fin en Justiniano, el encargado de realizar una profunda y sorprendente reforma del sistema dotal.

En Roma existía una obligación moral para el marido (o su *paterfamilias*), ya que era el encargado de satisfacer los gastos derivados del mantenimiento de la familia y del hogar, con todo su patrimonio. Y por ello, la costumbre imponía que la mujer u otra persona en su nombre, realizase una aportación patrimonial al marido para contribuir en los *onera matrimonii*. Esta aportación patrimonial es la dote.

La evolución de la dote en el Derecho Romano está estrechamente ligada a la evolución de la sociedad durante siglos de historia, y en concreto debido a la evolución de la *manus* (poder marital). De esta forma se pueden diferenciar dos supuestos, el matrimonio *cum manu* y el matrimonio *sine manu*. En el primer caso, el marido adquiere la *manus* sobre la mujer, eliminando para ella toda posibilidad de tener un patrimonio propio, ya que sus bienes pasan a formar parte del patrimonio de la familia del marido, así como todo lo que adquiriese constante matrimonio. De esta forma, la mujer carecía de capacidad patrimonial, puesto que todo lo que tenía lo adquiriría de manera automática el marido o su *paterfamilias*, ya que la mujer se inscribía, a efectos personales, como una hija más en el marco de la familia de su marido.

Mientras que en el segundo caso, la mujer no cambiaba de familia, seguía perteneciendo a su familia de origen, y de esta forma, todo lo que ella adquiriese revertía en su *paterfamilias*. Pero en ambos matrimonios, el principio fundamental era el de separación de bienes con el

¹ D'ANCONA, R.: “*Il concetto della dote nel Diritto Romano. Studio storico – giuridico*”, Roma, Ed. L'Erma, 1972, p.1.

marido. Este principio rigió el matrimonio durante toda la Época Clásica romana, pero en la práctica surgió para los cónyuges la necesidad de crear un patrimonio común con el cual satisfacer las cargas económicas de la familia.

Hay que indicar que dos principios vienen a completar este cuadro: la llamada *praesumptio Muciana* y la prohibición de donaciones entre cónyuges. Al respecto de la *praesumptio Muciana* (denominada de esta forma porque se atribuía al jurista Quinto Mucio Escévola) establece que se presume que todo incremento en el patrimonio de la mujer casada que se haya producido constante matrimonio proviene de su marido, salvo prueba en contrario. Es decir, que todas las adquisiciones de la mujer, y cuya procedencia no pueda especificar, se presumirán que proceden o provienen de su marido. De hecho, en D. 24, 1, 51 se establece: “Dice Quinto Mucio Escévola que cuando se discute de donde procede la adquisición hecha por una mujer, es más ajustado a la verdad y a la buena fama estimar que adquirió de su marido, o del que estaba bajo su potestad, todo aquello cuya distinta procedencia no pueda probarse”. Y en cuanto a la prohibición de las donaciones entre cónyuges, estas se prohíben bajo una pena de nulidad con el objetivo de evitar un empobrecimiento del cónyuge que realice la donación. Aunque la jurisprudencia relajó la prohibición permitiendo las donaciones efectuadas por causa de muerte, con motivo de divorcio o las adjudicaciones de bienes de poco valor.

Aunque si en un principio, la dote se trataba únicamente de una donación realizada por la mujer, encuadrándola en el patrimonio del marido, sin embargo, esta situación evolucionó, ya que a fines de la Época Republicana y sobre todo en la Época Imperial (momento en el que comienzan a ser más frecuentes los divorcios), la dote se considera una institución especial, así como un patrimonio perteneciente a la mujer, es decir, un conjunto de bienes separado al marido. Esta evolución se consigue a través de la obligación para el marido de restituir la dote a la mujer en caso de divorcio, tendencia que actuaba en pro de la mujer, y que alcanza su punto cumbre con la legislación de Justiniano en la que se fortalecen ampliamente los derechos de la mujer sobre la dote.

En el Derecho Histórico de Castilla se adopta como régimen económico matrimonial, el sistema de gananciales (de origen germánico), primeramente mediante la costumbre y posteriormente, cuando empezaron a ocasionarse conflictos, de manera legal. Aunque la influencia del Derecho Justiniano se hace notar en este ámbito provocando que el sistema de gananciales castellano acoja dos instituciones del Derecho Romano como son la dote y los parafernales. No es hasta el Código de las Siete Partidas el momento en el que estas instituciones se recogen en el Derecho Castellano; aunque hay que indicar que en las Partidas,

Alfonso X tuvo la intención de construir un texto más doctrinal que legal, y es debido a este afán por el que la dote del Derecho Romano logra tener cabida en nuestro ordenamiento.

En pleno movimiento codificador, el panorama legal y doctrinal que rodea a la dote aparece excesivamente ambiguo. Su aplicación viene ordenada por normas de las Partidas, código promulgado seis siglos antes, así como las Leyes de Toro y de la Nueva y Novísima Recopilación Castellanas: esto sin aludir al ámbito de los derechos forales, alguno de los cuales (el catalán especialmente) había permanecido fiel en esta cuestión al derecho romano². La consecuencia principal de esta confusión normativa fue el desconcierto generalizado que mostraba la doctrina en la regulación de determinados aspectos de la dote; lo que hizo totalmente indispensable lograr unas disposiciones claras y definitivas para ordenar el instituto dotal, así como, lograr que el mismo se adaptase a las circunstancias.

En el Proyecto de Código Civil de 1851 se intentaron enmendar los defectos en la regulación de la dote de la legislación civil precedente, texto que pasará casi en su totalidad al Código Civil de 1889, donde se encontraba recogida en su Título III, Capítulo III, artículos 1.336 a 1.380: “*De las donaciones por razón de matrimonio*”.

En un primer momento la dote genera problemas por su introducción en el ordenamiento castellano debido a que pasa a formar parte de un sistema en el que era desconocida. Hasta que finalmente, este instituto produce problemas por su inadaptación a la realidad del momento, puesto que la igualdad de derechos entre los cónyuges va ganando peso en el Derecho Castellano, y era contraria a los privilegios que se otorgaban en favor de los bienes dotales.

Finalmente, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981 de 13 de Mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la dote se suprime como institución del Derecho Civil Español; desapareciendo los antiguos artículos 1.336 a 1.380 del Código Civil de 1889, los cuales no pasaron ni en todo ni en parte al nuevo texto. Esta supresión tuvo como consecuencias:

- a) La dote deja de ser un régimen pactado de carácter típico.
- b) La abolición de esta institución no tiene alcance retroactivo, por lo que, los regímenes dotales subsistentes al tiempo de entrar en vigor dicha Ley se mantendrán, y ello obliga a considerar aquella regulación válida como derecho transitorio.
- c) La reforma española de 1981 no prohíbe de modo expreso la constitución del régimen dotal (con excepción de la dote obligatoria).

² COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.J.: “La dote en el panorama de la Codificación Civil española”, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año n° 75 (1999), número 652, p. 702

- d) Tanto a las dotes ya existentes como a las que eventualmente puedan establecerse en el futuro, resulta ineludible aplicar los nuevos principios imperativos del régimen económico matrimonial actual³.

Las siguientes paginas tienen por objetivo explicar cuál es el enfoque legal y jurisprudencial que ha tenido la dote tanto en el Derecho Romano como en la Codificación Civil Española. Para ello, en el primer capítulo (la dote en el Derecho Romano), se muestra y explica la doble acepción que recibió la dote en Roma (*dos* y *rei uxoriae*), y tras ello se describe la evolución que el instituto ha tenido en las diferentes épocas, desde el periodo arcaico o preclásico hasta llegar a la época Justiniana. Se distinguen las diferentes clases de dote, con especial detenimiento en la *dos aestimata*.

Tras ello, se establece que la constitución de la dote se trata de un aumento del activo del patrimonio del marido, en el que intervienen dos partes, el marido y el constituyente de la dote. La dote podía constituirse a través de tres formas diferentes: *datio, dictio y promissio*; tripartición de la constitución dotal, en el que la primera implica una constitución real de la dote, mientras que las otras dos eran formas de constitución obligatoria. A continuación, se recoge el régimen jurídico de la dote en Roma, el cual fue un régimen cambiante debido a su evolución en las diversas etapas histórico – jurídicas como consecuencia del cambio de la concepción romana sobre la familia, el matrimonio y la dote; ya que inicialmente el marido ostentaba la propiedad absoluta sobre la dote, pero con el paso del tiempo se fueron imponiendo limitaciones a su soberanía sobre la misma, puesto que, a pesar de que la dote forma parte de los bienes del marido, la mujer conserva una titularidad latente sobre ella que la permite reclamar su restitución en caso de disolución del matrimonio. Finalmente, Justiniano indicó que el dominio del marido sobre la dote es una mera sutileza legal.

Tras ello, se describe la evolución de la restitución de la dote en las diferentes épocas. Así, en la época Arcaica no podemos hablar de restitución de la dote, ya que la restitución es consecuencia de una evolución, que encuentra su origen en la época Clásica debido a la proliferación de los divorcios como medio de disolución del matrimonio. La jurisprudencia republicana creó dos mecanismos jurídicos de carácter coactivo para lograr que la restitución de la dote fuese jurídicamente exigible, estos dos mecanismos fueron: un procedimiento negocial privado, *stipulationes o causationes rei uxoriae*, y un procedimiento judicial autoritativo, *actio rei uxoriae*. La evolución encuentra su fin con la reforma de Justiniano del sistema dotal, reforma que realiza mediante tres intervenciones legislativas y que tienen por objetivo

³ CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: “Derecho civil español, común y foral”, vol. V – I, Revista de Derecho civil y familia, Madrid: Reus, 1983, p. 662.

establecer medidas de carácter procesal o patrimonial que en todo caso favoreciesen a las mujeres, con el objetivo de garantizar la devolución de la dote a la mujer, y por lo tanto se avanza hacia una igualdad entre ambos sexos, potenciando la autonomía y emancipación de las mujeres.

Finalmente, el primer capítulo termina con un estudio específico de los derechos de la mujer sobre la dote, en el que se muestra la evolución de la propiedad de la dote; que en un primer momento (época Arcaica) correspondía al marido o al *paterfamilias*, pero con el paso del tiempo y a partir de época Clásica la dote se considera un patrimonio propio de la mujer destinado al matrimonio.

El capítulo segundo (la dote en la Codificación Civil española), comienza mostrando la evolución del concepto de dote en el Derecho castellano, mostrando la primera definición que le dieron las Partidas y la falta de definición del Código Civil de 1889, el cual se limitaba a enumerar los bienes que comprendían la dote. Tras ello, se diferencian las clasificaciones de especies de dote, con especial detenimiento en la dote estimada e inestimada, la dote obligatoria y la dote confesada.

Seguidamente se muestra la naturaleza jurídica del acto de constitución dotal en el Derecho Español, tratándose de un acto de carácter gratuito. Se indican cuales son los elementos personales, reales y formales de dicho acto de constitución dotal, así como cuál es la publicidad del mismo. Se realiza un estudio de la garantía o aseguramiento de la dote que tiene por objeto establecer unas garantías de conservación de la dote para que dicho patrimonio sea devuelto a la mujer o sus descendientes al término de la unión conyugal. Las garantías pueden ser prestadas o bien por el constituyente de la dote (responsabilidad por evicción), o bien por el marido.

El segundo capítulo culmina con el estudio de la restitución de la dote, indicando las diferentes causas o supuestos en los que la dote ha de restituirse a la mujer (por disolución del matrimonio, por inhabilitación del marido para gestionar económicamente la dote y/o la separación de bienes de los cónyuges). Y se finaliza mostrando los elementos personales, reales y formales de la restitución en la Codificación Civil Española.

En último lugar, se recoge una lista de las conclusiones obtenidas en el presente trabajo.

2. LA DOTE EN EL DERECHO ROMANO.

2.1. El sistema dotal romano

2.1.1. Concepto de dote y su evolución en el Derecho Romano.

La dote se trata del conjunto de bienes que la mujer, u otra persona en consideración a ella, entrega al marido para subvenir a las necesidades y gastos que la vida matrimonial supone⁴, es decir, para contribuir a las cargas del matrimonio.

En Roma, la dote recibió una doble acepción: *dos* y *res uxoriae* (cosas de la mujer⁵). Se desconoce si dichos términos nacieron simultáneamente o si por el contrario el segundo término aparece de forma más tardía. La diferencia más clara entre estos términos es que, la palabra *dos* comprende un mayor significado que la locución *res uxoriae*, debido a que *res uxoriae* hace referencia a un patrimonio constituido para un fin, mientras que el primero encierra también la causa de su constitución⁶. Hay que añadir, que la denominación de dote deriva de la latina *dos*, procedente de *do, dare* (doy, dar), de donde también procede *dono, donare* (dono, donar).

En cuanto al término *res uxoriae*, no hay unanimidad entre los juristas sobre cuál fue su origen, ya que parece ser que el término es alusivo al desarrollo para el cual la dote, con la obligación de restitución, se fue acercando cada vez más a la mujer considerándola un patrimonio especial de ella. Además de que, no solo la acción legal para la devolución de la dote tiene el nombre de *actio rei uxoriae*, sino que las estipulaciones, que ya estaban en uso anteriormente para el mismo propósito, tenían el nombre de *cautiones rei uxoriae*. Sin embargo, dado que la dote desde el principio se trata de un patrimonio transferido por la mujer u otros por ella, la designación de *res uxoriae* también podría ser original⁷. En todo caso, *res uxoriae* era la dote entendida como sujeto de una obligación de restablecimiento por parte del esposo una vez

⁴ ARIAS RAMOS, J./ARIAS BONET, J.A.: “Derecho Romano: Obligaciones, familia, sucesiones”, Revista de Derecho Privado, vol. II, 18ª ed., Madrid, 1986, p. 760

⁵ SACHI, A., *Dote*, in *Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, 1927, pp. 1019-1154; NICOLETTI, A.: *Dote (diritto intermedio)*, in *NNDI*, vol. VI, Torino, 1960, pp. 260-261.

⁶ GUTIÉRREZ-MASSON, L., “La dote en el Derecho Romano”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 81, 1988, p.272.

⁷ BONFANTE, P.: “*Corso di diritto romano*”, *Diritto di familia*, vol. I, Milano: A. Guiffré, 1963, p. 386.

disuelto el matrimonio. La presencia de esta obligación permitió que la dote se convirtiera en una forma de asegurar a la mujer un sustento tras la terminación del matrimonio⁸.

La regla básica del matrimonio romano consistía en que el marido (o, eventualmente su *paterfamilias*) tenía la obligación de encargarse en solitario de los *onera matrimonii* (es decir, de los gastos derivados del mantenimiento de la casa y los miembros de su familia directa) con todo su patrimonio con independencia de que la esposa hubiera entrado en el seno de su familia mediante *conventio in manum* o no⁹. No obstante, con la finalidad de que le resultase menos gravosa la práctica de este deber, la costumbre imponía que la mujer (o una tercera persona en su nombre, que solía ser el *paterfamilias*) realizase aportaciones patrimoniales al marido (o a su *paterfamilias*) para fortalecer y mejorar la situación económica de la comunidad conyugal, así como colaborar a su sostenimiento.

El matrimonio romano, en principio, no creaba entre los cónyuges un modelo especial de relaciones patrimoniales que fuese distinto del que les correspondía en función de su *status familiae*¹⁰. Por lo tanto, la dote, es probable que naciese en el matrimonio *cum manu*, como resarcimiento anticipado a la mujer por la pérdida de sus derechos sucesorios, es decir, para compensar a la mujer por la pérdida de derechos sucesorios que sufría (como consecuencia de la *conventio in manum*) al romper el vínculo agnaticio con su familia de origen. Mas tarde, al generalizarse el matrimonio *sine manu* (o matrimonio libre), la dote se extiende a este, teniendo su razón de ser en la ayuda para sostener las cargas matrimoniales, o en sufragar los gastos del hogar doméstico.

No se discute en la doctrina que en las épocas antigua y clásica no había una obligación jurídica de constituir la dote, ya que el hecho de dotar era considerado como un deber moral y social (*officium*), sobre todo para el padre de la mujer, hasta el punto de que no se concebía un matrimonio sin dote¹¹. De hecho, durante todo el periodo clásico no hubo obligación legal por parte de la mujer de constituir la dote, ni para el padre de la mujer, ni para la mujer misma si era *sui iuris*, ni para sus parientes más cercanos, pero sin embargo, todos ellos estaban vinculados moral y socialmente¹². Por todo ello, el régimen dotal no comenzó en la ley, pero está más que iniciado, arraigado en la sociedad.

⁸ FALZEA, A. (“DOS”): “*Enciclopedia del Diritto*”, vol. XIV (Dote – Ente), Milano: A. Guiffré, 1965, p. 1.

⁹ GUARINO, A.: “*Diritto Privato Romano*”, vol. II, Napoli, 2001, pp. 584 y ss.

¹⁰ FRANCIOSI, G.: “*La familia romana. Società e Diritto*”, Torino, 2003, pp. 85 y ss.

¹¹ FAYER, C.: “*La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*”, vol. II, Roma, 2005, p. 717.

¹² FALZEA, A. (“DOS”): op.cit., p. 1.

No tiene lugar hasta una constitución de Caracalla y Septimio Severo el momento en que la dote pasa a ser una obligación jurídica para el padre de la mujer (ya que hasta entonces simplemente había sido una obligación moral)¹³, consistente en realizar una aportación patrimonial. Aunque esta obligación jurídica terminó por alcanzar a otras personas, como a la propia mujer, la madre o el hermano consanguíneo.

Hay que indicar que la dote estaba tan unida al matrimonio que no se entendía el matrimonio sin ir acompañado de la dote. De hecho, Paulo¹⁴ indica: “*ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*” (la dote debe de estar allí, donde estén las cargas del matrimonio). O incluso Justiniano, siglos más tarde, tuvo que matizar que no es la dote sino la *affectio maritalis*, lo que hace el matrimonio. De esta forma, la conexión necesaria de la dote con el matrimonio está fuera de toda duda: la dote es nula si el matrimonio es nulo, nula incluso si el matrimonio es putativo, o incluso si se ha constituido antes del matrimonio, ya que toma su fecha en el día de la boda¹⁵.

Y el último lugar, en cuanto a la propiedad de la dote, en la época Arcaica y en el periodo preclásico, la propiedad de la dote correspondía al marido, tanto en el matrimonio *cum manu* como en el *sine manu*; ya que la propiedad de la dote es una propiedad funcional, teniendo la función de ayudar a sostener las cargas del matrimonio. En el caso de que la mujer fuera *sui iuris* y el matrimonio *cum manu*, sus bienes pasaban de forma automática al patrimonio del marido, puesto que la mujer carecía de capacidad patrimonial. Si la mujer era *alieni iuris*, o el matrimonio era *sine manu*, era necesario un acto de entrega al marido de los bienes destinados a contribuir las cargas del matrimonio. Hay que indicar que en el caso de que el marido se encontrara bajo la *potestas* de su *paterfamilias*, este era quien recibía la propiedad de la dote, pero al momento de su muerte, la dote era adquirida *ipso iure* por el marido.

