

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitlin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mía Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Lucía Bernad Segarra, “**La restitución dotal en Derecho justinianeo**” *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 146-173 (available at <http://www.glossae.eu>)

La restitución dotal en Derecho justiniano

The dowry restitution in the justinian law

Lucía Bernad Segarra
Universidad de Valencia

Resumen

El presente estudio analiza la reforma llevada a cabo por Justiniano sobre el régimen de restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio. Reforma que se construye a partir de la regulación anterior, tomando de ella lo que se cree conveniente mantener mientras se deja fuera lo que se entiende que ya no es útil, siendo la idea rectora la de beneficiar y proteger los intereses de la mujer.

Abstract

This study analyzes the reform carried out by Justinian about the restitution of the dowry in case of dissolution of the marriage. This reform was constructed from the previous regulation, taking of what is considered suitable to maintain, while it is left out what it is already not useful, being the governing idea to protect the interest of the woman.

Palabras clave

Matrimonio – Dote – Justiniano

Keywords

Marriage – Dowry – Justinian

Sumario: Exordio. 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Reforma justiniana. 3.1. La nueva acción dotal. 3.2. La hipoteca dotal. 4. Conclusiones. Apéndice bibliográfico

Exordio

Sirva este trabajo de investigación como modesto homenaje a mi estimado compañero Enrique Gómez Royo, catedrático de Derecho Romano de la universidad de Valencia. Con Enrique he convivido y crecido como persona, docente e investigadora los últimos veinticinco años de mi vida personal y profesional pues, gracias a compañeros como él, me resulta difícil separar una de otra. De él admiro, entre otras cosas, su capacidad de mantener la pasión por la investigación y la docencia que le han acompañado a lo largo de toda su carrera profesional. En el ámbito de la investigación, en el que ha volcado sus amplios conocimientos y su abnegación en el trabajo, y en el de la docencia, por su constante preocupación por mejorar y adaptarse a todo tipo de cambios, pues unos cuantos ha vivido después de tan larga experiencia. Pero, por encima de todo lo demás, para mí lo más importante de la figura de Enrique es su enorme valor como persona, su sentida preocupación por sus compañeros y amigos, que también trasciende a su labor en las aulas, ya que ha sido capaz de establecer un vínculo, basado en la comunicación y en la empatía, con los alumnos que año a año han ido pasando por sus clases y que perdura en el tiempo; yo misma soy testigo de las visitas que recibe de antiguos alumnos, a los que anima, conforta o ayuda simplemente con escucharlos. Es por todo ello que para mí Enrique representa todo aquello que un Profesor de Universidad debería ser, un referente, un guía, un fiel compañero.

1. Introducción

En el presente trabajo se pone de manifiesto cómo la legislación de Justiniano es especialmente relevante en el ámbito de las modificaciones e innovaciones que

introduce con una clara vocación de proteger los intereses de las mujeres. En la mayoría de los supuestos, Justiniano recoge y desarrolla innovaciones que proceden de épocas anteriores y que él regula y sanciona legalmente¹. Éste sería el caso de la cuestión que nos ocupa en el presente artículo, puesto que, como veremos, ya los juristas de la época clásica sienten la necesidad de procurar a la mujer instrumentos que le garanticen la restitución de los bienes dotales en caso de disolución del matrimonio. Todo ello sin perder de vista la especialidad de una institución tan peculiar como es la dote, derivada del hecho de tratarse de bienes que se entregan al marido, ya por la propia mujer, ya por su padre o por una tercera persona, y que, cuando el matrimonio se disuelve, han de volver a ella. El problema con el que puede enfrentarse es que, por diferentes circunstancias, la gestión de dichos bienes por parte del marido no haya sido la más acertada y la mujer se encuentre con dificultades para recuperar lo que es suyo. En este caso nos vamos a ocupar del análisis de algunas cuestiones relacionadas con esta nueva regulación que establece Justiniano en una constitución promulgada en el año 530. Estas cuestiones que nos van a ocupar son, por una parte, la creación de una nueva acción a favor de la mujer para reclamar los bienes dotales y, por otra, la constitución de una hipoteca legal y tácita sobre los bienes del marido y a favor de la mujer para que ésta pueda recuperar dichos bienes. Veremos cómo esta nueva acción se crea a partir de la fusión de las anteriores *actio ex stipulatu* y *actio rei uxoriae*, aunque se le da el nombre de la primera; fusión que se hace, tal y como señala el propio emperador, tomando de una y de otra aquello que más convenga en cada caso. Justiniano explica en su constitución lo que toma y deja de una y de otra y las razones que le llevan a ello y que veremos cómo casi siempre tienen una clara finalidad práctica. Por otra parte, veremos cómo la creación de la hipoteca dotal supondrá un cambio cualitativo en la protección de los intereses de la mujer, puesto que ésta ya no depende sólo del ejercicio de una acción por su parte, sino que ahora cuenta con un derecho real sobre los bienes del marido. Se trata de una hipoteca que cuenta además con la especialidad de ser tácita y privilegiada. Lo primero supone que nace de forma automática, sin necesidad de acuerdo para su constitución, por lo que este derecho a favor de la mujer en ningún caso va a depender de la voluntad del marido, y lo segundo proporciona una especial ventaja a favor de la mujer para el caso de que al ejecutar la hipoteca se encuentre con la existencia de otros acreedores hipotecarios, puesto que la hipoteca dotal será la que se ejecute en primer lugar, escapando a la aplicación del principio de prioridad temporal.

2. Antecedentes

Sabemos que el concepto y regulación de la dote varía a lo largo del tiempo, a la vez que va cambiando la propia concepción de la familia romana. La dote, originariamente, se entiende como un conjunto de bienes que son considerados como de propiedad del marido pero, con el tiempo, se consideran como bienes que se aportan no al patrimonio del mismo, sino al de la familia, siendo su finalidad soportar las cargas de la misma².

¹ Sobre estas innovaciones en diferentes ámbitos jurídicos pueden verse, con carácter general, diferentes trabajos que se ocupan del tema en: Botta, F. (edit.) *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione. Atti del Convegno Cagliari*, Torino, 2003

² D. 23, 3, 56, 1 (*Paul. 6 ad Plaut.*): *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*. Arnó, C., en “Il nuovo regime dotale serviano”, *Studi in onore di Bonfante I*, Milano, 1930, p. 81 y ss., sitúa dicho cambio en el s. I a. C.

Dichos bienes se entregan³ al marido porque él es quien ha de velar por el sostenimiento de dichas cargas, si bien es complicado entender cuál es la relación de éste con dichos bienes, puesto que, constante el matrimonio, el marido actúa como un propietario⁴, con la obligación de devolver dichos bienes cuando se disuelva el matrimonio, lo cual implica, a su vez, la necesidad de crear mecanismos que aseguren la restitución de estos bienes a la mujer cuando se disuelva el matrimonio. Si bien es cierto que la posición jurídica del marido respecto de los bienes dotales irá evolucionando en el sentido de que se irán articulando medidas que, en la práctica, limitan su capacidad con relación a estos bienes, por lo que el marido acaba teniendo una titularidad no plena sobre dichos bienes. Algunas de estas medidas son, entre otras, la posibilidad de exigir responsabilidad al marido por una mala administración de los bienes dotales⁵, la prohibición de que el marido pueda enajenar el fundo dotal sin contar con el consentimiento de la mujer⁶ y la idea de que la restitución de la dote es un derecho de la mujer y no un acto que dependa de la sola voluntad del marido, tal y como ocurría en una primera época. Todo ello determinará que se procuren los instrumentos procesales necesarios que permitan a la mujer articular dicha reclamación; dichos instrumentos serán: en primer lugar, una *actio ex stipulatu*, que derivaría de una estipulación que prestaría previamente el marido, y en segundo lugar una *actio rei uxoriae*, que no necesitaría de la prestación de una estipulación previa del marido obligándose a la restitución.

Ya en época clásica nos encontramos con un concepto más perfilado de la dote, entendida ahora como un conjunto de bienes de propiedad de la mujer, por lo que se da un paso más y se reconoce la existencia de un *privilegium exigendi dotis* a favor de la mujer tal y como aparece en un texto de Paulo y uno de Ulpiano que pasamos a analizar.

D. 42, 5, 18 (Paul. Lib. 60 ad edictum)

Interest enim rei publicae, et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit,

En este texto se califica el hecho de que la mujer pueda recuperar la dote como una cuestión de interés público, pues ello determinará de manera favorable que la mujer pueda casarse, circunstancia ésta fundamental para el devenir de la mujer romana. Sobre este texto plantea Solazzi⁷ algunas dudas sobre la autoría del mismo por parte de Paulo tal y como aparece en la obra justiniana. En su opinión, dicho fragmento sería una

³ Según quién entrega dichos bienes la dote recibe el nombre de profecticia, si la entrega el padre o un ascendente de la mujer, o adventicia si los bienes los entrega otra persona distinta, tal y como se explica en C. 23, 3, 5 pr (*Ulp. lib. 31 ad Sabinum*): *Profecticia dos est, quae a patre vel Parente profecta est de bonis vel facto eius*; y en pár. 9: *Si quis certam quantitatem patri donaverit ita, ut hanc pro filia daret, non esse dotem profecticiam Iulianus libro septimo decimo Digestorum scripsit; ... Esse igitur dotem istam adventiciam, Iulianus ait, et ita utimur.*

⁴ D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, Firenze, 1889, ed. anast., Roma, 1972, p. 20; Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der Actio Rei Uxoriae*, Köln, 1969, pp. 35 y 36, resume las facultades que ostenta el marido sobre los bienes dotales: está autorizado para su enajenación, a él le corresponde la administración de los mismos y puede decidir lo que estime conveniente respecto a la explotación de dichos bienes.