Ya en los finales de la República tomó estado la idea de que el marido solamente adquiere la propiedad de la dote en cuanto pesan sobre él las cargas del matrimonio. Sobre el régimen clásico de la dote, se concibe esta como aportación al sostenimiento del peso económico del matrimonio. Y más tarde, la propiedad del marido sobre los bienes dotales queda reducida a términos de siempre ficción; en la realidad, su condición respecto de ellos no es otra que la de un usufructuario¹⁶. Por lo tanto, a finales de la época Republicana la dote se entiende como un conjunto de bienes propio de la mujer, a la cual se tendrá que restituir en el caso de

¹³ MARCIANO en D. 23, 2, 19.

¹⁴ PAULO en D. 23, 3, 56, 1.

¹⁵ BONFANTE, P.: op.cit., p. 391.

¹⁶ IGLESIAS, J.: “Derecho Romano”, Barcelona: Ariel, 2008, p.351.

que se disuelva el matrimonio. Y con la legislación justiniana se refuerza esta tendencia, ya que se establecen claramente los derechos de la mujer y de su familia sobre la dote, tanto *constante matrimonio* como en el caso de que se tenga que restituir por disolución del vínculo conyugal.

2.1.2. Clases y constitución de la dote.

Cualquier elemento patrimonial puede constituirse en dote: cosas corporales, es decir, la propiedad, y aunque es el caso más frecuente, también podía ser la simple posesión o la posesión de buena fe; otros derechos reales, como el usufructo; los créditos tanto del propio constituyente como de un tercero por asignación o delegación; o por ejemplo la dote podía constituir la liberalización del marido de una carga, como podría ser un usufructo. La misma remisión de una deuda vale como una constitución de dote¹⁷.

Por ello, se pueden distinguir distintos tipos o clases de dote, en aras a diferentes criterios. Así: por su procedencia, cabe hablar de *profecticia* o *adventicia*; por la obligación de constituirla, de necesaria o voluntaria y por la valoración – *aestimatio* – o no, de los bienes que la integran, de estimada o inestimada¹⁸.

En primer lugar, la *dos profecticia*, se trata de aquella dote cuyo constituyente es quien posee la *potestas* sobre la mujer¹⁹ (normalmente su *paterfamilias*). En segundo lugar, la *dos adventicia* es la dote formada por cualquier otra persona (*quae a quovis alio data est*²⁰), incluso la propia mujer. En tercer lugar, en cuanto a la *dos recepticia*, hay que indicar que recibe esta terminología aquella dote cuyo constituyente, mediante la *stipulatio*, convino que en caso de disolución se le restituyese dicha dote²¹. Y, en último lugar, en el derecho Justiniano se diferencia entre la *dos necesaria* y *dos voluntaria*, llamándose necesaria a la dote constituida por la mujer, su padre o ascendiente paterno, y excepcionalmente por la madre, debido a que tales personas están obligadas a ello. Mientras que, la dote constituida por cualquier otra persona es voluntaria²².

En el momento de la constitución de la dote, esta podía ser objeto de valoración, por lo tanto, si la dote era valorada o tasada, entonces se hablaba de *dos aestimata*. Pero, la estimación

¹⁷ BONFANTE, P.: op.cit., p. 403.

¹⁸ PANERO GUTIERREZ, R.: *Derecho Romano*, 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.316.

¹⁹ D. 23, 3, 5 pr.

²⁰ D. 23, 3, 5, 6 – 11.

²¹ GAYO en D. 39, 6, 31, 2.

²² A ARIAS RAMOS, J./ ARIAS BONET, J.A.: op.cit., p. 761.

de la dote mira siempre al momento de la restitución y nada tiene que ver con la forma de constitución²³.

Aestimare significa fijar o establecer el valor de una cosa o de un conjunto de cosas, y en nuestro caso, fijar el valor de la dote. El origen de la *dos aestimata* debe buscarse, según todos los indicios, en el momento en que comienzan a ser frecuentes los divorcios (es decir, en el siglo III a.C.), y se procura garantizar por medio de estipulaciones la restitución de la dote, en caso de disolución del matrimonio. Tal estipulación se haría en forma alternativa, de modo que se pudiera exigir, o los objetos dotales mismos o la estimación previamente realizada; la opción correría a cargo del marido, salvo que se pactara de modo expreso otra cosa²⁴.

Ulpiano²⁵ reafirma este principio general de que la elección corresponde al deudor, al indicar que, si se estableció que la opción correspondería al marido o a la mujer, a ello habría que estar, pero que, si nada se estableció al respecto, será el marido quien podrá elegir entre devolver los bienes o su precio.

Por ello, se puede concluir que el propósito de la estimación era que en caso de pérdida de los bienes dotales, fuese el marido quien tuviese que responder de los mismos, es decir, era el responsable ante el valor de los bienes dotales.

Las reglas de venta se aplican a este tipo de dote: el esposo tiene el *actio ex empto*, el riesgo y el peligro, si el constituyente no está en mora; por lo que el marido tendrá el *commodum* o el *lucrum* por los posibles aumentos de la cosa.

Finalmente, dentro de la *aestimatio dotis*, los juristas distinguían entre la *dos aestimata venditionis causa* y la *dos aestimata taxationis causa*. En cuanto a la primera, en este caso tiene lugar una verdadera venta de los bienes dotales de la mujer al marido, de manera que el marido compra a la mujer los bienes dotales y se hace propietario de los mismos con todas las consecuencias; luego, la mujer aporta como dote el precio que recibió del marido²⁶. Y, en segundo lugar, la *dos aestimata taxationis causa* implica tasar, limitar o prefijar la responsabilidad del marido en caso de no devolverse los bienes que la constituyen. En suma, fija la indemnización a que queda sujeto si no hay restitución o hay pérdida, incluso parcial de los propios bienes que componen la dote²⁷.

²³ CALONGE, A.: *Aestimatio dotis*, AHDE 35 (1965) pp. 55-56.

²⁴ GUTIÉRREZ-MASSON, L., op.cit., pp. 274 - 275.

²⁵ ULPIANO en D. 23, 3, 10, 6.

²⁶ MIQUEL, J.: “*Derecho Privado Romano*”, Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 369.

²⁷ PANERO GUTIERREZ, R.: op.cit., p.317.

En cuanto a las personas que intervienen en la constitución de la dote, encontramos dos partes, por un lado, estaría el marido, y por otro lado el constituyente, que podía ser la mujer, su padre o ascendientes paternos, incluso cualquier extraño a la familia, y excepcionalmente la madre (a partir de la época Postclásica).

La constitución de la dote básicamente implicaba el aumento del activo del patrimonio del marido. Por ello, cualquier acto que a ello conduzca servirá como constitución de dote, siempre que, naturalmente, se lleve a cabo *dotis causa*. Tales serán, por ejemplo, la transmisión de la propiedad de cosas al marido, la atribución de un usufructo o de cualquier otro derecho real, la renuncia por el constituyente de la dote a un derecho que limita el dominio de cosas propias del marido, el perdón de una deuda de este, la creación a favor del mismo de una obligación, etc.²⁸ La atribución, de hecho, puede realizarse indirectamente, por ejemplo rechazando una herencia. Tampoco es necesario un capital que genere ingresos: incluso la propiedad desnuda, o el mero uso y el uso de objetos ornamentales y de lujo, constituyen dote²⁹. Por el contrario, un derecho de mera garantía, prenda o hipoteca no era posible establecerlo como objeto de constitución dotal.

En los *Tituli ex corpore Ulpiani*, en concreto al comienzo del título VI, bajo la rúbrica *de dotibus*, se dice que la dote... “*aut datur, aut dicitur, aut promittitur*”³⁰. Esa tripartición vuelve a aparecer en una constitución de Arcadio y Honorio del año 396. Ambas noticias provienen, pues, de la época Postclásica, y aunque es posible que dicha tripartición fuera elaborada tardíamente, ya que no consta en textos de juristas republicanos o altoimperiales, no puede ponerse en duda que refleja la realidad del derecho clásico, porque de distintas fuentes sabemos que la dote podía constituirse a través de *datio*, de *dictio* y de *promissio*³¹. La primera implicaba la constitución real de la dote, mientras que las otras dos eran formas de la constitución obligatoria. Al hablar de la constitución real, hemos de preguntarnos en primer lugar si el término *dotis datio* realmente abarca todos los casos. Un sector doctrinal, quiere entender que el *dotis datio* se encuadra en el sentido estrictamente técnico de entregar obligaciones y, por tanto se refiere en concepto, a la transmisión de la propiedad y derechos reales; pero la opinión dominante incluye en el *dotis datio* también la transferencia de los créditos, así como la remisión de deudas y servidumbre, la renuncia a una herencia o legado³².

²⁸ ARIAS RAMOS, J./ ARIAS BONET, J.A.: op.cit., p. 762.

²⁹ BONFANTE, P.: op.cit., p. 404.

³⁰ ULPIANO en D. 23, 3, 43 / GAYO en II, 9, 3.

³¹ GUTIÉRREZ-MASSON, L., op.cit., p. 273.

³² BONFANTE, P.: op.cit., p. 417.

De esta manera, la forma típica era la *dotis dictio* la cual se trataba de un negocio formal con carácter obligatorio, que podía ser constituida por el *paterfamilias* de la mujer o la mujer misma en caso de que fuera *sui iuris*. Un problema muy discutido fue la mayor o menor antigüedad de la *dotis dictio* respecto de las otras dos formas de constitución, pero hemos de destacar el problema de si la *dotis dictio* estaba originalmente relacionada con el matrimonio *cum manu* o con el matrimonio libre. Aunque está claro que, si admitimos el efecto obligatorio de la *dotis dictio*, en el sistema de la *manus* no puede tener sentido los casos de dote constituida por la mujer o por su deudor, ya que al menos estos dos han de referirse al matrimonio *sine manu*. Las otras formas de establecer la dote eran atípicas, en general eran la *datio* y la *promissio dotis* (promesa de dote en forma de *stipulatio*)³³, con la terminología quizás tomada de la *Lex Iulia*, pero estas denominaciones no agotan toda la gama de posibles formas de configuración de la dote³⁴.

La dote podía ser constituida o bien mediante la entrega de los bienes que la forman, o bien mediante una obligación contraída a través de un negocio jurídico.

En cuanto a la *dotis datio*, se trataba de la efectiva transmisión o entrega de los bienes dotales al marido mediante los modos de transmisión de la propiedad y de derechos reales (*mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*), pero además por la cesión de créditos, la remisión de deudas, y en general, por cualquier acto que implique un traspaso efectivo y no una promesa de dar³⁵. Hay que indicar que la *mancipatio* o la *in iure cessio* se utilizaban para las *res Mancipi*, mientras que la *traditio* era empleada para el caso de las *res nec Mancipi*, ya que, si se empleaba la *traditio* para transmitir al marido una *res Mancipi*, este no recibiría la propiedad; pero como la causa de la dote era una de las *iustae causae usucapionis*, el marido usucapía al cabo de uno o de dos años, en función de los casos³⁶.

En último lugar, al respecto de la promesa dotal, esta se convirtió en una convención libre de forma con una constitución del emperador Teodosio II³⁷; y en el Código Justiniano (C. 5, 11, 6): *Ad exactionem dotis, queam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, sive scripta fuerint sive non, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta*. Pero el término *pollicitatio* no debe de ser malinterpretado, ni debemos de suponer (como se suponía erróneamente en el *dictio dotis*) que estamos tratando con un negocio unilateral, una promesa, no un contrato, es decir, de una *pollicitatio* técnica. Es probable que este término no se

³³ ULPIANO 6,2. / GAYO II, 9, 3.

³⁴ FALZEA, A.: op.cit., 1965, p. 2.

³⁵ IGLESIAS, J.: op.cit., p.352.

³⁶ GUTIÉRREZ-MASSON, L., op.cit., p. 273.

³⁷ C. Th. 3, 13, 4.

sugiriera al emperador por la preocupación de evitar precisamente el término promesa que tenía una referencia casi técnica a la estipulación en uso; pero Justiniano no le dió importancia y utiliza *promissio, promittere* donde estaba *doti dicere*, sin requerir una estipulación formal³⁸.

2.1.3. *La dote durante el matrimonio (régimen jurídico).*

Una vez constituida la dote y celebrado el matrimonio hemos de establecer cuál era su régimen jurídico, aunque este fue cambiante, ya que evolucionó de diferente manera en las diversas etapas histórico – jurídicas como consecuencia del cambio de la concepción romana de la familia, el matrimonio y la dote.

Al respecto de la época clásica romana, los juristas ofrecen posiciones encontradas, puesto que mientras Gayo³⁹ y Pomponio⁴⁰ afirman la propiedad del marido sobre la dote, Trifonino⁴¹ y Africano⁴² se inclinan por la propiedad de la mujer, e incluso algunos, como Paulo⁴³, oscilan entre ambas posiciones. Pero de manera generalizada la jurisprudencia clásica concebía la dote como un patrimonio especial en manos del marido debido a la concepción de la dote como una ayuda que recibía el marido para soportar las cargas del matrimonio.

De esta forma la mujer no tenía ningún derecho real sobre la dote sino simplemente una expectativa jurídica de ser la acreedora del marido o de sus herederos en casos concretos como eran los de la muerte o el divorcio.

Parece ser que la dote en un primer momento estaba compuesta por *res corporales* pero desde muy pronto debió ser capaz de integrar toda clase de elementos patrimoniales (cosas muebles e inmuebles, dinero, derechos reales limitados, derechos de crédito, un patrimonio completo e incluso la simple *liberatio* del marido de una obligación), siempre que sirvieran para mejorar la situación económico familiar del marido o de su paterfamilias⁴⁴. De esta manera el marido obtenía la propiedad de la dote, o más bien, la titularidad jurídica de los objetos que la constituían, los cuales podía gestionar o administrar en principio con plena libertad, teniendo por tanto una plena facultad de disposición sobre los bienes dotales, tanto material como

³⁸ BONFANTE, P.: op.cit., pp. 419-420.

³⁹ GAYO en Inst., 2. 83.

⁴⁰ POMPONIO en D. 24, 3, 18, 1.

⁴¹ TRIFONINO en D. 23, 3, 75.

⁴² AFRICANO en D. 37, 6, 4.

⁴³ PAULO en D. 23, 3, 1/ D.21, 2, 71.

⁴⁴ TALAMANCA, M.: *“Istituzioni di Diritto Romano”*, Milano, 1990, p. 147.

jurídica. Aunque el marido contaba con una serie de cargas como serían las de observar en la gestión de los bienes dotales la misma diligencia que en la de sus propios negocios, teniendo que responder tanto de dolo como de culpa en caso contrario, siendo además nulo el pacto que le exoneraba de responder por culpa.

El marido podía enajenar la dote a título oneroso o gratuito; excepción hecha de los fundos *in solo italico*, por prohibición de la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*. Asimismo, podía usucapir los bienes dotales, dar su consentimiento para que los esclavos dotales adquiriesen la herencia o el legado que les fueran conferidos, manumitir a dichos esclavos con el consentimiento de la mujer y ejercitar las acciones propias de un *dominus*⁴⁵. En cuanto a los esclavos dotales, además hay que indicar que el esposo puede manipular a los esclavos de la dote y convertirse en su patrón, eventualmente, comprando su sucesión y cualquier otro derecho del propio liberto⁴⁶.

Por lo tanto, el marido tiene la titularidad de la dote, la cual puede enajenar libremente (con excepción de los fundos), así como transmitir la propiedad a los herederos. La posesión del marido es en el sentido romano, es decir, tiene el *animus possidendi* de las cosas dotales, la capacidad de usucapirlas, y el beneficio de *accessio temporis*. Además, los esclavos dotales pueden comprar para el esposo, ya que si un legado lo instituye o lo gratifica pueden adquirir en su *iususus* y en su interés⁴⁷.

Pese a ello la dote mantuvo una posición singular dentro del patrimonio del marido, como consecuencia de que formalmente no existía una distinción clara entre la titularidad del marido sobre la dote y su titularidad sobre los restantes bienes de su patrimonio. Pero para contrarrestarlo, existieron una serie de previsiones jurídicas que logran posicionar a la dote en una situación especial y separada dentro del patrimonio familiar del marido. Podemos destacar las siguientes previsiones:

- a. La dote no puede ser considerada como una simple donación de la mujer, u otro en su nombre, al marido; puesto que la dote responde a unos fines y cumple unas funciones tasadas en el ordenamiento jurídico. Como hemos visto, la dote tenía la finalidad primordial de contribuir a las cargas económicas del matrimonio, por ello los frutos de los bienes dotales pasan a ser propiedad del marido el cual los ha de destinar a hacer frente a los gastos matrimoniales, y las accesiones de los bienes de la dote pasan a formar parte de la propia dote.
En época Republicana, momento en el que el número de los divorcios aumenta y con la finalidad de evitar que la mujer divorciada quedase sin recursos que le

⁴⁵ GUTIÉRREZ-MASSON, L., op.cit., p. 276.

⁴⁶ BONFANTE, P.: op.cit., p. 445.

⁴⁷ *Ibidem*.

permitieran subsistir (o en su caso para contraer nuevo matrimonio), aparece una nueva función de la dote que es la de ejercer de fondo tanto económico como de auxilio o subsistencia para la mujer y los hijos en caso de disolución del matrimonio ya fuera por divorcio o fallecimiento del marido.

En definitiva, en virtud de todo ello puede decirse que la dote formaba parte sin duda del patrimonio del marido, pero no como cualquier otro elemento del mismo, sino como una masa de bienes afecta a un fin, o más bien una pluralidad de fines.

- b. En las relaciones jurídicas que conciernen al patrimonio del marido, en determinadas ocasiones los bienes pertenecientes a la dote reciben un tratamiento distinto del que corresponde al resto de los objetos integrantes en el mismo. Así cuando el marido forma parte de una sociedad con todo su patrimonio, en caso de liquidación de esta debe recibir la dote de antemano⁴⁸.
- c. La obligación que pesa sobre el marido (o en ocasiones sobre sus herederos) de restituir a la mujer (o al constituyente de la dote en determinados supuestos de *dos recepticia*) una vez disuelto el matrimonio en caso de divorcio o de fallecimiento, es el elemento clave que permite separar el patrimonio dotal dentro del patrimonio del marido. Es por ello que la dote se encontraba en una posición diferente de la del resto de los bienes del marido, ya que este estaba condicionado respecto de la dote por unos límites en cuanto a sus poderes de administración y de gestión, debiendo de actuar con la diligencia de un *bonus pater familias*, así como debía de responder por dolo y culpa por el daño o pérdida de los bienes dotales.

No obstante, la restitución o el retorno de la dote a la mujer durante el matrimonio es ilícita, ya que constituye una donación: *donationis instar perspicitur obtinere; iam de suo maritus paciscitur*, por ello, el marido ha de ejercer todas las acciones aunque compitan o sean contrarias al propietario de la dote, no solo la *rei vindicatio* contra la mujer, sino también la acción Publiciana, las acciones de robo y la *actio legis Aquiliae*, y por otra parte, se mantienen los depósitos que incumben al propietario como, por ejemplo, el *cautio damni infecti*⁴⁹

De esta manera, apreciamos que el régimen jurídico de la dote fue cambiante, ejemplo de ello fue que con el paso del tiempo se fueron imponiendo limitaciones a la soberanía del marido sobre la dote, llegando incluso a tener la consideración el marido de *aliud genus* de la propiedad.

El paso definitivo de la propiedad del esposo puede parecer más que nada un vestigio del origen histórico del instituto. Se puede decir que los juristas sienten que no está perfectamente en línea con la esencia de la relación dotal que se ha venido configurando para adaptarse mejor a su propósito, de modo que, si legalmente se mantiene firme, la dote pertenece al marido, bajo el aspecto social. Y, de hecho, también se dirá con toda razón que es propiedad o patrimonio de la mujer, hasta que, a medida que avanza su adaptación,

⁴⁸ PAULO en D. 17, 2, 65, 16.

⁴⁹ BONFANTE, P.: op.cit., pp. 445 – 446.

Justiniano en su tiempo afirmará que el paso de los bienes dotales en la propiedad del esposo es una sutileza y casi una “mentira legal”⁵⁰.

La limitación más destacada fue la de enajenar los fundos dotales itálicos, limitación que actúa como garantía del deber de restituir la dote por el marido, así como para garantizar su efectivo cumplimiento. Por ello, el marido, a pesar de ser a todos los efectos titular de los bienes dotales, ve limitadas sus facultades de disposición sobre ellos a través de una *Lex Iulia de fundo dotali* de Augusto (muy probablemente un capítulo de la *Lex Iulia de adulteriis* del año 18 a.C): en ella se prohíbe al marido la enajenación, sin el consentimiento de la mujer, de todo fundo itálico contenido en la dote, así como su hipoteca aun con la conformidad de aquella⁵¹. Esta prohibición se prolongó a los fundos provinciales e incluso a la posibilidad de hipotecarlos o enajenarlos aunque tuviera el consentimiento de la mujer en época de Justiniano⁵². También se estableció que el marido tampoco podía permutar por otros los bienes con los que la dote se había constituido, sino había en ello utilidad para la mujer⁵³. En caso de que el marido no tuviese en cuenta tales prohibiciones, la enajenación era revocable con tres excepciones:

- a. Que hubiera mediado una *aestimatio dotis taxationis causa*, en cuyo caso al marido siempre le cabía restituir el precio de estimación del fundo enajenado.
- b. Que la enajenación le hubiera venido impuesta al marido como sanción pretoria, bajo forma de *missio in possessionem ex secundo decreto*, por no prestar la caución de indemnización por daños.
- c. Que el fundo dotal estuviera en régimen de copropiedad y cualquiera de los otros condóminos hubiera solicitado la división⁵⁴.

La dote se ha de tratar como un bloque dentro del patrimonio del marido, definida por los rasgos de separación, patrimonialidad y especialidad. Estos rasgos o características de la dote tenían su razón de ser en el hecho de que la dote se trataba de una masa patrimonial establecida con el fin de favorecer y estabilizar la situación económica del matrimonio.

Por lo que, la dote no se trata de una simple donación finalista otorgada al marido, sino que por el contrario fue concebida como un patrimonio propio de la mujer. De hecho, los juristas clásicos denominaron la dote como *res uxoria* o *patrimonium mulieris*. La expresión más gráfica al respecto nos viene de la mano de Trifonino⁵⁵ quien indicó que “aunque la dote está en los

⁵⁰ BONFANTE, P.: op.cit., p. 447.

⁵¹ ANDRÉS SANTOS, F.J.: “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.199.

⁵² C. 5, 13, 115 / Inst. 2, 8, pr.

⁵³ LAURIA, M.: “Matrimonio – dote in Diritto Romano”, Napoli, 1952, pp. 157 y ss.

⁵⁴ GUTIÉRREZ-MASSON, L., op.cit., p. 276.

⁵⁵ D. 23, 3, 75.

bienes del marido sin embargo es de la mujer” (“*quamvis in bonis maritii dos sit, mulieris tamen est*”).

Ha de tomarse esta cita como un indicio explicativo del planteamiento que la jurisprudencia realizaba del problema de la titularidad sobre la dote y la dirección en que apuntaba: la dote forma parte de los bienes del marido, que es titular de los derechos que la integran, pero por las funciones a las que sirve y el destino a que está reservada, constituye una masa distinta dentro de su patrimonio, sobre la cual la mujer dispone de una expectativa, es decir, de una titularidad latente, que solo se actualiza en caso de restitución, pero que gravita sobre la dote en su totalidad incluso constante matrimonio⁵⁶. Por lo tanto, la dote pertenece a la mujer en el sentido de que es su asignación, su prerrogativa, y en última instancia, se le entrega como anticipación y a modo de silenciamento de sus derechos de herencia; es la mujer quien lleva la dote, encarnando el propósito de la dote o la primera carga al menos para la que se constituye la dote; por lo que en resumen, la dote existe para la mujer, sirve a sus propósitos y eventualmente, la sigue en un nuevo matrimonio⁵⁷.

En cuanto al periodo postclásico prevaleció la consideración de que la dote era útil para proteger a la mujer si el matrimonio se disolvía, por lo tanto la dote no se podía separar de la persona de la mujer o en caso de que fuera necesario, la desvinculación debía de ser temporal. Justiniano llevó a la práctica esta idea al colocar junto al *dominium iuris civilis* del marido un *dominium naturale* de la mujer, de esta forma el marido obtenía una propiedad limitada temporalmente, ya que solo era propietario en lo que durase el matrimonio, puesto que si este se disolvía la mujer podía desplegar una acción real para recuperar la dote basándose en su derecho de propiedad, o podía también realizar la *actio pignoratitia in rem* si se trababa de la titular de una hipoteca legal privilegiada sobre el patrimonio del marido.

Por lo tanto, se puede concluir señalando que las facultades del marido sobre la dote fueron reduciéndose o mermándose hasta el punto de que Justiniano en su época indicó que el dominio del marido sobre la dote era una mera sutileza legal (*legum subtilitas*).

⁵⁶ ANDRÉS SANTOS, F.J.: op.cit., pp.200 – 201.

⁵⁷ *Ibidem*.

2.2. La restitución de la dote en el Derecho Romano.

2.2.1. La evolución de la restitución en Época Arcaica.

En este periodo de la historia jurídica de Roma no podemos establecer cuál era el destino del patrimonio de la dote, por dos motivos. Por un lado, el divorcio en esta época solo ocurre en ocasiones puntuales, siendo por lo tanto insólito, y de esta forma el ordenamiento jurídico no tendría por qué prever una forma de satisfacción para esta problemática irrelevante. Y por otro lado, porque en este periodo histórico el peso de la familia agnaticia y el predominio del matrimonio *cum manu* hacían inimaginable la idea de que el patrimonio dotal pudiera tener otro destino que el de su incorporación en el marco del patrimonio familiar del marido: la *uxor in manu* se incorporaba a la familia del marido con todos sus bienes, también con aquellos que hubiera recibido en concepto de dote⁵⁸, y estos en particular, ya que justamente se habían entregado para ayudar a soportar los *onera matrimonii*, deber que solo correspondía al marido, y para compensar el desequilibrio patrimonial que la entrada de un nuevo miembro en la familia agnaticia del marido suponía para los demás miembros de la misma. La entrega de los bienes dotales al marido (o su *paterfamilias*) era, completa e irrevocable desde el punto de vista del *ius civile*⁵⁹. La eficacia del acto constitutivo de la dote estaba relacionada con la creación del vínculo matrimonial, por lo que su cese, en la antigüedad no afectó en absoluto al destino de los bienes dotales que permanecieron en el patrimonio del marido, privando a la mujer de los bienes dotales sin posibilidad alguna de recuperarlos tras la disolución del matrimonio (ya fuese por divorcio o muerte de su esposo)⁶⁰.

Por lo tanto, en este periodo la adquisición de los bienes de la dote por el marido era definitiva, lo cual no parecía abusivo en esta época primitiva en la que la causa común de la ruptura del matrimonio era la muerte de uno de los cónyuges; al respecto hemos de analizar las siguientes hipótesis:

- a. Si el matrimonio era *cum manu*, en el caso de que la mujer premuera al marido, la dote terminará pasando a sus hijos que por ley de vida sobrevivirán a su padre (al marido de aquella). Si el marido premuere a la mujer, esta le heredará como si fuera su hija.
- b. Si el matrimonio era *sine manu*, resultó ser práctica frecuente que el marido dejara a la mujer un legado de dote (*dos relegata*) lo que venía a ser una forma de restituirla⁶¹.

⁵⁸ FRANCIOSI, G.: “*La famiglia romana. Società e diritto*”, Torino, 2003, p. 211.

⁵⁹ ANDRÉS SANTOS, F.J.: op.cit., pp. 207-208.

⁶⁰ FALZEA, A.: op.cit., p. 4.

⁶¹ PANERO GUTIERREZ, R.: op.ci.t., p.320.

No obstante, si la dote tenía la función de contribuir a los gastos del matrimonio, es lógico el hecho de que al disolverse el matrimonio, la dote otorgada al inicio del mismo sería carente de sentido o de razón de ser, por lo que la dote debe regresar a la esposa o a sus herederos. Por lo que, la obligación de restituir la dote es una consecuencia lógica de la institución, pero la misma no nace en el Derecho Romano antiguo sino que es consecuencia de una evolución⁶².

2.2.2. *La evolución de la restitución en Época Clásica.*

La esfera planteada en la época Arcaica cambia profundamente en este periodo, debido a la extensión de la práctica del divorcio, como medio de disolución del matrimonio, y a la generalización del matrimonio *sine manu* en la sociedad romana, así como al avance de la emancipación y la autonomía patrimonial de las mujeres. Por lo que, la situación planteada en época Arcaica pareció socialmente injusta desde el final del s. III a.C., cuando bajo un régimen de matrimonio libre, los divorcios sin culpa de la esposa comenzaron a multiplicarse⁶³. Todo ello impidió la subsistencia del principio formal de la adquisición incondicionada y definitiva de los bienes dotales por el marido. Por lo que, la causa histórica de la restitución de la dote se encuentra en la proliferación de los divorcios, entendiéndose ilícita la ganancia presentada por el marido al mantener la posesión de la dote, lo cual entrañaba un riesgo para la mujer al quedarse sin medios económicos suficientes como consecuencia de ser repudiada por su marido. Así mismo, se consideró injusto el hecho de impedir a la mujer contraer otro matrimonio al privarla de bienes con los que constituir una nueva dote.

Es por tanto a partir del siglo III a. C. cuando proliferan los divorcios en Roma. Suele referirse como primero el de Carvilio Ruga (231 a. C.), aunque tal primacía no debe ser entendida en razón del tiempo, sino de la causa que parece lo motivó, la esterilidad de la mujer. Según Plutarco, en la época más antigua el marido solo podía repudiar a la mujer en tres casos: si cometía adulterio, por aborto provocado o si bebía vino (o sustraía las llaves de la bodega); si no concurría ninguna de estas causas, el marido perdía todos sus bienes, pasando la mitad a manos de la mujer y la mitad restante era ofrendada a la diosa Ceres⁶⁴.

⁶² SOLAZZI, S.: “*La restituzione della dote del Diritto Romano*”, Città di Castello: Tipografia dello stabilimento S. Lapi, 1899, p. 2.

⁶³ FALZEA, A: op.cit. , pp. 3 -4.

⁶⁴ GUTIÉRREZ-MASSON, L., op.cit., p.277.

La jurisprudencia republicana ante esta coyuntura consideró necesaria la creación de medios jurídicos de carácter coactivo que hiciesen jurídicamente exigible la restitución o devolución de la dote, ya que la dote pasó de ser considerada como una contribución a las cargas del matrimonio, y por lo tanto en manos del marido; a un medio de seguridad para la mujer en caso de disolución del matrimonio por divorcio (*rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*⁶⁵).

Por consiguiente, para lograr la restitución de la dote a la mujer en caso de divorcio o disolución del matrimonio, los juristas republicanos idearon dos mecanismos técnicos paralelos, con distintas características y efectos, pero concordantes en su función: por un lado, un procedimiento negocial privado (*stipulationes o causationes rei uxoriae*) y, por otro, un procedimiento judicial autoritativo (*actio rei uxoriae*). Estos dos procedimientos no aparecieron de forma simultánea puesto que surgieron de una manera sucesiva, en primer lugar surgieron dentro del *ius civile* las *stipulationes rei uxoriae* (s.III a.C), y en segundo lugar, en la segunda mitad del s. II a.C apareció la *actio rei uxoriae* dentro de la esfera del *ius bonorarium*. Pero ambos convivieron hasta su fusión en época Postclásica.

En primer lugar, al respecto de las *Stipulationes rei uxoriae*, en época Clásica la constitución de la dote no consistía en la mera entrega de la dote por la mujer en beneficio de su marido, sino que entramaba todo un proceso de negociación entre las familias de los cónyuges hasta que conseguían determinar cuál sería el alcance de la dote así como para qué se debería de utilizar el patrimonio dotal y cómo.

Nos hemos de centrar en la promesa realizada por el marido (o su *paterfamilias*) al constituyente de la dote en caso de disolución del matrimonio. Este compromiso no se quedaba en un mero acuerdo informal, un mero pacto de caballeros dejado en cuanto a su cumplimiento a la honorabilidad de los intervinientes sino que adoptaría una forma jurídica solemne prevista en el *Ius Civile*. La *stipulatio*, es decir, una promesa formulada en términos de pregunta y respuesta, con una serie de exigencias formales jurídicamente prescritas y dotada de la protección de una acción civil (*actio ex stipulatu*)⁶⁶. Las *cautiones rei uxoriae* se trataban de promesas restitutorias de la dote, en caso de disolución del matrimonio, efectuadas por el marido o su *paterfamilias* al constituyente de la dote; por lo que implícitamente estos pactos o promesas formales suponían la previsión antes de la celebración del matrimonio de la posibilidad de disolución del mismo.

⁶⁵ PAULO en D. 23, 3, 2.

⁶⁶ ANDRÉS SANTOS, F.J.: op.cit., p. 211.

La estipulación se trataba de una acción formal o solemne del *ius civile*, por lo que una vez disuelto el matrimonio, el marido quedaba obligado a devolver al constituyente de la dote lo taxativamente convenido en la caución, puesto que se podía optar entre la restitución de los bienes dotales o su estimación (a elección del marido). En la restitución de la dote, el marido, no podía realizar modificaciones o reducciones del importe del pacto, que solía tratarse del montante total de la dote: *quod iudicio rei uxoriae mulier consecutura fuerit*⁶⁷. La restitución de la dote era una garantía para su constituyente, pero como contrapartida, en el caso de que el divorcio tuviera su consecuencia en una mala conducta de la mujer, esto podía suponer un problema para su constituyente, ya que no sería justo para el marido restituir la totalidad de la dote cuando el divorcio se produjo por hechos o circunstancias ajenos al mismo. Por este motivo se creó la *actio* o *iudicium de moribus* cuyo objeto es una cantidad de dinero que la mujer deberá pagar al marido en concepto de pena por las deficientes comportamientos observados durante el matrimonio, considerados como ofensas o injurias al marido; y la *actio rerum amotarum* por el valor de las posibles sustracciones domésticas realizadas por la mujer durante el matrimonio en el patrimonio del marido⁶⁸.

Al respecto de la *actio de moribus*, se trataba de una acción de carácter civil, perpetua y penal, en la medida en que perseguía el pago de una multa por parte de la mujer condenada, que, no obstante, revertía en el patrimonio del marido⁶⁹. Por lo que, el *actio de moribus* pertenece solo al marido contra la mujer divorciada o a su *paterfamilias*, pero nunca al revés, es decir, a la esposa contra él⁷⁰. Pero sin embargo, esta acción presentó los siguientes impedimentos u obstáculos:

- a) Concedía seguridad jurídica a la persona que hubiera constituido la dote, pero no a la mujer quien quedaba sin protección jurídica en caso de divorcio; excepto en el matrimonio *sine manu* si era la propia mujer quien constituía su dote.
- b) No otorgaba seguridad jurídica a los supuestos en los que pese a constituirse la dote no se hubiese convenido una *cautio de restituendo*.
- c) No cabía la posibilidad de valorar determinados elementos contextuales de las relaciones patrimoniales de los cónyuges, ni tampoco los pactos convenidos por las partes en el momento de constitución dotal.

En resumen, la *actio ex stipulatu*, se trataba de una acción civil transmisible a los herederos, por lo tanto es una acción ejercitable por los herederos aunque hubiese premuerto la mujer; además se trata de una acción de derecho o juicio estricto, en la que solo aquello que se había

⁶⁷ D. 23, 4, 19.

⁶⁸ FERNANDEZ BARREIRO, A./ PARICIO, J.: “*Fundamentos de Derecho Romano Privado*”, 4ª ed., Madrid: Paideia Ediciones, 2000, p.167.

⁶⁹ PAULO en D. 23, 4, 5.

⁷⁰ SOLAZZI, S.: op.cit., p. 290.

estipulado se podía tener en cuenta, no pudiendo ni el marido actuar en contra de lo estipulado en sus contrademandas, ya fuesen por los gastos realizados en la dote o por aquellas cosas extraídas o donadas por la mujer, y menos aún por razones morales⁷¹. Por ello, a través de esta acción, el juez condenaba de una forma exacta por aquello prometido en la *stipulatio*, por lo que tras la disolución del matrimonio, el marido ha de devolver la dote en su totalidad con un carácter inmediato.

En segundo lugar, hemos de referirnos a la *Actio rei uxoriae*, no queda constancia ni de cuándo ni de cómo apareció este remedio general para la recuperación de la dote por parte de la mujer; su origen es oscuro y ampliamente discutido, aunque la teoría más dominante lo convirtió en una consecuencia de la jurisprudencia o de la costumbre; un sector lo establece sobre la base de las *cautiones*; otro sector, sobre la base del *iudicium domesticum* o del *iudicium de moribus*. Pero estas teorías están sujetas a serias objeciones, ya que un remedio jurisprudencial no parece posible *ex novo*, es decir, sin una base legislativa; de hecho el *iudicium domesticum* y el *iudicium de moribus* están constituidos o dirigidos contra la mujer, mientras que la *actio rei uxoriae* está constituida precisamente a favor y garantía de su derecho⁷². Aunque la hipótesis predominante indica que fue introducida mediante el edicto del pretor en el s. II a. C, siendo por lo tanto una institución del *ius bonorarium*.

Con un carácter originariamente penal, en primer lugar se dirigiría al caso de disolución del matrimonio por divorcio, extendiéndose a la hipótesis de la disolución por muerte del marido, y solo excepcionalmente en caso de muerte de la mujer. Se trata de una acción especial, verdadera acción dotal, independiente de que se haya celebrado o no estipulación con el marido⁷³.

La *Actio rei uxoriae* se trataba de una acción personal *in ius concepta*, aunque había división en la doctrina al respecto de si se podía incluir dentro del grupo de las acciones de buena fe (*iudicia bonae fidei*) o no. En concreto, la duda reside en si era o no un *iudicium bonae fidei*, y por lo tanto, si su fórmula incluía o no un *intentio* del siguiente tenor: “*si paret Numerium Negidium Aulo Agerio dotem partemve eius melius aequius erit*”, permitiendo de esta manera al juez establecer discrecionalmente cuánto de la dote creía que era correcto devolver y medir la sentencia para esta evaluación⁷⁴.

⁷¹ BONFANTE, P.: op.cit., pp. 462.

⁷² BONFANTE, P.: op.cit., pp. 464.

⁷³ ARIAS RAMOS, J./ ARIAS BONET, J.A.: op.cit., p. 766.

⁷⁴ FALZEA, A.: op.cit., p. 4.

Sobre el carácter de buena fe de esta acción, por una parte Gayo⁷⁵ la menciona entre los juicios de buena fe; y por otra, la acción aparece mencionada por el mismo Gayo⁷⁶ al hablar de la *compensatio ex fide bona*, y Ulpiano⁷⁷ indica que la *exceptio doli* está implícita en la *actio rei uxoriae*, que en su época ya no existe, era de buena fe.