⁵ Como puede verse en: D. 23, 3, 17 (Paul. Lib. 7 ad Sabinum): *in rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.*

⁶ Prohibición establecida por la *lex Iulia de adulteriis coercendis* tal y como se nos dice en *Pauli sententiae* 2, 21b, 2: *Lege Iulia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet.*

⁷ *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III, Napoli, 1940, p. 168.

glosa al libro 60 *ad edictum* de Paulo, que los compiladores unieron con un texto alterado de Ulpiano:

D.42, 5, 17, 1 (Ulp. Lib. 63 ad ed.)

Si sponsa dedit dotem, et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est. Idem puto dicendum, etiamsi minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit;

En este caso el texto se refiere a un supuesto en el que la mujer reclama la restitución de la dote por haber renunciado a contraer nupcias. Puesto que el matrimonio no ha llegado a celebrarse, la reclamación no puede articularse a través de la *actio rei uxoriae*, por lo que se hace a través de la *condictio*. Ello contrasta con el hecho de que se señale que, a pesar de no haber matrimonio, se admite el privilegio a la mujer. Solazzi señala la contradicción que subyace en el texto, puesto que si la mujer no puede utilizar la *actio rei uxoriae* porque el matrimonio no ha llegado a existir, por la misma razón no es lógico que se le conceda el citado privilegio dotal. A pesar de esta contradicción, aún existe otro texto, también de Ulpiano, que parece confirmar la existencia de dicho privilegio a favor de la mujer:

D. 42, 5, 19 (Ulp. 63 ade ed.)

Dabimusque ex his causis ipsi mulieri privilegium.

Los compiladores sitúan este fragmento como la continuación del texto en el que se habla de la mujer que, tras no contraer nupcias, reclama la restitución de la dote y además se le concede el privilegio. Solazzi⁸ entiende que, en realidad, el tenor originario de estos fragmentos sería el de señalar que, en el caso de la no celebración del matrimonio no se puede admitir el privilegio a favor de dicha mujer, así como tampoco puede utilizarse por ésta la *actio rei uxoriae*, sino la *condictio* para la reclamación de la restitución de la dote. En su opinión, los compiladores, cambiaron la respuesta de Ulpiano que, en origen, sería contraria a la concesión del privilegio en este supuesto, para adaptarla al tenor positivo de los dos fragmentos anteriores.

Es en una constitución del emperador Caracalla donde encontramos el más claro antecedente del privilegio justiniano, puesto que recoge la obligación de restitución de la dote:

C.7.73.2 Imp. Antoninus A. Valerianae (a. 213)

Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praevenit. Quodsi post bonorum eius obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci.

A través de esta constitución el emperador Caracalla se pronuncia sobre dos aspectos relevantes: la restitución de la dote y el conflicto que surge cuando coincide el derecho de la mujer a la restitución y el *privilegium fisci*⁹. El emperador afirma que el

⁸ Solazzi, *Il concorso*, p. 168, n. 3.

⁹ Sobre esta cuestión puede verse, entre otros: Cerami, “Contrahere cum Fisco”, *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 34 (1989); Wagner, *Die Entwicklung der Legalthypotheken am Schuldnervermögen im römischen recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Böhlau, Verlag, Köln, Wien, 1974; Wieling, “Privilegium fisci. Praedatura und Protopraxie”, *Zeitschrift Savigny Stiftung für Rechts geschichte Romanistische Abteilung*, 1989.

marido, puesto que ha sido condenado a ello, tiene la obligación de restituir la dote a la mujer y en cuanto al conflicto con el derecho del Fisco sobre los bienes del marido, le da solución aplicando el tradicional principio de prioridad temporal. Concluye diciendo que si el marido contrató con el Fisco antes de que tuviera la obligación de restituir la dote, lógicamente el derecho de este último sería preferente, y si lo hizo después, el derecho preferente es el de la mujer.

3. Reforma Justiniana

En cuanto a la reclamación de la dote en caso de disolución del matrimonio, Justiniano se encuentra con una regulación basada en la coexistencia de dos acciones dirigidas a tutelar la restitución de la dote a favor de la mujer, como son la *actio ex stipulatu* y la *actio rei uxoriae* cuyo régimen va a modificar siguiendo su idea de intentar proteger los intereses de la mujer y para ello promulga, en el año 530, una constitución bajo el título “De la acción de bienes de la mujer, refundida en la acción de lo estipulado y de la naturaleza atribuida a las dotes”, y así lo expresa el propio emperador ya en el inicio de dicha constitución:

C. 5, 13,1

Rem in praesenti non minimam aggredimur, sed in omni paene corpore iuris effusam, tam super rei uxoriae actione quam ex stipulatu, earum comuniones et differentias resecentes, et in unum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriae ius quo dignum esse valere censemus, concludentes.

El emperador deja claro cuál es la línea rectora de su reforma a nivel procesal, la de fusionar ambas acciones, *actio ex stipulatu* y *actio rei uxoriae*, para establecer una nueva acción creada a partir de la estructura de la acción estipulatoria e incorporando todo aquello relativo a la *actio rei uxoriae* que se considere debe permanecer¹⁰ y sigue detallando algunos de los caracteres que tendrá dicha acción.

A lo largo de la constitución vamos viendo cómo Justiniano toma aquellos caracteres que le interesan de cada acción para crear la nueva, partiendo de la estructura de la acción estipulatoria y conservando el nombre de ésta, lo cual resulta curioso, por cuanto esta nueva acción no requiere de una estipulación previa¹¹.

Cronológicamente habría aparecido primero la *actio ex stipulatu* que derivaría de la estipulación que acompañaría a la constitución de la dote, y en la que el marido se comprometía a la restitución en caso de disolución del matrimonio por divorcio. D’Ancona¹² ve la aparición de estas estipulaciones como una manifestación de la pérdida de confianza en el marido llegado el momento en que éste ha de restituir la dote. En principio no necesitaba sanción, puesto que era uno de los *officia*¹³ que asumía el

¹⁰ Vuelve a insistir en ello más adelante en la misma constitución, C. 5, 13, 2: ... *Et omnes quidem eventos, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sui natura exercens; si quid autem optimum ex rei uxoriae actione invenimus, hoc in praesenti specialiter ei addimus, ut sit et nova ista ex stipulatu, quam composuimus, et non propria tantum, sed etiam veteris actionis pulcritudine decorata.*

¹¹ Cremades I., Paricio, J., *Dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelona, 1983, p.56 n. 43, califican tal nombre como “desfortunadísimo” y una muestra, entre otras, de la falta de tecnicismo del nuevo planteamiento justiniano sobre la acción dotal.

¹² D’Ancona, *Il concetto della*, p. 83.

¹³ Cremades, I., *El officium en el derecho privado romano: notas para su estudio*, León, 1988.

marido, pero, probablemente ya a mediados del s. III a. C., los cambios en la situación patrimonial de la mujer y de la propia concepción de la dote como bienes que acompañan a la mujer y cuyo destino ya no es únicamente ayudar al sostenimiento de las cargas del matrimonio, sino también asegurar un patrimonio para la mujer en el caso de que se disuelva el matrimonio, propiciarán la aparición de una regulación jurídica de la cuestión. A tal efecto se crearían, por vía jurisprudencial, dos mecanismos para regular la restitución de los bienes dotales, un procedimiento negocial privado (estipulaciones o *cautiones rei uxoriae*)¹⁴ y un procedimiento judicial (*actio rei uxoriae*)¹⁵.

El marido se obligaba, por medio de una estipulación, a la devolución de los bienes dotales en caso de disolución del matrimonio, por ello, en el caso de que el marido no hiciera dicha devolución de forma voluntaria, se le podía exigir con la correspondiente *actio ex stipulatu*, que es una acción de derecho estricto, por lo que la obligación del marido, en este caso, se referiría estrictamente a lo acordado en la estipulación. Por otra parte, supondría que quien puede utilizar la acción es aquel que constituyó la dote, y en el caso de que no hubiese sido la mujer ésta habrá de confiar en que le sean transmitidos los bienes por el que los reclamó. Todo ello unido a la limitación que suponía la necesidad de la estipulación previa, supuso que, sobre todo, por vía de la interpretación jurisprudencial, se creara una acción de buena fe que, en todo caso, la mujer podía utilizar para exigir la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio, la ya citada *actio rei uxoriae*¹⁶, acción real y con un régimen procesal que permite al juez un amplio margen de maniobra para proceder al cálculo del importe de la condena¹⁷, con todo lo que ello supone de ventaja frente al régimen de derecho estricto de la anterior acción y que aparece como la sanción legal de la obligación ya existente del marido de restituir la dote en caso de disolución del

¹⁴ Es comúnmente admitido que dichas *cautiones* representarían un primer instrumento para favorecer y proteger los derechos de la mujer sobre los bienes dotales; ver la bibliografía citada en tal sentido por Tofanini, R., “La tutela della *dos* e le *retentiones*. Appunti per una ricerca”, *Collana Working Papers* 13 (1993), p. 1, n. 2.

¹⁵ Andrés Santos, F. J., “Efectos patrimoniales de las crisis matrimoniales en la experiencia histórica: el caso romano”, *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, 2009, p. 210.