Sin embargo, la doctrina romanista ha dudado de su carácter de buena fe, por el hecho de que la fórmula de la *actio rei uxoriae* no se refiere expresamente a un *oportere ex fide bona*, como hacen otras acciones de buena fe. Por lo que en este caso, se podría hacer una comparación entre la *fides bona* y *aequius melius* (utilizado por las fuentes al referirse a la *actio rei uxoriae*). Por lo que se puede concluir que es una acción civil y de buena fe, a pesar de que esta *actio* no introduzca en su fórmula la cláusula de buena fe, sino la de *quod melius aequius erit* (lo que sea mejor y más justo). Esta última cláusula permitía al juez tener más libertad para determinar qué era justo y equitativo que el marido entregara a la mujer o parte demandante.

Por lo que, si admitimos que se trata de una acción de buena fe, hay que descartar su origen legal y situar su génesis en la interpretación jurisprudencial, quizá partiendo de una praxis social en los arbitrajes privados, y a la cual el pretor, aconsejado por los juristas, habría dado forma. Pero incuestionablemente, como todas las acciones de buena fe, era acción civil y no pretoria⁷⁸.

Lo que es indudable es que es una acción personal o contra una persona (*actio in personam*), lo que implicaba que solo el marido divorciado o sus herederos, si este hubiese fallecido, podían ser legitimados pasivos. Y la legitimación activa pertenecía a la mujer *sui iuris*, o en caso contrario, a su *paterfamilias*.

De este modo, la acción nació como una acción penal *in bonum et aequum concepta*, lo que implicaba que no siempre era transmitida a los herederos del constituyente de la dote. En el caso de que el matrimonio se disolviera por el fallecimiento de la mujer, la dote permanecería en la posesión del marido, sin pasar a los herederos. Aunque existe una única excepción, en el caso de que la dote fuese *profecticia*, si el *pater* que la hubiese constituido ha sobrevivido a la hija, entonces el padre podría llevar a cabo la acción, es decir, el padre estaría legitimado para reclamarlo. Pomponio⁷⁹ lo explica diciendo que así el padre no sufría la doble pérdida de la

⁷⁵ Inst. 4, 62.

⁷⁶ Inst. 4, 63.

⁷⁷ ULPIANO en D. 24, 3, 21.

⁷⁸ GUTIÉRREZ-MASSON, L., op.cit., p.279.

⁷⁹ D. 23, 3, 6.

hija y de la dote. Pero si fallecía la mujer y la dote era adventicia, entonces quedaba en propiedad del marido sin que nadie tuviese legitimación para reclamarlo.

Además, era una acción reparatoria, es decir, buscaba la entrega por parte del demandado de objetos patrimoniales concretos (*res dotales*), con todas sus accesiones⁸⁰. Los bienes dotales no fungibles debían ser restituidos inmediatamente después de la disolución del matrimonio y mediante los actos apropiados para transferir la titularidad sobre ellos, pero el dinero y los bienes fungibles en general podían restituirse en plazos de tres anualidades (*annua, bima, trima die*), salvo pacto en contrario o circunstancias excepcionales⁸¹.

Como regla general, el marido tenía que responder por las pérdidas o daños de los bienes dotales ocasionados por su *dolus* o culpa y disfrutaba del *beneficium competentiae*⁸², es decir, que en la sentencia condenatoria se debían de valorar sus condiciones económicas para que el importe de la restitución no superase el límite del patrimonio activo.

Y como consecuencia del Edicto de alterutro, la mujer, si fallecía su marido y la hacía heredera suya en el testamento, entonces esta, tendría que elegir entre lo dejado en herencia por el marido o llevar a cabo la *actio rei uxoriae*; lo cual se utilizó como solución al caso de *dos relegata*, en el que la mujer acumulaba a la acción dotal la acción derivada del legado, lo que daba lugar a una situación en la que se podía recuperar la dote doblemente. La responsabilidad del marido por la desaparición de las cosas dotales se extendió a la culpa. Sin embargo, la regla indicada no se aplicaba en caso de dote estimada, ya que la estimación tuvo la consecuencia de atribuir al esposo todos los riesgos por el perecimiento de las cosas que habían sido objeto de la estimación, ya que su obligación de restitución no tenía como objetivo en este caso las cosas dotales en su naturaleza, sino su valor⁸³.

En resumen, la *actio rei uxoriae* nace como una acción penal *in bonum et aequum concepta* por lo que no siempre se transmitía a los herederos del constituyente, transformándose con el paso del tiempo en una acción de buena fe que permitía al juez la graduación de las condenas mediante el arbitraje que permitía una evaluación más amplia del estado de las cosas y de las relaciones mutuas de los cónyuges⁸⁴. En el caso de que el matrimonio se disolviera por fallecimiento de la mujer, la dote quedaría en manos del marido debido a que la *actio rei uxoriae* no pasa a los herederos (únicamente hay un caso en el que no ocurre esto, y es cuando la

⁸⁰ ULPIANO en D. 23, 3, 1.

⁸¹ ANDRÉS SANTOS, F.J.: op.cit., p. 215.

⁸² ULPIANO en D. 24, 3, 12/ PAULO en D. 24, 3, 13/ GAYO en Inst. 4, 6, 37.

⁸³ FALZEA, A.: op.cit., p. 5.

⁸⁴ BONFANTE, P.: op.cit., pp. 469.

dote fuese profecticia y el padre que constituyó la dote haya sobrevivido a su hija, pudiendo ejercitar la acción). Finalmente, el requerido por esta acción gozaba del *beneficium competentiae*, lo que implicaba que no podría ser condenado *in quod facere potest*, y además, como vamos a ver, la cuantía que tendría que devolver en concepto de restitución de la dote podía ser disminuida por una serie de retenciones.

La *actio rei uxoriae* comprendía todo el régimen antiguo de la restitución dotal (también, presumiblemente, del que debía seguirse en arbitrajes privados ajenos a los juicios ordinarios), agregando algunos matices parcialmente nuevos. Así, la acción recoge de un lado, la reclamación de la dote por parte de la mujer, que es el aspecto esencial de la misma y, de otro, permite al marido solicitar por diferentes conceptos toda una serie de deducciones del caudato dotal, que siguen el régimen procesal de las excepciones⁸⁵. Dicho de otra forma, el marido tiene la facultad de solicitar la disminución de la cuantía a devolver a la mujer ejerciendo retenciones, que eran una serie de deducciones de la cantidad que se debía restituir a la mujer, logrando que la disolución del matrimonio fuese menos gravosa para el marido.

Estas retenciones fueron cifradas por la jurisprudencia en cinco categorías: *retentiones ex dote fiunt aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas*. Estas cinco clases de retenciones dotales operaban de manera distinta en función de quién fuera el demandante (la mujer o un ascendiente suyo), el tipo de dote (adventicia o profecticia) y según la causa de disolución del matrimonio (divorcio o muerte de alguno de los cónyuges). Además, dentro de lo que son estas cinco categorías, dos tenían un carácter fundamentalmente ético (*retentio propter liberos* y *propter mores*) y solo procedían en caso de divorcio por culpa de la mujer o su *paterfamilias*, mientras que las otras tres tenían un carácter más económico y actuaban en cualquier caso. Las primeras, por su carácter personalísimo, beneficiaban solo al marido, que no podía ejercitar su derecho separadamente de esta acción, y no pasaban a sus herederos en caso de que la acción se ejercitara contra ellos, mientras que las segundas, en cambio, actuaban en favor de cualquier demandado por la acción y los derechos que garantizaban si podían ser ejercitados separadamente. Evidentemente, las de carácter ético, por su propia naturaleza más indefinida, permitían un ámbito de valoración discrecional al juez más amplio que las segundas, para las que el margen de apreciación judicial estaba más prefijado⁸⁶.

El contenido de las retenciones sería el siguiente:

⁸⁵ FERNANDEZ BARREIRO, A./ PARICIO, J.: op.cit., p.167.

⁸⁶ ANDRÉS SANTOS, F.J op.cit., p. 217.

a. *Retentio propter liberos*: por los hijos habidos durante el matrimonio el marido podía retener un sexto por cada uno de ellos, si el matrimonio se disolvía por culpa de la mujer o de su *pater*, sin que el total de las deducciones pudiera exceder de la mitad de la dote (el máximo era por lo tanto 3/6). Si se disolvía por muerte de la mujer, el marido podría retener un quinto por hijo, si la dote era profecticia⁸⁷. Hay que matizar que dentro de los “hijos habidos durante el matrimonio” se incluían también los hijos emancipados⁸⁸, los nietos nacidos de un hijo premuerto⁸⁹ y los abortos intencionados. Esta *retentio* tenía como fundamento u objetivo principal castigar a la mujer por aquellos comportamientos opuestos al *bonor matrimonii* que hubiesen conducido a la declaración del divorcio. Pero las fuentes no establecen cuáles eran las conductas de la mujer que podían conllevar el divorcio, lo que implicaba un mayor margen de discrecionalidad del juez. Además, esta *retentio* habría tenido el propósito de retener una parte de la dote materna, es decir, una parte del patrimonio materno, para sus hijos habidos durante el matrimonio, ya que estos durante mucho tiempo un tuvieron derechos sucesorios⁹⁰.

b. *Retentio propter mores*: por la inobservancia de la mujer de las buenas costumbres, o por inmoralidades cometidas por la mujer o por su conducta inconsciente durante el matrimonio; en general esta retención tenía como finalidad sancionar a la mujer por sus actos contrarios a las *boni mores*.

La retención era diferente en función de la gravedad de la falta, de este modo, la jurisprudencia diferenció el adulterio como la conducta o comportamiento inmoral más grave que podía cometer la mujer durante el matrimonio (*propter mores graviore*s), por lo que el adulterio sería sancionado con la retención por el marido de un sexto de la dote. Mientras que el resto de los comportamientos que no fueran adulterio se consideraban *leviores mores*, los cuales conllevaban una retención limitada a un octavo. En la época clásica, a través del *iudicium* o *actio de moribus*, y siempre que el divorcio estuviese motivado por la culpa de la mujer, el marido ejercitaba esta acción contra la mujer para que fuera sancionada por su mala conducta o comportamiento contrarios a las buenas costumbres. Aunque lo que no acaba de estar del todo claro es en que situaciones procedería uno u otro remedio procesal, los cuales, aunque sustancialmente coincidían en su contenido, de hecho eran muy distintos en su funcionamiento, ya que en su caso se daba lugar a una condena pecuniaria contra la mujer a modo de multa, mientras que en el otro (*retentio*) solo se concedía un derecho de retención de una parte del patrimonio dotal a favor del marido. En todo caso, parece razonable la hipótesis de que el modelo remoto de esta *retentio* podría haber sido el propio *iudicium de moribus*⁹¹.

c. *Retentio propter impensas*: por aquellos gastos realizados por el marido en provecho de la dote, pudiendo distinguirse tres tipos de gastos: *necessariae, utiles y voluptuariae*. Los gastos necesarios son indispensables para la conservación de las cosas dotales, por lo que el marido podía solicitar en este caso la *retentio*, ya que tales gastos disminuían la dote de propio derecho⁹². El marido siempre debía de costear los gastos

⁸⁷ ANDRÉS SANTOS, F.J op.cit., p. 217.

⁸⁸ D. 24, 3, 48.

⁸⁹ D. 50, 16, 56, 1.

⁹⁰ SOLAZZI, S.: op.cit., p. 321.

⁹¹ *Íbidem*.

⁹² PAULO en D. 23, 4, 5, 2.

necesarios, ya que eran obligatorios para conservar la dote, pudiendo ser detraídos en su totalidad por el marido⁹³.

Los gastos útiles se trataban de una mejora introducida por el marido en los bienes dotales aumentando de esta forma su rendimiento. Para poder solicitar la retención por estos gastos era requisito fundamental que la mujer los hubiera consentido⁹⁴.

Y en último lugar, los gastos *voluptuarios* son aquellos también denominados como gastos de lujo o voluntarios, que básicamente suponen una mejora ornamental o un embellecimiento de los bienes dotales, pero que no aumentan la capacidad de rendimiento del bien, su valor o utilidad. A estos gastos no les era concedida deducción o retención alguna, incluso aunque hubiesen sido realizados por el marido con consentimiento de su mujer. El único mecanismo que tenía el marido para reclamar dichos gastos era el *ius tollendi*, mediante el cual podía solicitar que se deshiciesen las mejoras o embellecimientos realizadas en las cosas dotales en el caso de que la mujer no le devolviera los gastos efectuados.

- d. *Retentio propter res donatas*: por los regalos que el marido realizó a la mujer durante el matrimonio. El marido podía retener bienes de la dote hasta el valor máximo del enriquecimiento que hubiera experimentado el patrimonio de la mujer como consecuencia de las donaciones que él le hubiera hecho constante matrimonio⁹⁵.
- e. *Retentio propter res amotas*: por los bienes sustraídos por la mujer del patrimonio del marido. El marido podía retener bienes dotales por la cuantía que la mujer le hubiese sustraído antes del divorcio asegurándose de esta forma una contraprestación por tales pérdidas antes de que la mujer reclamase presumiblemente su dote.

Si la mujer moría antes de que se sustanciara el asunto, el marido podía valerse de la retención frente al *paterfamilias* de ella o sus herederos (en caso de *dos profecticia*), al menos en la medida en que se hubieran lucrado con el hurto de aquella. Y, por supuesto, al igual que las otras *retentiones* económicas, pasaba el derecho a los herederos del marido demandados por la acción dotal.

Se puede concluir señalando que, a pesar de que el Derecho Romano clásico no modificó formalmente la naturaleza de la dote definiéndola como una *res uxoriae* restituible, a través de las *retentiones*, consiguió adaptar la originaria institución de la dote a la diferente situación económica y social que durante la República se había producido en el matrimonio y en la familia romana⁹⁶.

⁹³ FAYER, C.: op.cit., p. 707.

⁹⁴ JAVOLENO en D: 23, 5, 18, pr.

⁹⁵ ANDRÉS SANTOS, F.J.: op.cit., p. 221.

⁹⁶ SALOMÓN SANCHO, L.: “*Las retentiones en la actio rei uxoriae*”, en la Revista General de Derecho Romano, nº10, 2008.

2.2.3. *La reforma de Justiniano en el sistema dotal.*

2.2.3.1. *Primera intervención legislativa.*

En época del emperador Justiniano el sistema dotal sufre una profunda reforma a través de constituciones imperiales provocando una mejora o un fortalecimiento de la posición de la mujer sobre la dote en relación a la época Clásica; teniendo lugar la primera intervención legislativa en noviembre del año 529. Justiniano asumiendo las tendencias greco – orientales, introduce – como principio inherente a la dote – que siempre ha de ser restituida por el marido a la mujer o a sus herederos⁹⁷.

Con esta reforma, se reconoce que, disuelto el matrimonio, la mujer tiene derecho a pretender la restitución de la dote y se le concede, a parte de la acción personal, dos acciones reales, una *actio in rem* y una acción hipotecaria, para la recuperación de los bienes dotales, ya sean muebles, inmuebles o semovientes, con tal de que existan (*si tamen extant*)⁹⁸, y ello, independientemente de que hubiesen sido estimados (en cuyo caso el marido se hacía propietario de los mismos y únicamente se le consideraba deudor de la cantidad en que hubiesen sido valorados) o inestimados⁹⁹. Esto tenía como resultado que la mujer tenía un crédito preferente respecto de cualquier tercero, adquirente o acreedor de bienes dotales, siendo un auténtico medio de garantía de restitución de la dote¹⁰⁰.

2.2.3.2. *Segunda intervención legislativa.*

En el año 530 el emperador Justiniano promulgó una nueva constitución¹⁰¹ mediante la cual se produce la transformación más profunda del sistema dotal. Esta constitución tiene como piedra angular el hecho de que la dote debía de ser restituida siempre por el marido o bien a la mujer, o en su defecto a sus herederos; por lo tanto la restitución de la dote se convierte en una obligación para el marido, lo que implica que la obligación de restituir se convierte en inherente a la dote; asimismo se otorga a la mujer una hipoteca tácita, legal y general sobre el

⁹⁷ ALBERTARIO, E.: “*Subtilitas legum e moderamen naturalis iuris nel diritto dotale romano giustiniano*”, Studi di DI, I, Milano, Ed. Giuffrè, 1933, p. 375.

⁹⁸ GORIA, F.: “*Azioni reali per la restituzione della dote in età Giustiniana: profili processuali e sostanziali*”, Diritto e proceso nella esperienza romana. Arri del Seminario torinese in memoria de Giuseppe Provera (4 -5 Dic. 1991), Napoli, 1994, p. 207.

⁹⁹ PEREZ ALVAREZ, M.P.: “El sistema de garantías para la restitución de la dote del Derecho Justiniano a la codificación civil española”, en la REVISTA GENERAL DE DERECHO ROMANO, nº8,2007,p.3006.

¹⁰⁰ C. 5, 12, 30, 1.

¹⁰¹ C. 5, 13, 1.

patrimonio del marido, que más tarde fue calificada como hipoteca privilegiada. Esta hipoteca privilegiada tenía lugar tanto en el caso de que la dote hubiese sido constituida por la mujer, como por otras personas por ella, aun siendo *dos adventicia* o *profecticia*, y abarcando no solo el patrimonio del marido sino también todos los bienes dotales tanto estimados como inestimados, lo cual se deduce de C.5.13.1.15 donde Justiniano mantiene la prohibición de enajenación e hipoteca de fundo dotal recogida en la *lex iulia de fundo dotali* extendiéndola también a los fundos provinciales y afirmando que cuando el marido obrase en contra de dicha prohibición, la mujer estaría suficientemente protegida a través del derecho de hipoteca recogido por la ley. Afirma que el fundo dotal no puede enajenarse ni hipotecarse ni siquiera mediando el consentimiento de la mujer, advirtiendo que la Ley de Anastasio¹⁰² por la que las mujeres prestan su consentimiento o renuncia a su derecho, solo tiene aplicación en relación con los bienes del marido o con los bienes dotales estimados. De donde resulta que también la dote estimada viene gravada con la hipoteca¹⁰³.

Justiniano¹⁰⁴ trató en todo momento de respetar las concepciones del derecho clásico, manteniendo formalmente al marido como propietario de la dote, aunque en la práctica viniera a ser un simple usufructuario, y declaró que la mujer era cuasi propietaria de los bienes dotales, pudiendo reivindicarlos a través de una *vindicatio utilis*¹⁰⁵. Se agrava la responsabilidad del marido por la pérdida de los bienes dotales, al entenderse que corresponde por *diligentia quam suis rebus*, es decir, que debe guardar un cuidado como en sus propias cosas¹⁰⁶.

Como se ha indicado, la piedra angular de esta Constitución era la obligación de restitución de la dote, y en particular, esta restitución se debía de realizar por el marido a la mujer o a sus herederos mediante la *actio ex stipulatu*, excepto en dos ocasiones: en primer lugar, cuando el extraño que constituyó la dote hubiese estipulado su devolución para sí mismo; o en segundo lugar, la preferencia del padre cuando la dote fuese *profecticia*. De este modo, el marido únicamente podrá lucrar la dote cuando se haya introducido un pacto especial en el momento de la constitución de la misma. Para ello, cuentan con la *actio ex stipulatu*, que viene fusionada por Justiniano con la antigua *actio rei uxoriae* bajo la denominación de *actio ex stipulatu*, con la nueva calificación de *actio* de dote o *actio dotis*, y que presupone realizada la estipulación tácita o presunta, también cuando falte o sea nula¹⁰⁷.