¹⁶ Tofanini, “La tutela della *dos* e le *retentiones*. Appunti per una ricerca”, p. 3, señala cómo parte de la doctrina ve en los caracteres de la *actio rei uxoriae* los propios de una acción que, en origen, estaría estructurada como una *actio in factum*, que después evoluciona a una acción de naturaleza *in ius*, siendo objeto de discusión si se trataba de una acción perteneciente al grupo de los *iudicia bonae fidei* o al de las *actiones in bonum et aequum conceptae*. El mismo autor hace referencia a alguna opinión contraria a admitir dicha teoría, como es el caso de Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, reimpr. 1980, quien en p. 691 propone una tesis alternativa según la cual dicha acción habría sido introducida por la jurisprudencia a partir de las *cautiones* o a partir del *iudicium domesticum* o de *moribus* o incluso propone que haya sido creada por una ley. Sobre las teorías en cuanto al momento de la aparición de dicha acción y las diferentes reconstrucciones de su fórmula procesal ver, Andrés Santos, “Efectos patrimoniales de las crisis matrimoniales”, p.214 n. 100 y n. 104, Paricio, J., “Sobre la fórmula de la *actio rei uxoriae*. *Status familiae*”, *Festschrift für Andreas Wacke zum 65 Geburtstag*, München, 2001; Varvaro, M., *Studi sulla restituzione della dote I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006.

¹⁷ Andrés Santos, “Efectos patrimoniales”, p. 215, señala que ello era consecuencia de la inclusión en la fórmula de la acción de la cláusula *quod eius aequius melius erit*: “Con todo, debido a la presencia en la fórmula de la cláusula *quod eius aequius melius erit*, como hemos dicho, el juez tenía libertad para valorar exactamente lo que entendía justo y equitativo que el marido demandado entregara a la parte demandante. Era la presencia de esta cláusula lo que dotaba a esta acción de una flexibilidad de la que carecía la *actio ex stipulatu* y la hacía mucho más adecuada para hacer frente a las consecuencias económicas reales derivadas de la disolución del matrimonio”.

matrimonio¹⁸. Aunque también es cierto que dicha libertad por parte del juez estaba en parte dirigida también a procurar que la restitución de la dote no fuera demasiado gravosa para el marido, por una parte por los diferentes pactos a que pudiera estar sometida dicha restitución y por otra a una serie de figuras que se van introduciendo por vía jurisprudencial, como son el *edictum de alterutro*, las *retentiones* y el *beneficium competentiae* a favor del marido, de las que también se ocupará Justiniano en su nueva regulación.

La *actio rei uxoriae* supone un privilegio a favor de la mujer y sobre los bienes dotales, de manera que será titular de un crédito privilegiado frente al resto de acreedores que pudiera tener el marido¹⁹. Con esta acción la mujer puede reclamar los bienes dotales de aquel que los retenga, aunque sea persona distinta a su marido.

La nueva regulación justiniana está basada en dos elementos, la nueva acción dotal y la hipoteca dotal y que pasamos a analizar a continuación:

3.1. La nueva acción dotal justiniana

Ambas acciones, *actio ex stipulatu* y *actio rei uxoriae*, van a coexistir hasta la ya citada reforma de Justiniano, en la que se establece la abolición de la antigua *actio rei uxoriae*²⁰ y la promulgación de una nueva *actio ex stipulatu* como la única acción a través de la cual se puede exigir la restitución de la dote y todo aquello que tenga que ver con los bienes dotales²¹. Esta no es la misma acción que ya existía antes de la reforma, puesto que se trata de una acción de carácter general resultado de la fusión de las dos acciones, la llamada *actio de dote*²².

En realidad Justiniano lo que hace es recoger la idea que ya subyacía en los juristas clásicos sobre la protección de los bienes dotales en favor de la mujer, para darle una sanción jurídica de una manera general y definitiva²³, sustituyendo un sistema de

¹⁸ D'Ancona, *Il concetto della*, p. 87.

¹⁹ Incluso cuando, después de dar la dote, se renuncia a las nupcias, tal y como puede verse en D. 42, 5, 18 (*Paul. Lib. 60 ad ed.*): *Interest enim reipublicae, et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit* y también en D. 42, 5, 17, 1 (*Ulp. Lib. 63 ad ed.*) *Si sponsa dedit dotem, et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est. Idem putandum, etiamsi minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit.*

²⁰ Con carácter general puede verse, entre otros: Tripiccione, L., *l'actio rei uxoriae e l'actio stipulatu nella restituzione della dote secondo il diritto di Giustiniano*, Bitelli, 1920; Maglio, G., *L'actio rei uxoriae e il problema della restituzione della dote*, Perugia, 1972; Gorla, F., "Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali", *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario Torinese in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, pp. 203-303.

²¹ C. 5, 13, pr: *Rei uxoriae itaque actione sublata sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsequata.*

²² Söllner, *Zur Vorgeschichte*, p. 7; Stagl, J. F., *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien, Köln, Weimar, 2009, p. 17: "In den Digesten ist freilich im Hinblick auf die erstgenannte Klage durchgängig von der *action de dote* und nicht von *action rei uxoriae* die Rede. Man führt dies gemeinhin darauf zurück, dass Justinian die *actio rei uxoriae* und die *actio ex stipulatu* miteinander verschmolzen und diesem Produkt den Namen *actio de dote* sepricht.

²³ D'Ancona, *Il concetto della*, p. 2; García Garrido, M. J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, pp. 74 ss.

privilegio protegido por acciones personales y que se refiere al cobro, por un sistema basado en la concesión a la mujer de un derecho real protegido por la consiguiente acción real, junto con la nueva *actio ex stipulatu* resultante de la fusión de las antiguas *actio ex stipulatu*, de la que toma el nombre, y la *actio rei uxoriae*.

Vamos a proceder a examinar algunos de estos caracteres de esta nueva acción y a poner de manifiesto cómo lo que mueve a este cambio de naturaleza en dicha acción obedece a la intención de beneficiar los intereses de la mujer, en este caso, en relación con su derecho a obtener la restitución de la dote cuando procede.

Con esta nueva acción no es necesaria la estipulación previa, configurándose como tácita²⁴, como también lo será la hipoteca dotal; y todo ello sin perjuicio de que conste en documento escrito o no, puesto que se entiende que está en la naturaleza de la dote. Así lo dispone de forma expresa Justiniano:

C. 5,13,1,1: *Si enim et stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelliguntur, et inutiles stipulationes emendantur, sic in posterum causa inveniatur valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis. Et nemo putet nos haec sancire in his tantummodo dotibus, quae instrumentis receptae sunt; nihil enim prohibet, etsi sine scriptis dos vel detur vel promittatur vel suscipiatur, simili modo intelligi factam stipulationem et hypothecam ex utraque parte, quasi fuerit scripta.*

Sin este carácter tácito la nueva acción adolecería de una de las limitaciones más importantes propia de la antigua acción estipulatoria, y ésta no es otra que la necesidad de que el marido se obligue a la restitución de la dote con la preceptiva estipulación.

La nueva acción será una acción de buena fe, carácter éste que toma de la antigua *actio rei uxoriae*²⁵:

²⁴ Stagl, *Favor dotis*, p. 156.

²⁵ La doctrina discute sobre si realmente ésta era una acción de buena fe, así, por ejemplo, Biondi, B., *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ed., Milano, 1965, p. 178 y ss. le negaba tal carácter dudando de la autenticidad de su inclusión en Gai 4, 62, texto en el que se contiene un listado de los juicios de buena fe, incluyendo en último lugar el de la reclamación de la dote: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendictio, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*. Por el contrario, Grosso, “Ricerche intorno all’elenco classico dei *bonae fidei iudicia*”, *Rivista italiana per la scienza giuridica* 3,1 (1928), p. 39, afirma que la *actio rei uxoriae* era, sin duda una acción de buena fe, siendo ésta la teoría que asume mayoritariamente la doctrina. Lo cierto es que, en la práctica, lo fuera o no, las consecuencias eran idénticas gracias a la introducción en su fórmula de la expresión *quod eius aequius melius erit*, que permitía al juez tener en cuenta cualquier circunstancia que fuera relevante a la hora de valorar el importe de lo que el marido ha de devolver a la mujer. En este sentido ver: Paricio, “Sobre la fórmula de la *actio rei uxoriae. Status familiae*”, pp. 365 y ss. y en *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002, pp. 545 a 556, donde, en p. 550, señala que tal circunstancia es algo constante en las fuentes no solo de la época del principado, pues ya aparece en textos de Cicerón, por ejemplo, en *Cic. Top. 17.66*, donde se establece una equiparación entre los juicios en los que aparecen los términos *ex fide bona, ut inter bonos bene agier* (en el *iudicium fiduciae*) y *quod melius aequius* en el *iudicium rei uxoriae*). El mismo autor, en pp. 55 y 56, sostiene la imposibilidad de hacer una reconstrucción segura de la fórmula procesal de la acción, pero a la vez establece tres premisas que sí se pueden tomar como seguras: que la fórmula era personal e *in ius*, que era una acción de buena fe o equiparable a las de buena fe y que eran los términos *melius aequius*, presentes en su fórmula, “los que cumplían una función similar a la que la cláusula *ex fide bona* desempeñaba en las demás acciones de buena fe”. Andrés Santos, “*Efectos patrimoniales de las crisis matrimoniales en la experiencia histórica: el caso romano*”, p. 214, afirma el carácter *in ius concepta* de esta acción, aunque en la doctrina se discute sobre su pertenencia o no al grupo de las acciones de buena fe.

C. 5, 13, 1,2:

Sed etsi non ignoramus, ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam, et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accommodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium.

Justiniano reconoce el carácter *stricti iuris* de la *actio ex stipulatu* sobre la cual está construyendo esta nueva acción, a la que, sin embargo, construye como un *bonae fidei iudicium*²⁶, con todas las ventajas que procesalmente ello supone y que se manifiestan en el amplio margen de maniobra que tiene el juez para valorar el importe de la condena²⁷.

Justiniano también se ocupa en nuestra constitución del régimen de las retenciones a que tiene derecho el marido sobre los bienes dotales a la hora de su restitución por disolución del matrimonio por divorcio. Dicho régimen se entiende como un complemento al de la *actio rei uxoriae*²⁸, puesto que en él una de las circunstancias que el juez tenía en cuenta a la hora de valorar el importe de lo que el marido ha de devolver a la mujer, era si concurría alguna de las circunstancias que dan derecho a que el marido pueda retener parte del patrimonio dotal, como son las *retentiones propter liberos, propter mores, propter impensas, propter res donatas y propter res amotas*²⁹. Ello suponía, en la práctica, un beneficio para los intereses del marido respecto a la *actio ex stipulatu*, cuyo carácter de derecho estricto impedía tener en cuenta ni éstas ni otras circunstancias, pues el juez sólo podía condenar al marido a devolver el importe exacto de los bienes dotales. Justiniano acaba con el régimen de las *retentiones* de forma clara:

C. 5, 13, 5

Taceat in ea retentionum verbositas...

Esta abolición supone un cambio fundamental con respecto al régimen anterior en el que éstas forman parte de la *actio rei uxoriae*, cumpliendo la función que las acciones contrarias habitualmente cumplían en las acciones de buena fe. En la misma

²⁶ Se vuelve a insistir en que toma dicho carácter de la antigua *actio rei uxoriae* en I. 4, 6: *Fuera tanteea et rei uxoriae actio una ex fidei iudiciis. Sed quum, pleniorum esse ex stipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito, rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; praeferrere autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, quum ipsa mulier de dote sua experietur, cuius solius providentia hoc induximus.* Dicha insistencia no puede entenderse más que como una consecuencia de la certeza de que la *actio rei uxoriae* era una acción de buena fe, pues si tal cosa no fuera cierta no se entiende la necesidad, por parte de Justiniano, de hacer referencia a la naturaleza de dicha acción para señalar que la nueva acción es una acción de buena fe, simplemente bastaba con fijar dicho carácter para esta nueva acción sin más.

²⁷ Söllner, *Zur Vorgeschichte*, p. 154.

²⁸ Paricio, *Sobre la fórmula de la actio rei uxoriae*, p. 552, señala que estas *retentiones* vendrían a suplir la falta de un rasgo propio de las acciones de buena fe como es la existencia de una acción contraria a favor del marido. Cremades, Paricio, *Dos et virtus*, en p. 52 afirman que la introducción de las retenciones en el régimen de la *actio rei uxoriae* es consecuencia de la actividad práctica de la jurisprudencia.

²⁹ Salomón Sancho, L. “Las *retentiones* en la *actio rei uxoriae*”, *Revista General de Derecho Romano* 10, 2008, p. 18, hace referencia a la opinión común en la doctrina a propósito del carácter moral que subyace en las retenciones a favor del marido por razón de los hijos y *propter mores*, a los que ella también añade la *retentio propter res amotas*, considerándose el resto de retenciones como retenciones de carácter económico.

constitución se explica cuáles son las razones que justifican la abolición en cada uno de los supuestos³⁰.

Respecto a la retención por causa de las costumbres:

Quid enim opus est inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex constitutionibus introducto? Vel ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, quum sit donatori facultas, per actionem in rem directam vel per utilem vel per conditionem suo iuri mederi?

Este derecho de retención de bienes por parte del marido se daba cuando la disolución del matrimonio se producía por un divorcio cuya causa era el comportamiento de la mujer contrario a las “buenas costumbres”³¹ y, por tanto, inmoral y merecedor de sanción, por lo que el marido podía retener un sexto del patrimonio dotal en caso de adulterio y un octavo del mismo en los demás casos³²; siendo el primero considerado como un comportamiento inmoral grave, diferenciado de todas las demás conductas inmorales que tienen la consideración de leves, de ahí que comporten un derecho de retención de menor importe³³. Justiniano suprime esta retención, pero subsiste el medio procesal alternativo, la *actio de moribus*, hasta su posterior derogación³⁴.

Con relación a la retención por razón de los bienes donados, continúa la constitución de la siguiente manera:

Vel ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, quum sit donatori facultas, per actionem in rem directam vel per utilem vel per conditionem suo iuri mederi?

³⁰ Bonfante, P., *Corso di Diritto Romano, vol. I Diritto di Famiglia*, Milano, 1972 (reimpr. 1ª ed.), p. 469, distingue entre *retentiones* de carácter estrictamente pecuniario y aquellas que tienen un fundamento ético o moral; Fayer, C. *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, Roma, 2005, p. 713, señala que dicha distinción determina que, mientras las primeras correspondían sólo al marido, las segundas podían pasar a los herederos del marido. Salomón Sancho, en “Las *retentiones* en la *actio rei uxoriae*”, p. 21, señala que, en realidad, en derecho justinianeo quedan abolidas las retenciones que tienen carácter ético o moral, como son las *propter liberos* y *propter mores*, tal y como señala la mayoría de la doctrina, y a las que la autora añade la *propter res amotas*, mientras que las de naturaleza puramente económica, que son las otras tres, podían ser reclamadas mediante una compensación o utilizando la acción correspondiente en cada caso.

³¹ Paricio, “Sobre la fórmula de la *actio rei uxoriae*”, p. 552, n. 24, señala el antiguo *iudicium de moribus* como la inspiración de esta *retentio*; Cremades, Paricio, *Dos et virtus*, p. 42 y ss, sitúan el origen del *iudicium de moribus* en un tiempo anterior a la época augustea pero sin remontarse a la Ley de las XII Tablas, proponiendo la hipótesis de que fuera la escasamente conocida *Lex Maenia*, de principios de siglo II a. C., la que estableciera dicho *iudicium*. Señala Andrés Santos, “Efectos patrimoniales de las crisis matrimoniales en la experiencia histórica: el caso romano”, p. 219 la diferencia de este sistema de la *retentio propter mores* con el llamado *iudicium de moribus*, puesto que el primero supone una retención de parte de los bienes dotales a favor del marido, mientras que en el segundo se condenaba a la mujer a pagar al marido una cantidad de dinero en concepto de multa.

³² Con la excepción del caso en el que el marido hubiese facilitado dicho comportamiento por parte de su mujer, pues en este supuesto se prohíbe dicha retención, tal y como puede verse en D. 24, 3, 47 (*Scaev. Lib. 19 quaest.*): *Quum mulier viri lenocinio adulterate fuerit, nihil ex dote retinetur; cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit? Si tamen ex mente legis sumet quis, ut nec accusare possit, qui lenocinium uxori praeberit, audiendus est.*

³³ *Epitome Ulpiani* 6, 12: *Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui.*

³⁴ Derogación que contiene C. 5, 17, 11, 2 *in fine*: *Iudicio de moribus, quod ante quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur, penitus abolito. omnibus etenim causis requisitis et perlectis, quas antiquitas introducebat, nihil validum praeter eas, quas anteriores constitutiones et praesens dispositio introduxit, invenimus.* Ver sobre dicha constitución: Buckland, W. W., *A Text-Book, of Roman Law. From Augustus to Justinian*, Cambridge, 1963 (1ª ed. 1921), p. 109.

En este caso, se hace referencia al derecho de retención que el marido tiene sobre los bienes dotales como compensación por las donaciones que hubiese hecho a favor de su mujer, constante el matrimonio³⁵. Tales donaciones son nulas, puesto que en derecho romano, desde antiguo, las donaciones entre cónyuges están prohibidas³⁶ y, en consecuencia, el marido puede reclamar los bienes donados a su mujer con la acción reivindicatoria³⁷, la *condictio*, o una acción útil, según corresponda, por lo que, existiendo ya estos medios, entiende Justiniano carece de justificación el mantenimiento de la retención.

También se acaba con la retención de los bienes amovidos:

Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, quum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium.

Este derecho de retención se refiere a aquellos bienes que la mujer, seguramente en previsión de un posible divorcio, ha ido sustrayendo del patrimonio del marido, y que tiene como consecuencia legítima a éste para retener parte de los bienes dotales hasta el importe de dichos bienes. La razón que alega Justiniano, en este caso, para derogar tal derecho de retención, es la misma que en el caso anterior, es decir, la ya existencia de un medio procesal adecuado para reclamar y recuperar dichos bienes, en este caso la *actio rerum amotarum*³⁸. Con la creación de esta acción se pretende evitar la utilización entre los cónyuges³⁹ de la *actio furti*, principalmente por ser una acción infamante, puesto que ello sería contrario al especial vínculo que les une y que supone una “reverencia mutua”⁴⁰ entre marido y mujer.

³⁵ *Epitome Ulpiani* 6, 9. “Retentiones ex dote fiunt... aut propter res donatas”.