¹⁰² C. 4, 29, 21.

¹⁰³ PEREZ ALVAREZ, M.P.: op.cit., pp. 3019 – 3020.

¹⁰⁴ C. 5, 12, 30, 1.

¹⁰⁵ GUTIÉRREZ-MASSON, L., op.cit., p.281.

¹⁰⁶ FERNANDEZ BARREIRO, A./PARICIO, J.: op.cit., p.169.

¹⁰⁷ PEREZ ALVAREZ, M.P.: op.cit., pp. 3017 – 3018.

Justiniano no creó una nueva acción, sino que más bien funde las dos acciones clásicas en una única acción (*actio ex stipulatu*), por lo que queda abolida la *actio rei uxoriae*, otorgándole a la *actio ex stipulatu* un valor general. La *actio dotis* o *actio* de dote, como la antigua *actio ex stipulatu*, se fundaba en una estipulación previa, que podía ahora haberse celebrado expresamente o no en el momento de la constitución, pero que se presumía tácitamente en todo caso. En el caso de que la dote fuera *adventicia* y el constituyente no hubiese estipulado de forma expresa la devolución de la dote a su favor, la estipulación tácita favorecía a la mujer, correspondiéndole a ella, y no a aquel, la acción dotal¹⁰⁸. Y de la *actio rei uxoriae* tomaba su carácter de buena fe, y de ahí que conservara el *beneficium competentiae* a favor del marido. Por ello, si la dote era *profecticia*, podía ser ejercitada por la mujer o por el *pater* con el consentimiento expreso o tácito de la hija¹⁰⁹.

Finalmente, con el objetivo de beneficiar a la mujer, Justiniano deroga el Edicto de Alterutro (de lo uno o de lo otro), ya que la devolución de la dote era compatible con el legado del marido, por lo que la mujer no tenía que optar entre la restitución de la dote o el legado de su marido; sino que de esta forma la mujer acumulaba la acción del legado a la acción dotal, pudiendo reclamar ambas cosas.

2.2.3.3. Tercera intervención legislativa.

En diciembre del año 531, ante los recursos de las mujeres que, a pesar de los procedimientos a su favor, no conseguían recuperar sus propias dotes ante los acreedores hipotecarios anteriores del marido, el emperador dispone que la hipoteca legal, tácita y general sobre los bienes del marido pase a ser privilegiada al establecer en C. 8, 17, 12, 4 que la “acción de lo estipulado, que ya dimos a las mujeres para que fuese restituida la dote y a la cual también concedimos que fuese inherente una hipoteca táctica, tenga derechos preferentes contra todos los acreedores del marido aunque estén protegidos por el privilegio de ser de tiempo anterior”¹¹⁰. Esta hipoteca privilegiada se concede tanto a la mujer como a sus descendientes en línea directa, y podían tratarse tanto de hipotecas legales como convencionales aunque estas fueran de fecha anterior al matrimonio.

Frente al privilegio dotal únicamente prevalecerá la hipoteca sobre los bienes paternos a favor de los hijos del primer matrimonio para recuperar la dote de su madre¹¹¹. Por lo que, en el

¹⁰⁸ C. 5, 13, 13 a y b.

¹⁰⁹ C. 5, 13, 6.

¹¹⁰ PEREZ ALVAREZ, M.P.: op.cit., p. 2021.

¹¹¹ C. 8, 17, 12, 7.

supuesto de un concurso entre los hijos del primer matrimonio y la madrastra, la dote anterior será preferente a la posterior.

Otra modificación de Justiniano fue la abolición de las retenciones a favor del marido¹¹², de la siguiente manera:

- a) Las retenciones de razón económica (*retentiones propter impensas, propter res donatas y propter res amotas*) se convierten en contrapartidas credituales que el marido puede oponer en compensación al ejercitarse la acción restitutoria. A parte de eso, tiene el marido a su favor la *vindicatio* o a la *condictio* para las cosas donadas contra lo prohibido, y la *actio rerum amotarum* para aquellas que le fueron sustraídas por la mujer¹¹³.
- b) La *retentio propter liberos*, lo más probable, es que desapareciese al ser los hijos llamados a la herencia de los bienes de su madre, ya que estos lograban adquirir dichos bienes sin necesidad de que los retuviera el padre, es decir, se reconocía a los hijos un derecho sucesorio.
- c) La *retentio propter mores* se cumplía con las penas impuestas contra el cónyuge culpable del divorcio *ex iusta causa*.
- d) Al respecto de los gastos realizados constante matrimonio, se conserva la norma clásica por la que los gastos necesarios disminuyen *ipso iure* la dote, pero con una salvedad, por lo que ha de consistir en dinero o haberse estimado *venditionis causa*. Al respecto de los gastos útiles, se diferenciaba según hubiese mediado o no consentimiento de la mujer. En el caso de que se hubieran hecho con consentimiento, entonces estos podían ser reclamados a través de la *actio negotiorum gestorum* (acción de gestión de negocios); en el caso de que hubiesen sido efectuados sin consentimiento, entonces se podía emplear la *actio mandati directa* (acción de mandato). Finalmente, al respecto de los gastos voluptuarios, se contaba con un *ius tollendi*, es decir un derecho a eliminar las acciones, siempre y cuando no se quisiera pagar su importe y la separación no hubiera sido en menoscabo o deterioro de los bienes dotales.
- e) En cuanto al plazo de restitución, los bienes inmuebles debían de ser restituidos de forma inmediata, mientras que el resto de los bienes en el plazo de un año.

2.2.3.4. *El crédito privilegiado (privilegium exigendi) a favor de la mujer para la restitucion de la dote.*

En época Justiniana se mantuvo en favor de la mujer un privilegio *inter personales actiones* hasta la aparición de la *actio dotis*. Dicho privilegio nació en época Clásica como un medio de restitución de la dote, por lo tanto nos encontramos con que, por un lado los compiladores recogieron en el Digesto los textos de los juristas clásicos que lo reconocen y regulan, y por

¹¹² C. 5, 13, 5.

¹¹³ IGLESIAS, J.: op.cit., p.355.

otro lado, se nos menciona expresamente por Justiniano en la misma Constitución¹¹⁴ en la que reconoce el privilegio hipotecario a favor de la mujer¹¹⁵.

En primer lugar, hay que indicar que los créditos privilegiados son aquellos que han de ser pagados después de los créditos hipotecarios y con prioridad, en caso de concurso de acreedores, sobre los créditos quirografarios o comunes.

En segundo lugar, esta prerrogativa implica que en caso de concurso de acreedores, el crédito dotal será preferido o prioritario a los demás acreedores del marido, no obstante, tras el crédito correspondiente al Fisco y el crédito por los gastos de sepelio. Por lo tanto, una vez disuelto el matrimonio, la mujer tiene derecho a que se le restituya la dote mediante la *actio ex stipulatu* (cuando las partes hubieran vaticinado la posibilidad de disolución del matrimonio y hubieran convenido una promesa formal de restitución de la dote) o mediante la *actio rei uxoriae* en cualquier otro caso.

Esta prerrogativa fue otorgada por el pretor mediante su Edicto para satisfacer o dar respuesta a razones de interés general, y al principio solo desplegaba sus efectos sobre la *actio rei uxoriae*, pero posteriormente la jurisprudencia clásica también satisfizo mediante este privilegio a la esposa y la menor de 12 años *deducta in domum mariti*, para la repetición mediante la *condictio* de aquellos bienes otorgados como dote antes de que se celebrara el matrimonio.

En Derecho clásico se reconocen diferentes créditos privilegiados en el Edicto del pretor o mediante constituciones imperiales. Estos créditos preferentes en concurso de acreedores fueron citados por Ulpiano en el libro 63 de los comentarios al Edicto, donde el jurista examinaba la *bonorum venditio* y los créditos privilegiados, que fueron recogidos en el título 5 del libro 42 del Digesto, que lleva por rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* (de las causas por las que se entra en posesión).

El privilegio dotal (según el orden de exposición del Digesto) viene recogido en segundo lugar, por detrás del privilegio a favor del que hizo los gastos de entierro, pero hay que advertir que, aunque el fragmento relativo al Fisco se haya fuera de este título (D. 42, 5), concretamente en D. 49, 14, *De iure fisci*¹¹⁶, no hay duda de que este tipo de crédito era privilegiado¹¹⁷. Por lo que, como consecuencia de dicho privilegio dotal, podemos entender

¹¹⁴ C. 8, 17, 12, 1.

¹¹⁵ PEREZ ALVAREZ, M.P.: op.cit., p.2994.

¹¹⁶ Privilegio concursal recogido en D. 49, 1, .6, pr.

¹¹⁷ PEREZ ALVAREZ, M.P.: op.cit.,p.3000.

que en caso de concurso de acreedores, la mujer tenía prioridad sobre los restantes acreedores del marido, pero siempre tras el Fisco y el crédito por los gastos de entierro.

2.2.3.5. *Causas que motivaron la reforma del sistema dotal en el Derecho Justiniano.*

Como hemos visto, en época de Justiniano la restitución de la dote se ve profundamente transformada, garantizando en todo caso su devolución a la mujer. De esta forma, la restitución no se queda ya vacía de contenido con la muerte de la mujer (era el caso de la *actio rei uxoriae*), sino que, por el contrario, al ser la acción inherente a la dote, esta quedaría en manos de los herederos de la mujer (generalmente sus hijos) tras el divorcio o disolución del vínculo conyugal, como ocurría con la *actio ex stipulatu*.

Otro impulso en la reforma de Justiniano fue su propia política legislativa a favor de la mujer (*favor uxoris*). Por lo tanto, Justiniano se mantuvo estable en la tendencia apasionada de favorecer a las mujeres, aunque con un espíritu práctico dudoso, ya que el consentimiento de la mujer no era suficiente incluso para permitir las alienaciones¹¹⁸.

El emperador persigue el fin práctico de la devolución de la dote a la mujer o sus herederos, otorgando una hipoteca legal, general y tácita a su favor para conseguir la devolución de los bienes dotales. De este modo Justiniano establece que: ni la impericia ni la rusticidad de los hombres pueda producirles perjuicio alguno, toda vez que para los ignorantes y para los que no lo saben hemos establecido esta providencia¹¹⁹, y en ocasiones, suele apelar a la *fragilitas* del sexo femenino¹²⁰.

A lo largo de la historia de Roma los diferentes textos legislativos pusieron de manifiesto la “debilidad” o “fragilidad” de las mujeres, a través de diversos términos, como: *fragilitas*, *imbecillitas* o *infirmas*. Por lo tanto, estos conceptos no son empleados únicamente en la compilación de Justiniano, pero sin embargo, Justiniano no se refiere de forma despectiva o negativa a la “debilidad” de las mujeres, sino que la emplea para acreditar medidas de protección para este colectivo.

De esta forma, Justiniano no utiliza en su compilación ni el termino *infirmas* (debilidad), ni *imbecillitatem sexus* (por la debilidad de su sexo), ya que son términos que limitan tanto los

¹¹⁸ BONFANTE, P.: op.cit., pp. 450.

¹¹⁹ C. 5, 13, 1, 1c, *Justinianus, annus 530*

¹²⁰ PEREZ ALVAREZ, M.P.: op.cit., p.3027.

derechos como las capacidades de las mujeres. Sino que, contrariamente, *fragilitas* (fragilidad) es utilizado, solo por Justiniano. De las varias ocasiones en que lo encontramos, ahora nos interesan: la Constitución sobre la prohibición de venta del fundo dotal, también si situado en suelo provincial y aun con la autorización de la propia mujer¹²¹; las constituciones sobre la gradación de la hipoteca dotal¹²².

El empleo por Justiniano del término *fragilitas* no supone solamente un cambio en la terminología empleada, sino que conlleva toda una transformación del sentido de las medidas legislativas de protección a la mujer, ya fuesen de carácter procesal o patrimonial, pero siempre en favor de la mujer; es por tanto todo un cambio de mentalidad en este periodo. Por lo tanto, en época Justiniana, la mujer no se encuentra en una posición de desigualdad o inferioridad respecto de los hombres, sino que por el contrario, se potencia su autonomía y emancipación, poniendo de manifiesto que las mujeres no se han de incapacitar o discriminar por su sexo.

2.3. Estudio específico de los derechos de la mujer sobre la dote.

La dote, dentro del régimen de bienes de la mujer casada, se trata del eje central de toda la compleja regulación romana de los bienes matrimoniales, por ello es relevante detenernos en un análisis concreto sobre los derechos de la mujer sobre la dote.

Hemos de partir indicando que la dote bajo la consideración de bien particular o propio de la mujer casada es una de las cuestiones más discutidas por la doctrina, dando lugar a una amplia gama de posiciones u opiniones confrontadas; incluso podría decirse que no existe una doctrina clásica romana completa e íntegra sobre dicha cuestión.

Dicho esto, indicar que la mujer en la vida romana nace y vive para el matrimonio y para el hogar, y a él destina una parte tan importante de sus bienes o expectativas económicas como es la dote, entendiendo la dote como aquella masa de bienes que la mujer entrega al marido para contribuir a las cargas del matrimonio. Por ello se puede afirmar que la dote pertenece a la mujer en cuanto favorece al matrimonio y se destina a sus necesidades. La evolución

¹²¹ C. 5, 13, 1, 5b

¹²² C. 8, 17, 12, 2

histórica de la dote es la consecuencia del desarrollo práctico de esta idea y de sus consecuencias en los diversos periodos y circunstancias históricas¹²³.

La dote mantiene una evolución histórica paralela a la de la familia configurándose de manera originaria según la estructura de la familia agnaticia, en este momento consiste en una donación de bienes que la familia de la mujer hace a la familia del marido, aunque de forma más precisa se trataba necesariamente de una donación o ayuda económica que se debía de hacer al *paterfamilias* del marido como consecuencia de la entrada en el grupo familiar de un nuevo miembro proveniente de otra familia. Que la dote estuviese radicada desde los primeros tiempos en los usos sociales y sirviese para asegurar la dignidad y posición de la mujer en la nueva familia parece ser la hipótesis más verosímil. El supuesto más común era que la hija al casarse pasaba bajo la *manus* del cabeza de familia del marido, y la aportación patrimonial que su padre realizaba a la nueva familia de su hija fue lo que se ha calificado como dote.

El hecho de que en este periodo la dote no se considerase jurídicamente como propia de la mujer y ni siquiera se le garantizase su restitución, deriva directamente de la estructura de la familia y del matrimonio primitivo puesto que se consideraba que este debía de durar durante toda la vida de los cónyuges, siendo los repudios casos muy excepcionales y duramente juzgados. Ejemplo de ello lo encontramos en Paulo¹²⁴ quien señala que “*la causa de la dote es permanente y con la voluntad conyugal del que la da se constituye para que siempre permanezca en propiedad del marido*”.

Este panorama cambia alrededor del s. II a. C cuando se diluyen los lazos de la familia agnaticia, también por la presencia y el avance del matrimonio libre y el hecho de que los divorcios aumentaran; por todo ello en el periodo republicano comienza a hacerse necesaria una regulación que permita la restitución de la dote a la mujer.

Con el avance del tiempo, evolucionaron los antiguos principios en los que se sustentaba la sociedad romana, y con ellos la concepción que se tenía de la dote. De esta manera, en la época clásica la dote es considerada socialmente como un patrimonio de la mujer que se destinaba al matrimonio y el cual se debía de garantizar para que, una vez disuelto el matrimonio la dote fuese restituida a la mujer. Junto a este cambio en la concepción social fue decisiva la actividad del pretor, quien estableció la *actio rei uxoriae* como medio principal de restitución de la dote; pero además determinó que por medio de las *actiones utiles* o *ficticiae*

¹²³ GARCIA GARRIDO, M.J.: *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil*, vol. I, Barcelona: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1982, pp. 44 – 45.

¹²⁴ PAULO en D. 23, 3, 1.

se extendía la restitución de la dote a casos en los que estaría excluida según el derecho civil. Fue la *Lex Iulia de adulteriis* el medio definitivo para asegurar a la mujer su dote, ya que prohibió al marido la enajenación del fundo dotal así como la manumisión de esclavos dotales sin el consentimiento de la esposa.

La dote se concibe como una entidad patrimonial formada por los bienes aportados por la mujer al matrimonio y destinada de una parte, a producir créditos con que atender a las cargas matrimoniales y, concretamente, al entretenimiento de la mujer, y, de otra, a su conservación, en cuanto capital a restituir a la mujer en caso de disolución del matrimonio. Aunque el marido se considere siempre como titular de los derechos que comprende la dote, los jurisconsultos se esfuerzan en distinguir la dote del patrimonio del marido, así como de los restantes bienes de la mujer¹²⁵. De hecho, hay que tener en cuenta que, aunque en la formalidad jurídica los patrimonios de ambos cónyuges constituyen esferas perfectamente separadas y diferenciadas, sin embargo, en la realidad vivida, y en el terreno de la moral social, la situación era muy diferente, ya que el matrimonio se concebía como un *consortium omnis vitae* (comunidad de vida)¹²⁶.

La dote termina por considerarse de interés público y sus principios rectores, al ser superiores a los intereses de los propios cónyuges, se determinan como de aplicación general, y por ello se prohíben todos los pactos que sean contrarios a ellos, de hecho se prohibió cualquier convención que pese a ir en beneficio del marido o de la mujer fuese contraria a la función de la dote.

En la regulación de la dote nos encontramos un gran número de principios que ponen de manifiesto los derechos y facultades que la mujer poseía sobre la dote. Estos principios los podemos observar en cuanto a la constitución de la dote, esta podía ser constituida por el *paterfamilias*, o por la mujer en caso de que fuera *sui iuris*, su madre o un tercero. Hay que destacar que en el caso de la *dos profecticia* tenemos que distinguir entre la dote y el peculio, ya que el peculio va a ser propiedad del padre quien tendrá sobre el mismo las máximas facultades de disposición, pero sin embargo la dote es un patrimonio especial que es propiedad de la hija. Así lo han manifestado diversos jurisconsultos, entre ellos podemos destacar a Ulpiano¹²⁷: “*si está bajo la potestad de su padre y la dote procedió de este, la dote pertenece al padre y a la hija a la vez, aunque el padre no puede reclamar la dote sin el consentimiento de su hija*”. O

¹²⁵ GARCIA GARRIDO, M.J.: op.cit., pp. 50 -51.

¹²⁶ ASTOLFI, R.: “*Il matrimonio nel diritto romano classico*”, Padova, 2006, pp. 265 y ss.

¹²⁷ ULPIANO en D. 24, 3, 2, 1.

Paulo¹²⁸: “*la voluntad del padre y de la hija se exige, no solo para reclamar la restitución de la dote común a ambos, sino también para el cobro de la misma, y no puede uno de ellos separadamente perjudicar al otro*”. Ambos consideran que la dote es un patrimonio que pertenece tanto al padre como a la hija, pero que una vez que es entregado a la hija el *paterfamilias* no puede ni reducir su valor o cantidad, ni exigir su restitución sino es con el consentimiento de su hija.