³⁶ Afirma Bonfante, *Corso di Diritto*, p. 285, que la razón de dicha prohibición estaría en evitar que se perjudique al cónyuge más generoso y que el otro pueda aprovecharse de él. Sobre las diferentes teorías sobre el origen de dicha prohibición ver: Murillo, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística*, Burgos, 2007, p. 24,

³⁷ Señala Gorla, “Azioni reali”, p. 205 n. 2, que, en sus escritos, cuando Justiniano utiliza la expresión *actio in rem*, se refiere a la acción reivindicatoria.

³⁸ A la regulación de dicha acción de cosas amovidas se dedica el título II del libro 25 del Digesto. Especialmente interesante resulta el primer texto de dicho título, D. 25, 2, 1 (*Paul. Lib. 7 ad Sab.*): *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure; in qua sententia et Iulianus rectissime est*. En el fragmento se justifica la creación de esta acción, puesto que no era aceptable que el marido pudiera ejercitar la acción de hurto contra su mujer. En el mismo texto se citan la existencia de dos posturas en la jurisprudencia a propósito de si dicha conducta de la mujer es o no un delito de hurto, señalando cómo Nerva y Casio afirman que no es un hurto, puesto que la sociedad de vida que constituye el matrimonio hace a la mujer también dueña de dichos bienes, mientras que Sabino y Próculo sostienen que dicho comportamiento por parte de la mujer sí constituye un hurto, pero, en este caso, el derecho no concede la acción de hurto. La imposibilidad de utilizar la acción de hurto en este caso aparece confirmada de forma expresa en una constitución del emperador Caracalla recogida en C. 5, 21, 2; en ella se afirma que, durante el matrimonio, ni el marido ni la mujer pueden utilizar uno en contra del otro ni acción penal, ni infamante: ...*Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio*. Con carácter general puede verse: Wacke, A., *Actio rerum amotarum*, Köln- Graz, 1963.

³⁹ Puesto que puede ser utilizada tanto por el marido como por la mujer, tal y como se expresa en D. 25, 2, 7 (*Ulp. Lib. 36 ad Sabinum*): *Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum, et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas*.

⁴⁰ Robleda, O., *El matrimonio en Derecho Romano*, Roma, 1970, p. 238.

La abolición de la retención por causa de los hijos se justifica de la siguiente manera:

Sileat ob liberos retentio, quum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur. Ne varium genus culpa mariti contra uxores excogitent ut possint eadem retentione contra eas uti, quum iam et imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum matrimonium fuerit, quid fieri oportet.

El presupuesto que legitima que el marido tenga derecho a esta retención es que el divorcio que determina la disolución del matrimonio se haya producido por culpa de la mujer⁴¹ o de su *pater familias*⁴². En este caso se compensa este comportamiento por parte de la mujer con el derecho del marido a recuperar lo invertido en la educación y el mantenimiento de los hijos, que se materializaba en 1/6 de la dote por cada hijo del matrimonio con un tope máximo de 3/6. En este caso, Justiniano señala que el hacerse cargo de la educación y el mantenimiento de los hijos es una obligación natural de los padres que no ha de tener compensación, y si se ha de reclamar algo de la mujer, por ser la culpable del divorcio, ello se hará por la acción correspondiente sin tener derecho a la retención.

Continúa la constitución ocupándose de la retención por los gastos en los bienes dotales:

Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. Quum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitatem, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieres, non absre est, si quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc, quod utiliter impensum est, asservari; vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negoriorum gestorum adversas eam sufficit actio. Quodsi voluptariae sint, licet voluntate eius expensae, deductio operis, quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur, ut sit omnium retentionum expeditus tractatus, et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.

En este caso, con esta retención, se reconoce el derecho del marido a recuperar el dinero invertido en aquellos gastos que hubiera asumido con relación a los bienes dotales, bienes que ahora ha de devolver a la mujer. Por tanto, la justificación estaría en el hecho de que el marido ha asumido unos gastos en unos bienes que no va a poder quedarse una vez disuelto el matrimonio. Con relación a los gastos, Justiniano trata por separado los necesarios, los útiles y los de lujo o suntuarios, tal y como tradicionalmente venía haciéndose a la hora de poder reclamar el reembolso de unos u otros. En el régimen anterior a la reforma de Justiniano, el marido tenía derecho a retener bienes dotales hasta cubrir el importe de los gastos necesarios, aquellos que de no asumirse se provoca una disminución del valor patrimonial de la cosa, hechos en los

⁴¹ Cremades, Paricio, *Dos et virtus*, p. 65, señalan que tiene en común con la *retentio propter mores* el hecho de que “el marido sólo puede solicitarla cuando la separación fue debida a culpa de la mujer”.

⁴² Claramente señalado en *Epitome Ulpiani* 6.10: *Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris cuius in potestate est divortium factum sit: tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote, non plures tamen quam tres sectae in retentione sunt, non in petitione*. Si bien no encontramos referencia alguna a supuestos concretos en los que la culpa de la disolución sea del padre de la mujer.

mismos⁴³; en el caso de los gastos llamados útiles, que eran aquellos que no eran imprescindibles para la conservación de los bienes pero que, si se hacían, la mejoraban y aumentaban su rendimiento y su valor, el marido también tenía derecho a retención sobre los bienes dotales si al hacer dichos gastos contaba con la voluntad de la mujer⁴⁴; en cuanto a los gastos suntuarios, que son puramente voluntarios y no mejoran el rendimiento económico de la cosa, no atribuyen al marido un derecho de retención sobre los bienes dotales⁴⁵.

Justiniano reforma todo este sistema partiendo del principio de la supresión, con carácter general, de las retenciones a favor del marido en todo caso. En cuanto al régimen a aplicar a partir de esta constitución, se ocupa por separado de cada uno de los tres tipos de gastos que ha asumido con relación a los bienes dotales. Comienza la constitución ocupándose de los gastos necesarios y, en este punto, tal y como señala Schulz⁴⁶, nos encontramos con una clara falta de coherencia entre la frase principal (*quum enim-quantitatem*) y la que le sigue, que ya se ocupa del supuesto de los gastos útiles (*utiles autem expensae...*) El propio Schulz propone completar la frase con “*et ideo retentione opus non est*”, basándose en el contenido de *Bas. (29,1) 119*⁴⁷, en el que,

⁴³ Sobre el derecho de retención en caso de los gastos necesarios: D. 23, 2, 61 (*Pap. Lib. 32*): *Dote propter illicitum matrimonium caduca facta exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod iudicio de dote redditurus esset maritus, solvere debet.*; D. 23, 3, 56, 3 (*Paul. Lib. 6 ad Plautium*): *Quod dicitur, necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur...*; D. 23, 4, 5, 2 (*Paul. Lib. 7 ad Sabinum*): *Et si convenerit, neo ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.* En este último texto incluso se niega la posibilidad de pactar no ejercitar la acción correspondiente, alegando que los gastos necesarios disminuyen de derecho la dote. En todos estos textos se habla de una disminución automática de la dote por el importe de los gastos necesarios a la que no se hace referencia en el caso de las demás retenciones. Hay que tener en cuenta que, seguramente, el importe deducible por los gastos se calcularía teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, como así se establece en D. 25, 1, 15 (*Ner. Lib. II*) in fine: *...Quae autem impendia secundum eam distinctionem ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt.*

⁴⁴ No disminuyen automáticamente la dote, pero sí dan derecho a su exacción, tal y como se desprende de D. 25, 1, 7, 1 (*Ulp. lib 36 ad Sabinum*): *Quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen habent exactionem*; y D. 25, 1, 8 (*Paul. Lib. 7 ad sabinum*): *Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint; iniquum enim esse, compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest; quod summam habet aequitatis rationem.* González- Palenzuela, M^a Teresa, “Impensas útiles dotales y voluntas mulieris”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 11, 1993, p. 403, contradice la opinión dominante en la doctrina y señala que el derecho romano no exigió el requisito de la *voluntas mulieris* con carácter general, sino “éste era, más bien, un límite a dicho reembolso, el cual operaba en una situación concreta: cuando la mujer se veía obligada a vender la cosa para pagar los gastos al marido, es decir, cuando el gasto útil hiciese gravosa para ella la obtención de la dote”.

⁴⁵ Ni siquiera cuando se hicieron contando con el consentimiento de la mujer, tal y como se nos dice en D. 25, 1, 11, pr. (*Ulp. lib. 36 ad Sabinum*): *In voluptariis autem Aristo scribit, nec si voluntate mulieris factae sunt, exactionem parere.* Si la mujer quiere quedarse los adornos pagados por el marido, debe pagarlos y si no se los quiere quedar debe permitir que el marido los retire, como puede verse en D. 25, 1, 9 (*Ulp. lib. 36 ad sabinum*): *Pro voluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur; nam si vult habere mulier, reddere ea, quae impensa sunt, debet marito, aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem.*; en la misma idea incide D. 30, 43, 1 (*Ulp. lib. 21 ad Sabinum*): *Marcellus etiam scribit, si maritus diaetam in uxoris hortis, quos in dotem acceperat, fecerit, posse eum haec detrudere, quae usui eius futura sint, sine mulieris tamen damno.*

⁴⁶ “*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*”, *Zeitschrift Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*, 34, 1913, p. 76.