Por todo ello, se puede concluir diciendo que la dote se concibe para los clásicos como *propium patrimonium filiae* en relación con los bienes del *paterfamilias* que la constituye. El hecho de que, en la *collatio dotis*, la hija este obligada a aportar la dote, como un bien suyo, confirma esta opinión. Cuando la hija pedía la *bonorum possessio unde liberi* o *contra tabulas* estaba obligada a aportar la dote profecticia a la masa hereditaria, no importando a este objeto que hubiese estado emancipada o *in potestate* y esta obligación de la *filia in potestate* es otra prueba de la tesis sobre que la dote se concibió como un patrimonio suyo, distinto de los restantes bienes en su disposición¹²⁹.

La dote durante el matrimonio estaba en disposición del marido, quien era su titular, pero sin embargo en la regulación clásica aparecen algunos principios que muestran ciertas facultades de la mujer sobre la dote, pese a que estas estuvieran supeditadas al destino de la dote, al matrimonio y a los poderes del marido. El marido tenía la obligación de cubrir todas las necesidades de su esposa, incluidas las de alimento, vestido, perfumes y adornos, gastos de viaje, de servicio y de la casa. Por lo tanto, el marido debía de destinar la dote para satisfacer los gastos funerarios tras la muerte de la mujer, y de esta manera utilizaría la dote como un patrimonio propio de su mujer destinado para un gasto concreto.

La administración y gestión de la dote eran competencias del marido, y por ello estaba obligado a responder por dolo y por culpa; pero era la mujer la competente para dar su consentimiento en la enajenación de los fondos dotales itálicos y de los esclavos dotales, además de para la ejecución de *impensae utiles*, y el marido sin *rogatu uxoris* no podía modificar el cultivo de los fundos.

En último lugar, como un derecho de la mujer al respecto de la dote podemos hablar de la restitución.

Los jurisconsultos clásicos consideran que recupera lo suyo la mujer a la que se restituye la dote; es una afirmación muy significativa ya que pone de manifiesto que la dote pertenece a la mujer. Además, la mujer no puede renunciar a la obligación del marido de restituir (salvo

¹²⁸ PAULO en D. 24, 3, 3.

¹²⁹ GARCIA GARRIDO, M.J.: op.cit., p. 56.

que destine la dote a sus hijos). La mujer gozaba del *privilegium exigendi*, por lo que era preferida para satisfacer su deuda en la *bonorum venditio* y en la restitución de la dote, frente a los acreedores e, incluso frente al Fisco. Por todo ello, la dote en el régimen clásico era considerada como un patrimonio de la mujer destinado al matrimonio.

3. LA DOTE EN LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA

3.1. Concepto de la dote.

La palabra dote (*dos*), como hemos visto, originariamente significaba donación, pero con el paso del tiempo recibió la acepción más concreta de donación matrimonial. Además, se consideró que era dote tanto la donación que el marido realizaba a la mujer, como la donación realizada por la mujer (o sus parientes por ella) hacía su marido.

Romanistas y civilistas, determinan que la dote es un patrimonio o porción de bienes que la mujer u otro en su nombre otorga al marido para ayudarlo al sostenimiento de las cargas matrimoniales. Algunos concluyen la definición señalando que dichos bienes han de ser restituidos a la mujer cuando se disuelva el matrimonio. Lo característico de la dote es que, en alguna manera, jurídica o al menos económicamente, pertenece a la mujer, si bien, la disfruta el marido. Y con ella se pretende, principalmente, constituir un fondo de bienes con cuyos frutos y rentas contribuya la esposa a atender a los gastos del hogar y la familia que se va a formar¹³⁰.

Las Partidas (4,11,1) definían la dote como: “el algo que da la mujer al marido por razón de casamiento... con entendimiento de se mantener e ayuntar el matrimonio con ella”. El problema está en que textos legales posteriores a Las Partidas consideran que la dote se trata de una donación que los padres realizan a sus hijas con razón de su próximo matrimonio, en compensación a sus derechos sucesorios, y con el fin de colaborar en el sostenimiento de la nueva familia, así como garantizar la subsistencia de la mujer (y sus descendientes, en caso de que los haya) en el supuesto de que esta enviudara. Por lo tanto, aquellos bienes de la mujer que no tuvieran el carácter dotal, se consideraban bienes parafernales; formando ambos, la dote y los bienes parafernales el patrimonio propio o individual de la mujer.

La configuración de Las Partidas se ve modificada por el Proyecto de Código Civil de 1851, en el cual, la dote absorbe o engloba a los bienes parafernales, puesto que estos son suprimidos de la regulación. De esta manera, la dote comprendía tanto los bienes y derechos que la mujer aportaba al matrimonio así como aquellos que durante el mismo ella obtuviese por herencia, donación o legado (bienes parafernales).

¹³⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L./ SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil: Derecho de familia*, vol. IV, Librería Bosch, 1984, p. 347.

Finalmente, por el Real Decreto de 24 de Julio de 1889 se promulga el Código Civil, pero en él no encontramos una verdadera definición de dote, únicamente su artículo 1.336 se limita a indicar que bienes integran la dote: “Se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante él adquiriera por donación, herencia o legado con el carácter dotal”. Como vemos, estos bienes son considerados dotales puesto que han sido aportados al matrimonio por voluntad de los interesados. Y esto tiene su razón de ser en que, los bienes propios de la mujer no eran considerados dotales sino parafernales, de esta forma la mujer conservaba más derecho sobre los bienes parafernales, siendo una diferenciación más ventajosa para ella. Por ello, para que los bienes aportados por la mujer sean dotales es preciso que se les conceda ese carácter. Unas veces dicha afectación se hacía por la voluntad de los interesados (como hemos visto) y otras mediante la declaración de la ley¹³¹.

Por ello, se consideran dotales, igualmente: “los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio: 1º, por permuta con otros bienes dotales; 2º, por derecho de retracto perteneciente a la mujer, 3º, por dación en pago de la dote; 4º, por compra con dinero perteneciente a la dote” (art. 1.337 C.C.). El código no trata de definir la dote, sino simplemente de especificar los bienes que la constituyen, pero al hacerlo está determinando que solo tienen carácter dotal los bienes a los que expresamente se les da ese carácter. O lo que es lo mismo, que los bienes privativos de la mujer son como regla general, extra dotales o parafernales y así han de considerarse mientras no conste de modo expreso lo contrario¹³².

Por lo tanto, podemos diferenciar dos notas características de la dote en la Codificación Civil Española: por un lado se trata de una cosa que le pertenece a la esposa, y por otro lado, el marido mientras dure el matrimonio será el gestor de la dote; es decir, se trata de un patrimonio cuyo fin es el de contribuir a las cargas generadas por el matrimonio, que la mujer pone en manos de su marido.

En resumen, podríamos definir la dote como el capital o conjunto de bienes de la mujer que se entrega al marido para facilitar a este medios y ayuda en el sostenimiento de las cargas matrimoniales, con obligación de restituirlo o devolverlo cuando esas cargas no existan, y de asegurar con hipoteca la efectividad de la restitución¹³³.

¹³¹ CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: “*Derecho civil español, común y foral*”, vol. V – I, Madrid: Reus, 1983, p. 667.

¹³² COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.J.: op.cit., p. 797.

¹³³ MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, vol. IX, Madrid: Reus, 1918, p. 340.

3.2. Clases o especies de dote.

Se diferencian las siguientes clasificaciones de especies de dote:

- a) Por su procedencia, es decir en función de quién es el constituyente. Podemos diferenciar entre dote profecticia (constituida con bienes del padre o parientes por la línea del mismo), dote adventicia (constituida por la madre o extraños) o mixta (formada por ambos padres con bienes de la sociedad de gananciales). A pesar de que el Código Civil de 1889 no se contemplan estas denominaciones romanas, esta clasificación continua teniendo interés en materia de sucesiones.
- b) Por el carácter de su constitución, la dote puede ser voluntaria (constituida por una persona que carece de obligación legal para hacerlo) u obligatoria (constituida por una persona legalmente obligada a ello).
- c) Por el tiempo de la constitución, la dote puede ser anterior o posterior al matrimonio. Clasificación que tiene importancia debido a que la dote constituida con posterioridad al matrimonio se regirá por las reglas de las donaciones comunes.
- d) Por la forma de la constitución, del Derecho Romano proviene la división de la dote en prometida, entregada o confesada. Se llama dote prometida a aquella que se ha ofrecido en forma legal, pero no ha pasado a poder del marido; dote entregada es aquella que ha sido entregada al marido en escritura pública; dote confesada es aquella cuya entrega solo consta en documento privado o por declaración del marido¹³⁴.
- e) Por la clase de bienes, la dote puede ser mobiliaria o inmobiliaria, según sean muebles o inmuebles los bienes que la formen.
- f) Por su naturaleza jurídica y efectos, pudiendo diferenciar entre la dote estimada o inestimada. La dote estimada es aquella cuyos bienes fueron evaluados al tiempo de la constitución, transfiriendo su dominio al marido; mientras que la inestimada tiene lugar cuando la mujer mantiene el dominio de los bienes.

Una vez vistas las clases de dote existentes en la Codificación Civil española, vamos a realizar un estudio más detallado de los siguientes tipos: la dote estimada e inestimada, la dote confesada y la dote obligatoria.

¹³⁴ DIEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A.: "Sistema de Derecho Civil", vol. IV, Editorial Tecnos, 1978, pp. 252 – 253.

3.2.1. Dote estimada y dote inestimada.

En el Derecho Romano la dote se dividía en estimada o inestimada, en función de la valoración de los bienes, es decir, si estos habían sido tasados o no al constituirse la dote. La dote estimada, a su vez se subdividía en *venditionis causa* y *taxationis causa*, en función de que la valoración produjera o no venta de los bienes en favor del marido. Esta clasificación se mantuvo en Las Partidas, y fue finalmente modificada en el Código Civil de 1889, ya que a partir de este momento la clasificación no atiende a la valoración de la dote, sino a la naturaleza jurídica de la misma. De la dote estimada será propietario el marido, mientras que de la inestimada, su mujer.

En el artículo 1.346 del Código citado, se establece la distinción entre dote estimada o inestimada, indicando lo siguiente: “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”.

De estas definiciones del Código podemos extraer los caracteres esenciales de ambos tipos de dote. De la dote estimada serían: la evaluación necesaria de los bienes al tiempo de constitución de la dote, la transferencia de su dominio al marido, la atribución al marido del incremento o deterioro de la dote (artículo 1.347 C.C.) y la obligación del marido de devolver el importe por el que la recibió. De la dote inestimada, serían: la evaluación potestativa de los bienes, la conservación de su dominio por la mujer, la atribución a la misma del incremento o deterioro de la dote (artículo 1.360), la enajenación de los bienes por la mujer con consentimiento de su marido (artículo 1361.1) y la obligación del marido de restituir los mismos bienes que recibió, por regla general (artículos 1.367 y 1.372)¹³⁵.

Podemos distinguir estos tipos de dote según la especie de bienes que la mujer entregase al marido: si le daba dinero, y entonces el marido era deudor de la restitución de una determinada cantidad, disfrutando entre tanto de ella como dueño sin pagar intereses y conservando la mujer solo un crédito aplazado y garantizado; o bien, se le entregaban bienes concretos, generalmente inmuebles, y entonces la esposa seguía siendo propietaria de los mismos, teniendo el marido su posesión y goce. La primera se trataría de la dote estimada, y

¹³⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: op.cit., pp. 670-671.

la segunda de la inestimada. La primera no afecta, constante matrimonio, a bienes concretos. Está representada por un crédito de la mujer frente al marido. La segunda consiste en una masa de bienes¹³⁶.

De esta forma, podemos apreciar que tanto el marido como la mujer cuentan con derechos y obligaciones diferentes en cada clase de dote.

En la dote estimada, el artículo 1.346 del Código señala que el marido ostenta el dominio de los bienes dotales (es decir, cuenta con la plena propiedad de los mismos), que le es transferido en el acto de constitución dotal. De este dominio se desprenden los derechos que el marido tiene sobre la dote estimada, que serían los siguientes:

- a) Pedir que se modifique el error o agravio cuando se vea perjudicado por valoración de la dote (artículo 1.348 del Código).
- b) Puede hacer suyo el incremento de la dote (artículo 1.347 del Código).
- c) Administrar los bienes y usufructuarlos a título de dueño, aunque hay que tener en cuenta que los frutos pertenecen a la sociedad de gananciales, teniendo que usarlos para el sostenimiento de las cargas del matrimonio.
- d) Disponer libremente de los bienes.
- e) En el caso de efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles no asegurados con hipoteca, el marido puede reemplazarlos con otros equivalentes o enajenarlos.
- f) Enajenar sus bienes propios, hipotecados en seguridad de la dote, sin consentimiento de la mujer, dejando subsistente la hipoteca constituida sobre ellos a favor de aquella.

La mujer, en la dote estimada, se convierte en acreedora del marido por el importe de la estimación de los bienes cuya propiedad ha pasado a aquel¹³⁷. En concreto, la mujer ostenta los siguientes derechos sobre la dote estimada:

- a) Puede pedir la constitución de la hipoteca dotal contemplada en los artículos 1.349 y 1.352 del Código; y mientras esta no se constituya, puede solicitar que los efectos públicos y los valores cotizables sean depositados a su nombre, con conocimiento de su marido, en un establecimiento público.
- b) Puede reclamar la subrogación de la hipoteca a su marido, cuando con su consentimiento se extinga, reduzca o posponga la hipoteca constituida para garantizar el importe de la dote (artículo 183 de la Ley Hipotecaria de 1861).

¹³⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L./ SANCHO REBULLIDA, F.:op.cit., p. 349.

¹³⁷ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.J.: op.cit., p. 811.

En cuanto a la dote inestimada, se trata de una masa de bienes que pertenecen a la mujer, pero sobre los cuales el marido va a tener amplios derechos. El artículo 1.357 del Código, indica que el marido posee los derechos de administración y usufructo sobre la dote inestimada, en concreto establece: “ el marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyen la dote inestimada”. No obstante, las facultades o derechos que el marido posee sobre la dote inestimada rebasan los que le corresponderían a un mero administrador y usufructuario. En concreto, al marido le corresponden sobre la dote inestimada las siguientes facultades:

- a) En el artículo 1.357 C.C., se establece la facultad de administrar y usufructuar “los bienes que constituyan la dote inestimada, con los derechos y obligaciones anexos a la administración y usufructo”, y en el artículo 1.363 se limita este derecho, ya que “el marido no podrá dar en arrendamiento por más de seis años, sin el consentimiento de la mujer, bienes inmuebles. Y será nula la anticipación de rentas o alquileres hecha al marido por más de 3 años”. Se establece la responsabilidad del marido por el deterioro que los bienes dotales sufran por su culpa o negligencia (artículo 1.360.2).
- b) Puede participar en las enajenaciones de bienes que realice la mujer, prestando su consentimiento (artículo 1.361).
- c) El artículo 1.359 establece el derecho a sustituir o enajenar efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles que no se hayan asegurado mediante la hipoteca.
- d) El artículo 1.368 dispone que “el abono de las expensas y mejoras hechas por el marido en las cosas dotales inestimadas se regirá por lo dispuesto con relación al poseedor de buena fe”.

Al respecto de los derechos de la mujer sobre la dote inestimada, únicamente en el supuesto de que el marido no respete las criterios de la buena administración perjudicando los bienes usufructuados, podrá la mujer reclamar la adopción de medidas para mantener los bienes en su integridad. No obstante podemos hablar de otros derechos con los que cuenta la mujer sobre estos bienes:

- a) Va a conservar el dominio sobre los bienes dotales, como indican los artículos 1.346 y 1.360 del Código, debiendo inscribir los inmuebles en el Registro en nombre de la mujer y en calidad de dote inestimada (artículo 1.358).
- b) En el artículo 1.360.1 se establece que son de la mujer “el incremento o deterioro que tuvieren” los bienes dotales.

- c) Puede exigir a su marido responsabilidad por los deterioros que hubiesen sufrido los bienes por culpa o negligencia del marido (artículo 1.360.2).
- d) En el artículo 1.361.1 se indica que la mujer “puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote estimada, si fuese mayor de edad, con licencia de su marido, y, si fuese menor, con licencia judicial e intervención de las personas señaladas en el artículo 1.352”.
- e) Puede comprometer los bienes de la dote inestimada en los términos del artículo 1.362, a cuyo término responden aquellos que los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden, bajo la tolerancia del marido, si bien debiendo hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido¹³⁸.

3.2.2. *Dote obligatoria.*

La dote obligatoria o necesaria se encuentra recogida en el Código Civil de 1889 en su artículo 1.340: “El padre o la madre, o el que de ellos viviese, están obligados a dotar a sus hijas legítimas, fuera del caso en que necesitando estas el consentimiento de aquellos para contraer matrimonio con arreglo a la ley, se casen sin obtenerlo”.

Los precedentes históricos de este artículo establecían que estaba obligado a dotar quien ejerciera la patria potestad sobre la hija, es decir, su padre. Con este artículo se introducen varias novedades en cuanto a la constitución de la dote obligatoria, ya que la madre queda también obligada a dotar a sus hijas; sin embargo, quedarán liberados tanto el padre como la madre cuando la hija contrajese matrimonio sin el consentimiento de sus padres, siendo este necesario. Y finalmente, aclara que solo tienen derecho a la dote las hijas legítimas (por lo tanto, quedan excluidas las hijas naturales).

Hay determinados casos en los que las hijas no van a tener derecho a la dote necesaria, como hemos visto, uno de ellos es cuando necesitando el consentimiento de sus padres para contraer matrimonio, se casen sin haberlo obtenido. Pero además, hay que añadir, el supuesto en que las hijas tuviesen bienes equivalentes a la mitad de su legítima; así como cuando hubiesen recibido la dote en un matrimonio anterior.

La obligación de dotar va a recaer tanto en el padre como en la madre, por lo tanto, en el caso de que ambos padres vivan, la obligación es alternativa y no conjuntiva, ya que pueden dotar el uno o el otro (aunque la obligación recae en primer lugar sobre el padre, y en su

¹³⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: op.cit., pp. 674- 675.

defecto, cuando careciese de bienes, sobre la madre), y solo dotarán a la hija de forma conjunta cuando así lo decidan.

El artículo 1.343 C.C. determina lo siguiente: “Cuando el marido solo, o ambos cónyuges juntamente, constituyen dote a sus hijas, se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; sino los hubiese, se pagará por mitad, o en la proporción en que los padres se hubieran obligado, respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge. Cuando la mujer dotare por sí sola, deberá imputarse lo que diere o prometiére a sus bienes propios”.

Resulta que cuando la fortuna del marido sea suficiente será este el obligado a dotar, y lo hará con cargo a los bienes de la comunidad conyugal (y ello aunque la dote sea superior al mínimo obligatorio), y si no, con cargo a sus bienes y a los de su mujer, por partes iguales: con ello podrá agotar la fortuna de su mujer dotando a una o varias hijas, si la suya es muy superior a la de aquella. Cuando deba dotar la mujer, lo hará con cargo a sus bienes propios: el marido se verá libre de toda contribución, e incluso el patrimonio de la comunidad quedará intacto¹³⁹. El fundamento de esta decisión incorporada en el Código Civil de 1889 es que no sería justo, al ser la constitución de la dote una carga propia del matrimonio, que los bienes de la mujer no quedaran obligados en términos iguales a los de su marido. De esta manera, cuando la dote se constituye por ambos cónyuges, debe pagarse con bienes de la sociedad conyugal, es decir, con bienes gananciales, y si no los hay, con bienes propios de los padres en la proporción convenida, o por mitad sino hubo convenio¹⁴⁰.