⁴⁷ Heimb. 3,451: *Sed neque ob impensas retentio amplius sit. Nam si quidem necessariae sunt, ipso iure dos minuitur: si vero eae, quae dotem meliorem reddunt, si quidem voluntate mulieris erogatae sunt, mandatum est...*

al igual que en la constitución, se hace referencia a la disminución *ipso iure* de la dote respecto al importe de los gastos necesarios hechos por el marido⁴⁸. Justiniano vuelve a insistir en la idea de la reducción automática de la dote por el importe de los gastos necesarios en sus Instituciones:

Inst. 4, 6, 37

... Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur; nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso iure necessariis sumtibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

Resulta curioso comparar este texto con el de la constitución que nos ocupa, puesto que, como hemos visto, en este último Justiniano establece la derogación del sistema de las retenciones a favor del marido y, por el contrario, en el texto de las Instituciones vuelve a utilizar esta terminología; es cierto que el contenido no se contradice pues, en ambos casos, la solución es la misma, la reducción automática de la dote que ha de devolver a la mujer por el importe de los gastos necesarios que haya hecho en ella. Por lo que podemos concluir que, en la práctica, que en este caso se continúe hablando de una retención no cambia el sentido de la regla *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*⁴⁹.

Si los gastos asumidos por el marido con relación a los bienes dotales son útiles, señala Justiniano que no es necesaria la institución de la retención, puesto que el marido puede reclamar el importe de dichos gastos bien con la *actio mandati*, cuando dichos gastos se hicieron contando con la voluntad o el consentimiento de la mujer, bien con la *actio negotiorum gestorum*, cuando no se contó con dicha voluntad o consentimiento. Por lo tanto, no es que el cambio de régimen suponga una pérdida de derechos por parte del marido, sino que se deroga el derecho de retención sobre los bienes dotales y se señala la vía de la reclamación procesal por medio de dos acciones ya existentes.

En el caso de los gastos suntuarios o de lujo, Justiniano admite que el marido pueda quedarse con aquellas obras que añadió a los bienes dotales pero, siempre que ello sea posible, sin afectar a la integridad de dichos bienes. La novedad, en este caso, reside en el hecho de que dicha extracción puede hacerla el marido aún en contra de la voluntad de la mujer, puesto que en el texto se incluye el supuesto en el que dichos gastos de lujo se hubieran hecho con el consentimiento de la mujer. Schulz⁵⁰ señala una diferencia en el régimen aplicable a este tipo de gastos, puesto que, en su opinión, en el régimen clásico el marido puede retirar dichos bienes como consecuencia de su condición de propietario de los mismos, por el contrario, en el caso del régimen justinianeo, el marido ya no es considerado como tal, sino titular de un *ius tollendi*⁵¹, lo

⁴⁸ Schulz, *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*, pp. 76 y ss., señala algunos textos del Digesto que los compiladores habrían interpolado en aplicación de esta idea de la disminución automática de la dote por el valor de los gastos necesarios hechos por el marido, tras la abolición del régimen de las retenciones. Así, por ejemplo: D. 25, 1, 7 (*Ulp. lib 36 ad sabinum*); D. 25, 1, 5, pr, 1 (*Ulp. lib 36 ad Sabinum*)

⁴⁹ Luchetti, G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, p. 58.

⁵⁰ Schulz, "Impensae", p. 58.

⁵¹ Schulz, "Impensae", p. 62. Sobre este derecho a extraer bienes que se han colocado en propiedades que son de otro, existen diferentes posturas en la doctrina. Señala MacCormack, G., "Ius Tollendi", *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja* 75 (1982), p. 77, que existen dos posturas en relación a este tema, por un lado la de los que, como Riccobono, afirman que el *ius tollendi* es una creación de los juristas proculeyanos que luego fue asumida y ampliada por Justiniano y, por otro, la de otros autores como son Pernice y Beseler, quienes rechazan el origen clásico de dicho concepto.

cual sería consecuencia de ese cambio de concepción sobre la naturaleza de los bienes dotales a la que ya hemos hecho referencia.

Tras ocuparse de cada una de las retenciones de manera individualizada vuelve a formular la supresión de las mismas con carácter general y se reafirma en ello al precisar que la nueva *actio ex stipulatu* no admite retención alguna a favor del marido. Como hemos visto, ello no quiere decir que el marido, en determinados casos, no tenga ciertos derechos sobre parte de la dote, pero el antiguo régimen del derecho de retención ha sido sustituido con Justiniano por un derecho a reclamarlos, si procede, con la correspondiente acción prevista en cada caso. Es decir, se sustituye un derecho de retención por un derecho a reclamar por vía procesal, excepto en el caso de los gastos necesarios, puesto que, en este caso, el anterior derecho de retención no es sustituido por una acción sino por una reducción automática de la parte de los bienes dotales que la mujer puede recuperar. No cabe duda de que para el marido era más beneficioso y sencillo el régimen de las retenciones que el de la reclamación por la vía procesal.

Esta supresión de las retenciones es una manifestación de la idea rectora de la reforma de esta institución hecha por Justiniano y que no es otra que la de beneficiar a la mujer, en contra de la idea perseguida en épocas anteriores al articular el sistema de las retenciones para modular el régimen favorable a la mujer que implícitamente representaba la *actio rei uxoriae* tal y como hemos visto. Sin embargo, tras promover dicha supresión, en la misma constitución, Justiniano hace una concesión en interés del marido:

C. 5, 13, 7

..., ut, si matrimonium fuerit dissolutum nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest, quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali, si non dolo malo versatus est; cautione videlicet ab eo exponenda, quod, si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret. Exactio autem dotis celebretur non annua bima trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus vel se moventibus vel incorporalibus; ceteris videlicet rebus, quae solo continentur, illico restituendis, quod commune utriusque fuerat actionis...

Se hace referencia en este fragmento a un beneficio de competencia concedido al marido, de modo que, al condenar al marido a la devolución de los bienes dotales, esta condena vendrá limitada a “tanto cuanto puede hacer”, es decir, a aquello a lo que con su patrimonio puede asumir. Dicho beneficio vendrá condicionado a que nada se hubiera pactado que lo contraviniera y a que el marido no haya procedido de forma dolosa, estando fundamentado en la “consideración marital” que se deben los cónyuges⁵². Pero dicho beneficio no exime al marido de que, si mejora su situación

MacCormack señala que hoy día, por el contrario, la mayoría de los textos que se ocupan de dicho derecho son aceptados como genuinos, citando algunos autores en la nota 3 de la p. 77. El mismo autor, en p. 99 y respecto a este derecho con relación a los bienes incorporados a los bienes dotales, señala que la facultad de poder llevárselos estaba garantizada sólo en el caso de que el marido no pudiese obtener satisfacción a sus demandas por la vía de las *retentiones*. Continúa afirmando que en derecho clásico tardío se introduce una modificación por la que el marido no tiene un derecho de retención, sino un derecho a llevarse dichos bienes y la mujer puede elegir entre permitir el ejercicio de dicho poder o pagar una compensación.

⁵² Existe cierta discusión doctrinal a propósito del origen clásico de dicho fundamento, así Guarino, A., *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1978, p. 61, entiende que la *reverentia uxoris* es un argumento propio de la legislación justiniana y que aquellos textos del digesto en los que también aparece dicha expresión habrían sido manipulados en tal sentido; por el contrario Gildemeister, J., *Das beneficium competentiae im klassischen römischen recht*, Göttingen, 1986, p. 3, mantiene que dichos

patrimonial, no deba hacer frente a su obligación de devolución de los bienes dotales, por lo que se le exigirá que preste una caución por la que, si tal cosa ocurre, se obliga a restituir aquello a lo que no pudo hacer frente en su momento.

En este caso, Justiniano reconoce una práctica utilizada en el proceso romano a favor de ciertos deudores que se aplica a favor del marido desde la creación de la *actio rei uxoriae*, y que limita el importe de la condena a cuanto el marido tenga en ese momento⁵³, si bien no se libera de la deuda por el resto hasta el importe de la dote a devolver, puesto que si su situación mejora en el futuro estará obligado a su restitución a través de una caución que está obligado a prestar en tal sentido.

Justiniano, en el parágrafo 7 de la constitución que nos ocupa, también modifica los plazos de tiempo en que ha de hacerse efectiva la restitución de los bienes dotales:

Quum autem in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a parte mariti uxori illico et in solidum fieri imbebat, rei uxoriae autem annua bima trima die in his, quae pondere numero mensura, consunt, exactionem pollicebatur, et non in solidum, ... Exacto autem dotis celebretur non annua bima trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus vel se moventibus vel incorporalibus; ceteris videlicet reus, quae solo continentur, illico restituendis, quod commune utriusque fuerat actionis. Sin autem supersederit res mobiles vel se moventes vel incorporales post annale tempus restituere, vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium, etiam usuras aestimationis omnium rerum, quae extra immobiles sunt, usque ad tertiam partem centesimae ex bona fide introducendas maritus praestet; fructibus videlicet immobilium rerum arti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis, similique modo pensionibus, vel vecturis navium sive iumentorum, velo peris servorum, vel quaestu civilium annonarum, et aliis, quae sunt eis similia, parti mulieris restituendis.

Al comienzo del parágrafo Justiniano explica el diferente régimen de las dos anteriores acciones con relación a esta cuestión y nos señala que, en el caso de la *actio ex stipulatu*, el marido estaba obligado a devolver la dote a la mujer de inmediato y por completo. En el caso de la *actio rei uxoriae*, ésta concedía al marido un plazo de uno, dos o tres años, para los bienes que se pueden pesar, contar o medir y sólo con respecto a aquello que el marido puede devolver, a no ser que hubiese disminuido el patrimonio de forma dolosa (tenemos aquí la mención al beneficio de competencia a favor del marido del que ya hemos hablado).