Al respecto de la cuantía de la dote obligatoria, el artículo 1.341 C.C. establece que: “consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta. Si la hija tuviere bienes equivalentes a la mitad de su legítima, cesará esta obligación; y si el valor de sus bienes no llegare a la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que falte para completarla”.

El significado del concepto “legítima rigurosa presunta” sería el siguiente: la legítima se computa atendiendo al valor de los bienes el día del fallecimiento de los padres, pero la legítima en el caso de la dote se determinará en el momento en el que se otorgue esta. Para determinarla, sería necesario investigar los bienes paternos a través de la declaración de los padres dotantes así como de los parientes más cercanos a la hija, uno de la línea paterna y otro de la materna, siempre y cuando residan en la misma localidad o partido judicial que los donantes. En defecto de dichos parientes, los tribunales han de resolver según las declaraciones efectuadas por los padres. El artículo 1.342 del mismo Código, permite a las

¹³⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L.: op.cit., p. 419.

¹⁴⁰ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.J.: op.cit., p. 803.

personas obligadas a dotar que elijan entre entregar un capital o señalar una renta anual en concepto de frutos o intereses del mismo, del modo que les sea más cómodo y sencillo cumplir con esta obligación.

3.2.3. *Dote confesada.*

El artículo 1.344 del Código Civil de 1889 establece: “La dote confesada, cuya entrega no constare, o constare solo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales”.

Este tipo de dote implica que el marido admite, mediante escritura pública o en documento privado, haber recibido un bien o conjunto de bienes como dote, ya sea estimada o inestimada, pero la entrega de dichos bienes por la mujer, sin embargo no consta, o simplemente consta en documento privado. El fundamento por el que el legislador recoge la dote confesada es para evitar que una dote encubra una donación entre los cónyuges, puesto que está legalmente prohibida.

Pero ¿qué sentido tiene que se equipare la confesión de dote a las obligaciones personales? Se viene entendiendo que la confesión conlleva unos efectos en contra del marido y sus herederos a favor de los legitimarios (herederos forzosos) y los posibles acreedores. Por lo que cuando la mujer o sus herederos pretendan la restitución de una dote confesada, esto solo podrá llevarse a cabo cuando no perjudique ni a los legitimarios ni a los acreedores.

La mujer no tiene derecho a exigir hipoteca legal para garantizar la restitución de la dote confesada. Por tanto, ni podrá exigir que los inmuebles o derechos reales que el marido confiesa entregados como dote estimada, se graven con hipoteca para garantizar el cobro del crédito en que se estimaron, ni a que se inscriban a su nombre esos mismos bienes o se constituya hipoteca sobre otros del marido en garantía de la gestión y restitución de bienes inmuebles, que confiesa recibió como dote inestimada.¹⁴¹ Sin embargo, la mujer puede solicitar una hipoteca legal cuando antes de la celebración del matrimonio o durante el primer año del mismo, se haya realizado la confesión de dote.

¹⁴¹ DIEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A.: op.cit., p. 258.

3.3. Constitución de la dote.

3.3.1. *Naturaleza jurídica del acto de constitución dotal.*

El acto de constitución de dote tiene en el Derecho Español carácter gratuito, es un acto de liberalidad que si se hace *inter vivos* reviste la forma de donación. Esta donación es, unas veces, una donación común y, otras, una donación especial - causal. En efecto, cuando la dote se constituye después de efectuado el matrimonio, la somete el Código a las normas de las donaciones comunes; pero cuando se constituye antes, manda que se le apliquen como supletorias las normas de las donaciones por razón de matrimonio¹⁴².

Tiene especial importancia la naturaleza jurídica del acto de constitución de dote, sobre todo al respecto del ejercicio de la acción Pauliana contra la constitución de dote. La acción Pauliana es el poder que el ordenamiento jurídico confiere a los acreedores para impugnar los actos que el deudor realice en fraude de su derecho¹⁴³. De hecho si partimos de la base de que la dote tiene un carácter gratuito siempre encontraremos una presunción de fraude, conforme el art. 1.296 apartado 1º del Código Civil de 1889. Ya que la acción rescisoria encuentra su apoyo en el art. 40 de la Ley Hipotecaria de 1869 (que según lo dispuesto en los arts. 37 y 39 consideraba que la constitución dotal era una enajenación gratuita) y en los artículos 880.2 y 881.2 del Código de Comercio (consideraban la constitución dotal como una transmisión a título gratuito).

3.3.2. *Elementos personales del acto de constitución dotal.*

La dote puede ser constituida en favor de la mujer, antes o después de la celebración del matrimonio, por las personas autorizadas para realizarlo en el art. 1.338 C.C.: por los padres o parientes de los esposos y las personas extrañas a la familia. De igual manera, el artículo autoriza al esposo para constituirla pero siempre con anterioridad a la celebración del matrimonio. Aunque el artículo no lo establezca, podemos entender que la propia mujer puede constituir la dote pero siempre antes del matrimonio y nunca después. El hecho de que los esposos no puedan constituir la dote durante el matrimonio tiene que ver con el

¹⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: op.cit., pp. 667-668.

¹⁴³ <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/accion-pauliana/accion-pauliana.htm> [Recuperado el 4 de marzo de 2020].

carácter gratuito de la dote, así como con que las donaciones entre los cónyuges están prohibidas durante el matrimonio (art. 1.334 del mismo Código).

3.3.3. *Elementos reales del acto de constitución dotal.*

La dote se puede constituir a través de cualquier tipo de bienes, el artículo 1.336 del Código Civil de 1889, de hecho, se indica que “la dote se compone de los bienes y derechos que en este concepto aporta la mujer al matrimonio...”.

3.3.4. *Elementos formales y publicidad del acto de constitución dotal.*

El citado Código Civil, en principio, no establece ningún requisito formal o forma determinada para que se lleve a cabo la constitución de la dote. Por lo tanto, la dote se puede constituir en cualquier forma: por carta dotal en escritura pública, por testamento (el artículo 1.336 del Código Civil de 1889 alude a la constituida por herencia o legado), por cláusula de contrato de capitulaciones matrimoniales, por documento privado, e incluso por convenio verbal. Pero será necesario que la constitución dotal se establezca en un documento público para que esta pueda hacerse valer frente a terceros así como para que la mujer disponga de hipoteca legal; puesto que si la dote no consta de esta forma, la dote no podrá surtir más efecto que el de las obligaciones personales (arts. 1.344 y 1.345).

No obstante, conviene tener en cuenta que es reiteradísima la jurisprudencia que declara la presunción favorable a la parafernalidad (es decir, consideración como bienes propios de la mujer) en caso de duda sobre la naturaleza de los bienes, por lo que debe quedar claramente establecido en la constitución de dote en carácter dotal de los mismos¹⁴⁴.

En último lugar, al respecto de la publicidad del acto de constitución dotal, las escrituras dotales se han de anotar en la hoja del comerciante en el Registro Mercantil, para que de esta forma, la mujer pueda adquirir una preferencia (frente a los acreedores del comerciante) en el cobro del importe de la dote estimada así como de los bienes muebles que compongan la dote inestimada y que no se puedan restituir *in natura*. Según se dispone en los artículos 21 y 27 del Código de Comercio publicado a través del Real Decreto de 22 de Agosto de 1885.

¹⁴⁴ DIEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A.: op.cit., p. 255.

3.4. Garantía o aseguramiento de la dote.

Al tener la dote como objeto atender las cargas del matrimonio, y al ser un patrimonio que debe ser devuelto a la mujer o sus descendientes al término de la unión conyugal, los bienes que la integran o su importe deben conservarse en la sociedad conyugal todo el tiempo que esta dure, debiendo la ley adoptar para su conservación todas las garantías necesarias¹⁴⁵. Este sistema de aseguramiento de la dote es susceptible de división en función de la persona que preste las garantías, pudiendo ser prestadas por el constituyente de la dote, o por el marido.

3.4.1. *Garantía de la dote prestada por el constituyente. Responsabilidad por evicción.*

El Código Civil de 1889 no se manifiesta al respecto de la garantía de la dote prestada por el constituyente, a diferencia de otros Códigos extranjeros; esta omisión implica que, en principio, no hay saneamiento de dote. Pero el citado Código, en su artículo 1.339 conduce para suplir las normas de la dote a las normas de la donación (artículo 638 del Código: “el donante no está obligado al saneamiento de las cosas donadas”).

Es verdad que de este mismo artículo y del 622 – que aplica a las donaciones onerosas las reglas de los contratos – resulta una excepción para las donaciones onerosas, en las cuales debe el donante responder de la evicción hasta la concurrencia del gravamen; pero estas disposiciones aluden seguramente a las cargas expresamente impuestas al donatario, o, lo que es igual, las que se derivan del acto de la donación, y no del hecho del matrimonio¹⁴⁶.

Aunque, se puede admitir que el constituyente de la dote tendrá excepcionalmente una obligación de responder por evicción en los siguientes casos:

- a) Cuando la dote tuvo el concepto de obligatoria.
- b) Cuando se haya prometido o estipulado la evicción.
- c) Cuando la evicción provenga de dolo o fraude del donante.
- d) Cuando sea una donación que imponga cargas al donatario.

¹⁴⁵ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.J.: op.cit., p. 817.

¹⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: op.cit., p. 675

3.4.2. *Garantía de la dote prestada por el marido.*

En el Derecho Romano, como hemos visto, el marido tenía el deber de, una vez disuelto el matrimonio, restituir la dote en especie o por su valor. Por ello, se establecieron garantías para la restitución de la dote, dentro de las cuales destaca la hipoteca dotal. Esta hipoteca es recogida por las Partidas (5,13,23 y 5,13,33), siendo una hipoteca general, tácita, legal y privilegiada. Esta hipoteca se mantiene hasta la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861, la cual establece los principios de especialidad y publicidad, sustituyendo la antigua hipoteca por una hipoteca especial y expresa que la mujer podía exigir que fuera constituida por el marido para asegurar la restitución de los bienes dotales, o bien, de su estimación.

El marido ha de asegurar su obligación de devolver los mismos bienes de la dote inestimada (cuando sea no fungible); otro tanto de la misma especie (siendo fungibles no tasados); el valor de los bienes, en la estimada; o el precio de enajenación de los inmuebles en la dote inestimada. Por ello, se pueden diferenciar cuatro hipótesis para precisar en qué forma el marido ha de asegurar o garantizar la dote a su mujer.

En primer lugar, al respecto de la dote estimada inmueble, el artículo 1.349.1 del Código Civil de 1889 y el artículo 169.1 de la Ley Hipotecaria de 1861 establecen lo siguiente: “el marido está obligado a hipotecar en favor de la mujer los mismos bienes inmuebles y derechos reales que reciba u otros bastantes para garantizar la estimación de aquellos”. Además, el Código Civil en el apartado segundo del artículo 1.349 establece que el marido debe “asegurar con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes que como dote estimada se le entreguen”, admitiendo de esta forma también la hipoteca constituida sobre bienes diferentes a los dotales.

En segundo lugar, la dote estimada mueble presenta dos posibilidades de garantía en función de si puede o no puede constituirse hipoteca. Si puede constituirse hipoteca, “el marido está obligado a asegurar con hipoteca especial suficiente los bienes que se le entreguen (artículos 1.349 del Código Civil y 169.3 de la Ley Hipotecaria). Esta hipoteca está sometida a las siguientes reglas:

- a) En cuanto a sus elementos personales, pueden constituirla el marido o una tercera persona en su nombre.
- b) En cuanto a los reales, la cantidad que debe asegurarse “no excederá del importe de la estimación” (artículo 1.350 del Código Civil).

- c) En cuanto a la posibilidad de reducción, los artículos 1.350 del Código Civil y 173 de la Ley Hipotecaria establecen que “si se redujere el importe de la dote por exceder de la cuantía que el derecho permite, se reducirá la hipoteca en la misma proporción”.
- d) En cuanto a su cancelación, los artículos 1.351 del Código Civil y 172 de la Ley Hipotecaria establecen que “dejará de surtir efecto la hipoteca y podrá cancelarse siempre que por cualquiera causa legítima queda dispensado el marido de la obligación de restituir”¹⁴⁷.

En el caso de que no pueda constituirse hipoteca con la que asegurar la dote estimada mueble, nos encontramos con dos garantías:

- a) La obligación de hipotecar los futuros bienes: el artículo 1.345 del Código Civil dispone que en el caso de que “el marido careciese de bienes propios con que constituir la hipoteca de que trata el artículo 1.349, quedará obligado a constituir la sobre los primeros inmuebles o derechos reales que adquiriera”. Matizando el artículo 180 de la Ley Hipotecaria que “esta obligación no puede perjudicar a terceros mientras no se inscriba la hipoteca”.
- b) El depósito de los efectos públicos o valores cotizables: el artículo 1.355 del Código Civil establece que “mientras su importe no esté garantizado por la hipoteca, los títulos, las inscripciones o documentos de aquellos, se depositarán a nombre de la mujer, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto”.

En tercer lugar, al respecto del aseguramiento de la dote inestimada inmueble, no necesita hipoteca, porque los inmuebles llevan en sí mismos la seguridad de su restitución mediante su inscripción en el registro de la propiedad. Por ello, la ley se limita a ordenar que se inscriban dichos bienes como propios de la mujer, expresando su cualidad de dotales inestimados (artículo 1.358 del Código Civil y 173.3 de la Ley Hipotecaria), y si ya estaban inscritos a nombre de ella, que se haga constar por nota marginal dicha cualidad (artículo 173.2 de la Ley Hipotecaria)¹⁴⁸.

Y en último lugar, en la dote inestimada mueble el artículo 1.356 del Código Civil dispone que para asegurarla se van a aplicar las mismas reglas que para en la dote estimada. Se debe a que aunque la mujer sea quien retiene el dominio, y el marido deba de devolver los mismos bienes, sin embargo, pueden estos desaparecer haciendo ilusorio el derecho de la mujer.

¹⁴⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: op.cit., p. 676.

¹⁴⁸ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.J.: op.cit., pp. 821-822.

3.5. Restitución de la dote.

3.5.1. Causas o supuestos de restitución.

Como sabemos, una vez disuelto el matrimonio, la dote debe de retornar a la mujer o a sus herederos, ya que pese a que la mujer no tuviese la posesión de la misma, continuaba siendo su propietaria constante matrimonio.

El artículo 1.365 del Código Civil de 1889 establece que: “la dote se restituirá a la mujer o a sus herederos en los casos siguientes: 1) cuando el matrimonio se disuelva o declare nulo; 2) cuando se transfiera a la mujer la administración de su dote en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 225; 3) cuando los tribunales lo ordenen con arreglo a las prescripciones de este Código”. No obstante, hay que hacer un inciso en cada uno de los apartados de este artículo, ya que esta defectuosamente concebido. Al respecto del apartado primero, se refiere a un supuesto típico de restitución como es la disolución del matrimonio, pero hay que equipararlo a la declaración de nulidad; por lo que la dote ha de restituirse en caso de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, por declaración de fallecimiento y ante sentencia firme de divorcio. El apartado segundo, contempla un supuesto especial como es la prodigalidad del marido, y el apartado tercero, se refiere genéricamente a todos los supuestos en los que “los tribunales lo ordenen”. Pero el supuesto que contempla el apartado segundo queda resuelto por el tercero, ya que la prodigalidad debe ser declarada por sentencia judicial.

De esta forma, vamos a diferenciar los supuestos típicos de restitución:

- a) La disolución del matrimonio: ya que la dote tiene por objetivo el sostenimiento de las cargas del matrimonio, por ello, que una vez se extinga o disuelva el matrimonio, la dote también ha de extinguirse pues perdería su razón de ser.
- b) La inhabilitación del marido para gestionar económicamente la dote, esta inhabilitación puede tener lugar o bien por la declaración de ausencia del marido, o bien por su incapacitación.
- c) La separación de los cónyuges, cuando se acordara la culpabilidad del marido la mujer puede solicitar la separación de bienes, logrando de esa forma la administración de su dote.

Sin embargo, encontramos supuestos en los que no cabe la restitución de la dote:

- a) Por convenio: supuesto en el que los cónyuges en las capitulaciones o en un momento anterior al matrimonio convienen o acuerdan que en caso de disolverse el

matrimonio los bienes dotales queden en propiedad del marido; o bien, cuando llegado el momento de restituir la dote, la mujer o sus herederos cedan la dote en favor del marido.

- b) Por confusión: supuesto en el que el marido es heredero de la mujer, ya sea por testamento o de forma intestada, en concepto de pariente o cónyuge.

3.5.2. *Elementos personales de la restitución.*

Los sujetos que intervienen en la restitución de la dote son dos, en primer lugar, el restituyente, que será el marido o sus herederos, o en segundo lugar, el acreedor, que será la mujer o, en su defecto, sus herederos.

En los supuestos de muerte o declaración de fallecimiento, si el causante fuera el marido, sus herederos han de restituirla a la mujer; si fuese la mujer, el marido tendría que restituir la dote a los herederos de ella.

En los casos de ausencia o incapacidad del marido, sin embargo, la restitución se hará a la mujer por los representantes legítimos del marido, y siendo tutora o representante la misma mujer, por los que deban sustituirla en caso de incompatibilidad. Y en el caso de nulidad o separación personal, el marido es quien debe devolver la dote a su mujer. Lo propio ocurrirá en el caso de mutación del régimen económico conforme al artículo 1.320 y el de divorcio¹⁴⁹.

3.5.3. *Elementos reales de la restitución.*

Al respecto de cuál es el objeto de la restitución de la dote, el artículo 1.366 del Código Civil de 1889 establece que “la restitución de la dote estimada se hará entregando el marido o sus herederos a la mujer o a los suyos el precio en que hubiese sido estimada al recibirla el marido”. La expresión “con el precio en que hubiese sido estimada” se busca hacer referencia a que la deuda de la dote estimada es una deuda de valor cuyo objeto normalmente será dinero.

El objeto de la dote inestimada se establece en el artículo 1.367 del citado Código, donde se indica que se han de restituir “los bienes inmuebles de la dote inestimada, y si hubiesen sido

¹⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: op.cit., p. 683.

enajenados, se entregará el precio de venta”. No obstante, para la restitución de la dote inestimada, siempre habrá que estar a lo pactado o convenido por las partes en las capitulaciones, y como indica el artículo 1.372.1 del Código: “a falta de convenio entre los interesados, o de estipulación expresa en las capitulaciones matrimoniales, el crédito de la dote inestimada o la parte de él que no se restituya en los mismos bienes que hubiesen constituido la dote o en aquellos que los hubiesen sustituido, deberá restituirse y pagarse en dinero”. Aunque el mismo artículo en su apartado segundo indica una excepción “la restitución del precio de los bienes dotales muebles que no exista, se podrá pagar con otros bienes muebles de la misma clase, si los hubiere en el matrimonio”. Y finalmente el apartado tercero del artículo indica que “la restitución de los bienes fungibles no tasados se hará con otro tanto de las mismas especies”.

3.5.4. Elementos formales de la restitución.

3.5.4.1. Tiempo de la restitución

En el Derecho Romano, se establecía una regla diferente para la restitución de los bienes muebles a la de los inmuebles, ya que las cosas muebles se debían de restituir en el plazo de un año, y los inmuebles de forma inmediata. Pero en el Código Civil de 1889 esta situación cambia, ya que da preferencia en su regulación a lo que se haya establecido en las capitulaciones matrimoniales, o al constituirse la dote, o a lo que hayan convenido las partes interesadas una vez se haya disuelto el matrimonio.