Justiniano establece un único plazo de un año para la exacción en el caso de bienes muebles o semovientes o incorporales y afirma que mantiene lo que ya establecían ambas acciones con relación al resto de bienes que se hayan sobre el suelo y que no es otra cosa que la devolución inmediata.

textos son originales y, por tanto, el fundamento de la reverencia marital como fundamento para la concesión al marido del beneficio de competencia también.

⁵³ En esta idea de la aplicación del beneficio de competencia a favor del marido cuando ha de restituir los bienes dotales a la mujer, vuelve a insistir Justiniano en Inst. 4, 6, 37: *Item si de dote iudicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere; quatenus facere possit, id est quatenus facultates eius patiuntur: itaque si dotis quantitati concurrant facultates eius, in solidum damnatur; si minus, in tantum, quantum facere potest.* Señala, con acierto a nuestro entender, Prado Rodríguez, J. C., “La ratio iuris del llamado *beneficium competentiae* en el ámbito dotal”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXIV* (2012), p. 110, cómo una de las razones jurídicas que fundamentan tal beneficio es que si la condena no se limita a sus posibilidades económicas corre el riesgo de que se proceda a una ejecución patrimonial que supondría “, a más de una muerte civil, la consiguiente nota de infamia”. El autor cita abundante bibliografía sobre ambas cuestiones en las notas 42 y 43.

En la última parte del párrafo 7 Justiniano se ocupa del caso en el que el marido no restituye los bienes dotales en el tiempo fijado por la ley, regulando el pago de intereses que se han de fijar de acuerdo con la buena fe y con un límite, que es la tercera parte del uno por ciento mensual de la estimación de todos los bienes que no son inmuebles. Para el caso de los bienes inmuebles establece la obligación del marido de entregar los frutos que éstos produzcan desde el momento en que se disolvió el matrimonio, así como la parte que corresponda a la mujer de las pensiones, o el importe de los transportes en naves o caballerías, o el de los trabajos de los esclavos, o la ganancia de las *annonas* civiles, y otras cosas, que son semejantes a éstas. Observamos pues un trato diferenciado, como suele ser habitual por otra parte, de los bienes muebles e inmuebles, puesto que el cálculo de los intereses se limita a la estimación de los primeros, mientras que en el caso de los segundos la obligación del marido moroso se refiere a los frutos, naturales o civiles, que los bienes produzcan. Otra circunstancia a resaltar es la mención a la buena fe a la hora de fijar los citados intereses, lo cual nos hace preguntarnos si los mismos serían fijados por el juez, en el ámbito del proceso abierto tras el ejercicio de la nueva acción dotal, contando con la opinión de las partes al respecto y con el tope del uno por ciento mensual fijado por la constitución. Ello sería una manifestación más del carácter *ex fide bona* de esta nueva acción.

3.2. La hipoteca dotal justiniana

Justiniano completa esta reforma del régimen jurídico aplicable a la devolución de los bienes dotales en caso de disolución del matrimonio a favor de la mujer, con la concesión a favor de la misma de la llamada hipoteca dotal. A esta nueva hipoteca hacen referencia varios textos del Código, de los que pasamos a tratar:

C. 5,13,1,1 (a. 530)

Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarum rerum et in aliis multis iuris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in huiusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis, sive ipsae principales personae dotes dederint vel promiserint vel susceperint, sive aliae pro his personae, et dos sive adventitia sive profectitia sit secundum veteris iuris nominationem. Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis possit afferre praeiudicii, quum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induximus providentiam ...

En este caso se trata de dar solución a un problema que, probablemente, apareciera en la práctica con bastante asiduidad, que no es otro que la posible impericia del marido a la hora de gestionar los bienes dotales de la mujer, por lo que, para proteger los intereses de ésta⁵⁴, Justiniano decide crear una hipoteca tácita sobre todos los bienes del marido⁵⁵ y a favor de la mujer.

⁵⁴ A esta finalidad protectora se hace mención expresa en las Instituciones de Justiniano: I. 4,6,29 i. f.: “*Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; praeferrere autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, quum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius providentia hoc induximus.*”

⁵⁵ Gorla, “Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali”, pp. 241-242 señala que en este patrimonio del marido sujeto a la hipoteca dotal estarían también incluidos los propios bienes dotales, precisamente por ser de su titularidad constante el matrimonio.

No sólo la protege concediéndole esta hipoteca tácita, sino que además establece que dicha hipoteca es privilegiada⁵⁶, por lo que no se atiene al principio *prior in tempore potior in iure*, tal y como aparece claramente expresado en dos textos del Código:

C.5,12,30 (a. 529)

In rebus dotalibus, sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiores causas in his per hypothecam vindicare, quum eaedem res et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in eius permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque, eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur... .

En este texto el emperador establece el carácter privilegiado de la hipoteca dotal sea cual sea el contenido de la dote, sin importar si ésta ha sido o no estimada, distinción ésta que fue utilizada por los juristas clásicos, aunque sus orígenes son mucho anteriores⁵⁷ y que, asumida por Justiniano, adquiere una concepción totalmente distinta. Justiniano entiende la *aestimatio dotis* como una compraventa condicional, pues sólo de ese modo el marido adquiere la propiedad de las cosas dotales estimadas⁵⁸, dando lugar

⁵⁶ El derecho romano otorgó tal carácter a otras hipotecas con anterioridad, como es el caso de la hipoteca a favor del fisco, la del acreedor hipotecario que ha dado dinero para la adquisición, conservación o mejora de la cosa y la hipoteca constituida en documento público. Sobre este tema: Robles, L. M., *las hipotecas privilegiadas en el derecho romano*, Madrid, 2005.

⁵⁷ Calonge, A., *Aestimatio*, *AHDE* 35 (1965), p. 55, quien sitúa su aparición en los siglos IV y III a. C., viendo su origen en el contenido de la *stipulatio duplae* en la que se fija el valor de los bienes dotales para el caso de que hayan de restituirse, ya que la mujer, llegado tal momento, elegirá entre los bienes dotales o el valor fijado al hacer tal estipulación.

⁵⁸ Calonge, *Aestimatio*, pp. 42 ss., donde señala cómo al producirse este cambio en la concepción del régimen dotal en época justiniana, Justiniano intercala aclaraciones en textos clásicos en tal sentido, y ello produce una desvirtuación de las primitivas soluciones que éstos contenían; tal es el caso de D. 23, 3, 12 pr. (*Ulp. 34 ad Sab.*): *Si res aestimata post contractum matrimonium donationis causa approbetur, nulla est aestimatio, quia nec res distrahi donationis causa potest, quum effectum inter virum et uxorem non habeat; res igitur in dote remanebit. Sed si ante matrimonium, magis est, ut in matrimonii tempus collata donatio videatur; atque ideo non valet. D. eod. 10, 4: Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub conditione est, namque hanc habet conditionem, si matrimonium fuerit secutum,; secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio. D. eod. 10, 5: Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit; et hoc consequens est dicere; nam quum sit conditionalis venditio, pendente autem conditione mors contingens extinguat venditionem, consequens est dicere, mulieri periisse, quia nondum erat impleta venditio, quia aestimatio venditio est.; D. 20, 4, 9, 3 (*Afric. 8 quaest.*): *Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Mevio, deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit; si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat; tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, quum res in bonis debitoris inveniatur: In proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, quum Maevio obligaretur, neque quum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit; haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse.; D. 25, 1, 5 pr. (*Ulp. 36 ad Sab.*): *Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, utputa fundus vel quodcunque aliud corpus; etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet, desinere esse fundum dotalem, vel partem eius; manebit igitur maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat, non enim ipso iure fieri, sde dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso iure fieri Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri: Proinde si aestimata corpora in dotem data***

a la figura de la *aestimatio venditionis causa*, y aquellos supuestos que no pueden encajar en el esquema de la compraventa se entienden como *aestimatio dotis taxationis causa*⁵⁹. El riesgo de los posibles perjuicios que puedan sufrir los bienes dotales, corren de cuenta del marido puesto que éste lo que ha de devolver es un valor, al contrario de lo que ocurre en el caso de la dote inestimada, donde el riesgo es de la mujer⁶⁰.

Hace referencia a la nueva concepción de los bienes dotales como bienes que no dejan de pertenecer a la mujer⁶¹, puesto que califica el hecho de que dichos bienes hayan pasado al patrimonio del marido como una *subtilitas legum*, sin que ello implique de ningún modo que la mujer haya perdido sus derechos sobre ellos, tanto es así que el mismo Justiniano no duda en concederle la reivindicatoria, así como la acción hipotecaria, según el caso, frente a todos, atendiendo precisamente a que estima que, por derecho natural, los bienes dotales pertenecen a la mujer⁶², por lo que entiende que tiene derecho a utilizar una u otra acción frente a cualquiera y para proteger sus intereses.

Una vez ya se ha establecido por Justiniano la hipoteca tácita a favor de la mujer, promulga una nueva constitución en la que se establece el carácter privilegiado de la hipoteca de la mujer por los bienes dotales:

C. 8,17(18) (a. 531)

... Nos itaque ad antiquas leges perspeximus, in personalibus actionibus rei uxoriae actioni, quam in praesenti sustulimus, magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes paene personales actiones habeant privilegia et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores...