No obstante, si no hay pacto entre los cónyuges, el artículo 1.369 del citado Código dispone que “una vez disuelto o declarado nulo el matrimonio, podrá compelerse al marido o a sus herederos para la inmediata restitución de los bienes muebles o inmuebles de la dote inestimada”. Por lo que esta regla implica la restitución de forma inmediata de los bienes muebles o inmuebles que formen la dote inestimada, así como del dinero, los bienes fungibles y valores. Siendo una regla aplicable no solo en los supuestos de disolución o nulidad del matrimonio, sino también en todos aquellos en los que se produzca la restitución de la dote. Pero existe una excepción en el artículo 1.370, donde se indica que “no podrá exigirse al marido o a sus herederos, hasta que haya transcurrido un año contado desde la disolución del matrimonio, del dinero, los bienes fungibles y los valores públicos que en todo o en parte no existan al disolverse la sociedad conyugal”. En este caso, la regla sería la restitución diferenciada del dinero, los valores y bienes fungibles según estos bienes existan o no, ya que

en el caso de que existan se puede reclamar al marido la devolución de los mismos de forma inmediata, pero si por el contrario, no existiesen, su restitución no podrá exigirse hasta transcurrido un año desde la disolución del matrimonio. Pero, como se indica en el artículo 1.371 “el marido o sus herederos tienen que pagar a la mujer, o a los suyos, el interés legal del dinero o el del importe de los bienes fungibles, o lo que los valores hayan producido desde la disolución, salvo que la mujer pueda optar entre percibir estos bienes, o recibir alimentos”.

A la restitución de la dote estimada no se refiere el citado Código expresamente, pero puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.369 para la inestimada, pues su regulación afecta a todos los casos de existencia de bienes dotales o los bienes con que hacer efectivo el crédito dotal. La aplicabilidad del artículo 1.370 viene limitada por los supuestos en los que ante una dote de cantidad (originada o sobrevenida), sin embargo no hay dinero o bienes fungibles en el patrimonio del marido con los que pagar lo que se constituyó en la dote. Por lo tanto, ambos preceptos son aplicables a la dote de cantidad.

3.5.4.2. *Regla especial de la restitución.*

En el supuesto de que deban de restituirse dos o más dotes en el mismo tiempo (derivadas de dos o más matrimonios sucesivos del marido, que no se hubieran liquidado por este al mismo tiempo de la disolución respectiva) se pagarán cada una de las dotes con los bienes que existan de su peculiar procedencia¹⁵⁰, y como se dispone en el artículo 1.376 del Código Civil de 1889, “y en su defecto, si no alcanzase el caudal inventariado para cubrir la *dos*, se atenderá para su pago a la prioridad del tiempo” (es una aplicación del aforismo “*qui prior est tempore potior est iure*”).

¹⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: op.cit., p. 686.

4. CONCLUSIONES.

- I. La denominación de dote es procedente de dar o de donar. La dote fue la forma de representar a un patrimonio creado para un fin específico; cuyo objetivo fue que el *paterfamilias* entregara “las cosas de la mujer”, en consideración a ella y al momento de casarse, como aporte para los gastos y necesidades que la vida en matrimonio supone.
- II. A pesar de que existía la costumbre por la que, en los matrimonios romanos, era el hombre quien de forma independiente se hacía cargo de la cobertura total de los gastos derivados del sustento familiar; se imponía también la tradición, de que la mujer o una tercera persona vinculada a ella, que generalmente era su *paterfamilias*, entregase la dote al marido, para impulsar el desarrollo económico de la nueva sociedad conyugal que se formaría.
- III. También, la dote, se consideraba un anticipo como resarcimiento a la pérdida que sufría la mujer al casarse, de los derechos sucesorios o de herencias de su familias de origen, muy a pesar, de que en épocas antiguas no existía obligación jurídica de asignación de dotes y sólo se trataba de una práctica social y moral. Tal fue la importancia de la dote, que más allá de no tener sus raíces en las leyes sino en las costumbres sociales, no se concebía matrimonio alguno sin dote.
- IV. Durante la época Arcaica y el período preclásico, los bienes de la mujer se transferían automáticamente al patrimonio del marido, ya que esta carecía de capacidad y derecho patrimonial. Pero a finales de la República, surgieron modificaciones y la dote sólo se entregaba en su totalidad al marido cuando este fungía como absoluto responsable de todas las cargas económicas que se derivaban de la nueva familia. Tiempo después con la legislación justiniana, se empiezan a reconocer los derechos de la mujer y de su familia, estableciéndose que por motivos de ruptura del vínculo conyugal, la dote debía ser restituida.
- V. Podía considerarse como dote a cualquier elemento patrimonial: una propiedad o su simple posesión, otros derechos como el usufructo, los créditos tanto del titular como

de terceros por asignación o delegación, pero también la podía constituir la liberalización del marido de una carga o la remisión de una deuda.

- VI.** En cuanto a la restitución, cuando por alguna causa el matrimonio finaliza se debía aplicar la dote recepticia, y de haber pérdida de la misma o parte de esta, el marido asume los riesgos y está obligado a pagarla. El marido contaría con plazos para cumplir con la compensación de la deuda, a menos que existiese adulterio de su parte, de ser así, se eliminaban los beneficios de márgenes de tiempo.
- VII.** En el periodo Arcaico de la historia jurídica de Roma, hubo aspectos importantísimos a considerar. Primero, el divorcio en esta época sólo ocurría en ocasiones puntuales era casi insólita su presencia, dejando al ordenamiento jurídico sin bases para prever soluciones a un hecho prácticamente irrelevante. Y segundo, porque en este periodo histórico el peso de la familia agnaticia y el predominio del matrimonio *cum manu* hacían inimaginable la idea de que el patrimonio dotal pudiera tener otro destino que el de su incorporación plena en el marco del patrimonio familiar del marido.
- VIII.** La mujer se incorporaba a la familia del marido con todos sus bienes, también con aquellos que hubiese recibido en concepto de dote, y estos en particular, ya que justamente se habían entregado para ayudar a soportar y compensar el desequilibrio patrimonial que suponía la entrada de un nuevo miembro en la familia agnaticia del marido. La entrega de los bienes dotales al marido era completa e irrevocable.
- IX.** El acto constitutivo de la dote se relacionada directamente con la creación del vínculo matrimonial, por lo que su cese, en la antigüedad no afectaba en absoluto el destino de los bienes dotales que permanecieron en el patrimonio del marido, privando a la mujer de los mismos sin posibilidad alguna de recuperarlos tras la disolución del matrimonio, ya fuese por divorcio o muerte del marido.
- X.** La época Clásica difería de la Arcaica y hubo cambios profundos en la normativa, porque el divorcio ya no era un hecho extraordinario, comienza a normalizarse su práctica y a generarse un avance en la emancipación y la autonomía patrimonial de las mujeres. Por lo tanto, la causa histórica de la restitución de la dote se encuentra en la proliferación de los divorcios.

- XI.** La dote como uso social desde sus orígenes pretendía asegurar la dignidad y posición de la mujer en la nueva familia, al menos parece ser la hipótesis más verosímil. Pero al no considerarse jurídicamente como propia de la mujer, deriva directamente de la estructura de la familia y del matrimonio primitivo, se entendía que este debía durar durante toda la vida de los cónyuges, siendo los repudios casos muy excepcionales y duramente juzgados.
- XII.** Juristas de la época Clásica coincidían en sus valoraciones y puntos de vistas, al opinar que la dote era propiedad única de la mujer y no del esposo. Sirviendo la misma para cubrir gastos generados por la sociedad conyugal y necesidades propias de la esposa (incluidas las de alimento, vestido, perfumes y adornos, gastos de viaje, de servicio y de la casa), pero debía existir la conservación de los bienes ya que si el vínculo se rompía, debía generarse una devolución a su propietaria original. Los jurisconsultos apoyaban el hecho de que la dote debía retornar a su origen si la causa a la que fue destinada se disolvía, es decir, el matrimonio; por lo tanto, los bienes en calidad de donación regresaban a la administración de la esposa y su padre; y podía ser reclamada por el padre pero sólo bajo la autorización de la esposa. El esposo sería administrador de la misma únicamente durante el desarrollo de la vida conyugal.
- XIII.** Como derecho de la mujer existía una obligación del marido a la restitución, a la que la mujer no podía renunciar salvo en el caso de que la dote se destinase a los hijos. Las normativas regulatorias de la restitución buscaban asegurar a la mujer su patrimonio, porque en el régimen clásico la dote era considerada como un patrimonio de la mujer destinado al matrimonio.
- XIV.** Las Partidas de la Codificación Civil Española definían a la dote como: “el algo que da la mujer al marido por razón de casamiento”. Textos legales posteriores a las Partidas, justificaban que era una donación que los padres realizan a sus hijas con razón de su próximo matrimonio, en compensación a sus derechos sucesorios y colaborar así con el sostenimiento de la nueva familia que se formaría, así como garantizar su subsistencia personal en caso de una posible muerte del marido. En esta normativa civil vale resaltar dos características particulares respecto a la dote: que le pertenece a la esposa y que el marido sería el administrador de la misma durante la vigencia del vínculo matrimonial, entendiéndose como los bienes que la mujer deja en manos de su esposo.

- XV.** Existen clases o especies de dotes y se clasifican según sus diferencias de acuerdo con su procedencia, carácter de su constitución, tiempo de constitución, forma de constitución, clase de bienes, naturaleza jurídica y efectos.
- XVI.** Hubo diferencias resaltantes que distinguían la especie de la dote. Por ejemplo: entregar dinero al marido y entonces este sería el deudor de la restitución de una cantidad específica, gozando de ella como dueño sin pagar intereses, y conservando la mujer sólo un crédito aplazado y garantizado. Otra opción válida era, ceder bienes específicos que por lo general eran inmuebles, y así la esposa seguía siendo propietaria de los mismos, teniendo el marido su posesión y goce. El primer ejemplo se trataría de la dote estimada, mientras que el segundo señalaría la inestimada. La estimada no afecta a bienes concretos al estar representada por un crédito de la mujer frente al marido, la inestimada consiste en una masa de bienes. Siendo así, es notorio que tanto el marido como la mujer cuentan con derechos y obligaciones diferentes en cada clase de dote.
- XVII.** La constitución dotal se puede realizar en cualquier forma, ya sea por carta dotal en escritura pública, por una cláusula del contrato de capitulaciones matrimoniales, por testamento, por documento privado e incluso por convenio verbal.
- XVIII.** Para garantizar y asegurar los bienes dotales dentro de la sociedad conyugal, los mismos o en su defecto, los importes que deriven deben conservarse en dicha sociedad, con el valor con que hubiesen sido apreciados en la estimada o con el precio en que hubiesen sido enajenados los inmuebles de la inestimada.
- XIX.** Se aplicarían supuestos típicos de restitución, pero también otros supuestos en los que no hay cabida para la restitución. Es válida dicha restitución en caso de disolución del matrimonio, inhabilitación del marido para gestionar económicamente la dote por su ausencia o incapacidad, y también cuando haya inhabilitación del marido para gestionar económicamente la dote por solicitud de separación de bienes por parte de la mujer. No es válida la antes mencionada restitución por convenio o por confusión.

5. ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

ADHE: Anuario de Historia del Derecho Español

CC: Código Civil

C.Com: Código de Comercio

C.Th: Codex Theodosianus

CJ/C.: Codex Iustinianus

D.: Digesto

D.R: Derecho Romano

DPR: Derecho Privado Romano/ Diritto Privato Romano

E.D.: Enciclopedia del Diritto

Gai.: Instituciones de Gayo/ Gai Institutiones

Inst./I.: Institutiones Iustinianus

L.H.: Ley Hipotecaria

N.D.I.: Nuovo Digesto Italiano

N.N.D.I.: Novissimo Digesto Italiano

Nov.: Novellae Iustinianus

6. ÍNDICE DE FUENTES.

6.1. Fuentes jurídicas clásicas.

Gai. II, 9, 3

C. Th. 3, 13, 4

6.2. Fuentes jurídicas Justinianeas.

6.2.1. *Intituciones.*

Inst. 2, 8, pr

Inst. 2, 83.

Inst. 4, 6, 37

Inst. 4, 62

Inst. 4, 63

6.2.2. *Digesta.*

D. 17, 2, 65, 16

D. 21, 2, 71

D. 23, 2, 19

D. 23, 3, 1

D. 23, 3, 2

D. 23, 3, 5 pr.

D. 23, 3, 5, 6 – 11

D. 23, 3, 10, 6

D. 23, 3, 43

D. 23, 3, 56, 1

D. 23, 3, 75

D. 23, 4, 5

D. 23, 4, 5, 2

D. 23, 4, 19

D. 23, 5, 18, pr

D. 24, 1, 51

D. 24, 3, 2, 1

D. 24, 3, 3

D. 24, 3, 12

D. 24, 3, 13

D. 24, 3, 18, 1

D. 24, 3, 21

D. 24, 3, 48

D. 37, 6, 4

D. 39, 6, 31, 2

D. 42, 5

D. 49, 1, 6, pr

D. 49, 14

D. 50, 16, 56, 1

6.2.3. *Codex Justinianus.*

C. 4, 29, 21	C. 5, 13, 5
C. 5, 11, 6	C. 5, 13, 6
C. 5, 12, 30, 1	C. 5, 13, 13 a y b
C. 5, 13, 1	C. 8, 17, 12, 4
C. 5, 13, 1, 1c	C. 8, 17, 12, 1
C. 5, 13, 1, 5b	C. 8, 17, 12, 2
C. 5, 13, 1, 15	

6.3. Fuentes medievales.

6.3.1. *Las Partidas.*

4, 11, 1
5, 13, 23
5, 13, 33

6.4. Fuentes modernas.

6.4.1. *Ley Hipotecaria de 1861 (Real Decreto de 8 de Febrero de 1861).*

Artículo 37
Artículo 39
Artículo 40
Artículo 169 apartados 1 y 3
Artículo 172
Artículo 173 apartados 2 y 3
Artículo 180
Artículo 183

6.4.2. *Código de Comercio de 1885 (Real Decreto de 22 de Agosto de 1885).*

Artículo 21

Artículo 27

Artículo 880 apartado 2

Artículo 881 apartado 2

6.4.3. *Código Civil de 1889 (Real Decreto de 24 de Julio de 1889).*

Artículo 622

Artículo 1.352

Artículo 638

Artículo 1.355

Artículo 1.296

Artículo 1.356

Artículo 1.320

Artículo 1.357

Artículo 1.334

Artículo 1.358

Artículo 1.336

Artículo 1.359

Artículo 1.337

Artículo 1.360 apartados 1 y 2

Artículo 1.338

Artículo 1.361 apartado 1

Artículo 1.339

Artículo 1.362

Artículo 1.340

Artículo 1.363

Artículo 1.341

Artículo 1.365

Artículo 1.343

Artículo 1.366

Artículo 1.344

Artículo 1.367

Artículo 1.345

Artículo 1.368

Artículo 1.346

Artículo 1.369

Artículo 1.347

Artículo 1.370

Artículo 1.348

Artículo 1.371

Artículo 1.349 apartado 1

Artículo 1.372 apartado 1

Artículo 1.351

Artículo 1.376

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

7.1. Bibliografía.

ALBERTARIO, E.: “*Subtilitas legum e moderamen naturalis iuris nel diritto dotale romano giustiniano*”, Studi di DI, I, Milano, Ed. Giuffré, 1933.

ANDRÉS SANTOS, F.J.: *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.

ARIAS RAMOS, J./ ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano: Obligaciones, familia, sucesiones*, vol. II, 18ª ed., Madrid, 1986.

ASTOLFI, R.: “*Il matrimonio nel diritto romano classico*”, Padova, 2006.

BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano*, Diritto di familia, vol. I, Milano: A. Guiffré, 1963.

CASTÁN TOBEÑAS, J./ GARCÍA CANTERO, G./ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: “*Derecho civil español, común y foral*”, vol. V – I, Madrid: Reus, 1983.

D’ANCONA, R.: “*Il concetto della dote nel Diritto Romano. Studio storico – giuridico*”, Roma, Ed. L’Erma, 1972

DIEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Editorial Tecnos, 1978.

FALZEA, A.: v. “Dote” en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Milano: A. Guiffré, 1965.

FAYER, C.: “*La famiglia romana. Aspecti giuridici ed antiquari*”, vol. II, Roma, 2005,

FERNANDEZ BARREIRO, A./ PARICIO, J.: *Fundamentos de Derecho Romano Privado*, 4ª ed., Madrid: Paideia Ediciones, 2000.

FERNANDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Privado Romano*, 4ª edición, Madrid: Iustel, 2011.

FRANCIOSI, G.: “*La familia romana. Società e Diritto*”, Torino, 2003.

GARCIA GARRIDO, M.J.: *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil*, vol. I, Barcelona: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces , 1982.

GORIA, F.: “*Azioni reali per la restituzione della dote in età Giustiniana: profili processali e sostanziali*”, *Diritto e proceso nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese in memoria de Giuseppe Provera* (4 -5 Dic. 1991), Napoli, 1994.

GUARINO, A.: “*Diritto Privato Romano*”, vol. II, Napoli, 2001

IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, Barcelona: Ariel, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *La constitución obligatoria de dote*, en la REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA, año LIII (septiembre . octubre), vol. LXXI.

LACRUZ BERDEJO, J.L./ SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil: Derecho de familia*, vol. IV, Librería Bosch, 1984.

LAURIA, M.: “*Matrimonio – dote in Diritto Romano*”, Napoli, 1952.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, vol. IX, Madrid: Reus, 1918.

MIQUEL, J.: *Derecho Privado Romano*, Madrid: Marcial Pons, 1992.

NICOLETTI, A.: v. “*Dos*” en N.N.D.I, vol. VI, Torino, 1960.

PANERO GUTIERREZ, R.: *Derecho Romano*, 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

SACHI, A.: v. “*Dote*”, en D.I., vol. IX, Torino, 1927.

SOLAZZI, S.: *La restituzione della dote del Diritto Romano*, Città di Castello: Tipografia dello stabilimento S. Lapi, 1899.

TALAMANCA, M.: “*Instituzioni di Diritto Romano*”, Milano, 1990.

7.2. Webgrafia.

<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/accion-pauliana/accion-pauliana.htm>

Decreto de 8 de Febrero de 1946 por el que se aprueba la Ley Hipotecaria:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453&b=15&tn=1&p=19460227#a8>

Real Decreto de 24 de Julio por el que se publica el Código Civil:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=4&tn=1&p=18890725#tpreliminar>

Real Decreto de 22 de Agosto por el que se publica el Código de Comercio:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>

CALONGE, A.: *Aestimatio dotis*, AHDE 35 (1965).

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2050371>

COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.J.: *La dote en el panorama de la Codificación Civil española*, en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año nº 75 (1999), nº 652. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=34464>

GUTIÉRREZ-MASSON, L., *La dote en el Derecho Romano*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 81, 1988.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=787063>

PEREZ ALVAREZ, M.P.: *El sistema de garantías para la restitución de la dote del Derecho Justiniano a la codificación civil española*, en la REVISTA GENERAL DE DERECHO ROMANO, n°8, 2007. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2313509>

SALOMÓN SANCHO, L.: “*Las retenciones en la actio rei uxoriae*”, en la Revista General de Derecho Romano, n°10, 2008:

https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=406636&d=1