En dicha constitución Justiniano toma como fundamento para la concesión del citado privilegio, la prerrogativa (*magnam praerogativam*) que tenía la antigua *actio rei uxoriae* frente a casi todas las acciones personales, incluso cuando éstas se referían a acreedores anteriores en el tiempo.

En otro párrafo del mismo texto Justiniano señala que la necesidad de dicho privilegio ya fue conocida en la antigüedad, pero es ahora cuando se la reconoce legalmente⁶³, lo cual confirma la teoría de que la labor del emperador en este campo es recoger las exigencias que, en la práctica, se producen como consecuencia de la nueva concepción de la dote y darles sanción jurídica.

sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessaries. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint; ceterum si extrinsecus, non imminuent dotem.

⁵⁹ D. 23, 3, 69, 7 (Pap. 4 resp.): *Quum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur; ideoque rebus evictis si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro, alioquin de dolo tenetur.* D. eod. 69, 8: *In dotem rebus aestimatis et traditis, quamvis eas mulier in usu habeat, viri dominium factum videretur.*

⁶⁰ Burdese, A., *Aestimatio dotis*, Studi Betti II (1962), p. 171.

⁶¹ García Garrido, *Ius Uxorium*, p. 76; señala el hecho de que la introducción de nuevas reglas cuya tendencia es la de favorecer a la mujer y destacar el destino de la dote a los *onera matrimonii*, es consecuencia del *favor mulieris* que inspira toda la legislación justiniana. Gori, *Restituzione della*, p. 206 hace referencia a una constitución del año 528, C. 5, 12, 29 en la que Justiniano admite un supuesto en el que, constante el matrimonio, la mujer puede hacerse cargo del patrimonio del marido.

⁶² Solazzi, S., *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, p. 447, y García Garrido, *Ius uxorium*, p. 74; Buigues, G., *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*, Madrid, 2014 p. 85, con relación a las razones que aduce Justiniano en C. 5, 12, 30.

⁶³ *... Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus...*

Por último hay que señalar que este privilegio a favor de la mujer sobre los bienes dotales, es extendido por el propio Justiniano también al incremento que experimente la dote, tal y como se nos dice expresamente en:

Nov. 96,2 (a. 539)

...Si autem mulier immobilium habens rerum substantiam, in rebus mobilibus scribat augmentum, sciat, privilegium non habituram, nisi in antiqua sola dote, non in figurato existente augmento. Quod enim ab initio factum est, in toto sine suspitione est, quod autem postea machinatum est contra creditores hoc ipso introducit meditationem, et laedi homines ex dato a nobis dotibus privilegio nullo volumus modo...

Del texto se deduce que el emperador entiende que, por la misma razón por la que se estableció el privilegio dotal, es necesario proteger con la misma medida el incremento de los bienes dotales.

Pero establece que, para evitar que con esta medida la mujer pueda actuar en fraude de acreedores fingiendo haber hecho un aumento que en realidad no ha hecho, dicho incremento sea hecho por ambas partes, y no por una sola, así como también, que si ambas partes tuvieran bienes inmuebles, es preferible que dicho aumento se haga con ellos y que, en todo caso, el aumento hecho por la mujer ha de hacerse en inmuebles.

Esto último tiene su fundamento en que así se sabe de forma cierta qué bienes no formaban parte de la dote en principio y, por tanto, son consecuencia del incremento de la misma por la mujer, a fin de que a ellos se refiera también el privilegio a favor de la mujer sobre los bienes dotales.

Con relación a este carácter privilegiado de la hipoteca dotal resulta interesante plantearse cómo solucionaba el derecho romano el conflicto que se planteaba en la práctica cuando dicha hipoteca coincidía con otras hipotecas también privilegiadas.

En principio es claro que, en el caso de que se trate de acreedores protegidos por el mismo privilegio, el problema se resuelve aplicando el principio de la prioridad temporal.

En el caso de que dicho principio no pueda aplicarse, porque se trate de un mismo crédito privilegiado constituido a favor de varios acreedores, lo lógico es que concurren según el importe de su crédito, tal y como señala Frezza⁶⁴, quien cita como apoyo textual un texto de Papiniano:

D. 20, 4, 3, 1 (*Pap. Libro VIII quaest.*).

Quum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit, post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit; prius causam esse potiore apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset, verum in ea quantitate, quam solvisset, eiusque usuris, potiore fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat; quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum.

En este texto, en una de las frases señaladas como una glosa de procedencia post-clásica, se hace referencia a un supuesto de pluralidad hipotecaria y se dice: *...verum in*

⁶⁴ Frezza, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano, vol. II, Le garanzie reale*, Milano, 1963, p. 270.

ea quantitate quam solvisset...potiorem fore ... En este caso, la preferencia se le da no al crédito anterior en el tiempo, sino en función de la cantidad pagada.

Mayor problema plantea el caso de pluralidad hipotecaria por distinta causa. La regulación de este supuesto se refiere sobre todo a la época del derecho justiniano, lo cual es lógico si pensamos que es en ella cuando ya han aparecido todos estos casos de hipotecas privilegiadas.

Podemos decir que, en estos casos, la hipoteca privilegiada que tendría el primer rango sería la hipoteca a favor del Fisco con referencia a los créditos de carácter público, tal y como se manifiesta en una constitución del emperador Caracalla:

C. 4, 46,1

Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore eius iura hypothecae sive pignoris praetendente. Ppotior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.

En dicha constitución se establece de modo claro que el deudor por causa de tributos está obligado a pagar éstos en primer lugar, aún en el caso de que existan otros acreedores anteriores; y en esta idea inciden dos textos más:

Pauli Sent. V.12,10

Privilegium fisci est inter omnes creditores primum locum retinere
D. 42,5,38,1 (Paul. Lib. Prim. Sent.)⁶⁵

De todos estos textos se deduce siempre la preferencia de los créditos del Fisco sobre todos los demás, si bien aquí hay que hacer la precisión de que nos estamos refiriendo a créditos de derecho público, que, siguiendo las normas que ya regían en la época del principado⁶⁶ son preferentes a los de derecho privado.

Con relación a los créditos de derecho privado del Fisco, una constitución, de nuevo, del emperador Caracalla⁶⁷ se refiere a esta cuestión:

C. 7,73,2 (a. 213)

Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praevenit. Quodsi post bonorum eius obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci.

En este caso, la cuestión planteada es la de un marido condenado a la restitución de la dote pero que, con anterioridad, había contratado con el Fisco, por lo que se concluye que el derecho de éste era anterior a la causa de la mujer. En el caso de que esta obligación para con el Fisco sea posterior a la de restituir la dote, cesa cualquier privilegio del mismo sobre los bienes del marido. Del tenor del texto se concluye que

⁶⁵ Nos parece muy acertada la apreciación que sobre el término *res publica* hace Frezza, *Le garanzie delle*, p. 270, n. 2., y es que con él probablemente se hiciese referencia a las *res publicae* ciudadana, indicando el ordenamiento de una *civitas*.

⁶⁶ Pues ya aparece recogido en una constitución de los emperadores Valeriano y Galieno, C. 12, 62, 3: *Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus: et ideo si constiterit fisco satisfactum esse ob causam primipili, poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere, ut satis doti fieri possit.*

⁶⁷ Hay que recordar que, aunque el privilegio dotal se reconoce de forma expresa por primera vez por Justiniano, ya hemos señalado que la protección de los bienes dotales a favor de la mujer estaba siendo reconocida, en la práctica, mucho tiempo antes.

este supuesto, en realidad, se soluciona con la aplicación del principio general de la prioridad temporal.

Llegados a este punto, la siguiente cuestión que se nos plantea es qué ocurre cuando coinciden sobre un mismo bien una hipoteca dotal y un supuesto de *versio in rem*, que se da cuando alguno de los acreedores hipotecarios ha invertido dinero en la reparación o conservación del bien hipotecado. En estos casos la hipoteca de dicho acreedor es una hipoteca privilegiada, puesto que lo justo, en este caso es beneficiar al acreedor que ha realizado dicha inversión frente a aquellos acreedores que, aun teniendo un derecho anterior, no hicieron frente a la misma⁶⁸.

Justiniano se ocupa de esta cuestión después de haber concedido el ya citado privilegio a favor de la hipoteca dotal, y lo hace en una constitución del año 539, cuyo análisis pensamos es necesario realizar por partes:

Nov. 96,3

His consequens est et illud decernere, quod in casibus huiusmodi dubitatum est. Novimus et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponi iuniores existentes ex privilegiis a legibus datis, quale est, quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forsitan aedificare, aut etiam emi agrum aut aliquid horum; in his enim omnibus priores existunt posteriores creditores, quorum pecuniis emta aut renovata res est, iis, qui etiam multo antiquiores sunt.

Comienza el texto constatando la existencia del privilegio de aquellos acreedores hipotecarios con cuyo dinero se ha beneficiado el propio bien hipotecado, es decir, se ha comprado o reparado la cosa, y continúa el texto diciendo:

Quaesitum est igitur, si mulier praetendens privilegium super antiquam dotem et augmentum, in quo etiam hoc servatur privilegium (sicuti praedictum est), prioribus voluerit praeponi creditoribus, veniat autem et alter creditor, posterior quidem, praetendens autem pecuniis suis emtam aut reparatam navem, aut domum, aut agrum, et competere, eum in his rebus, quae eius pecuniis emtae aut reparatae sunt, habere praedictum privilegium, utrum oporteat dotem etiam talibus praeponi, an aliis quidem praevalere creditoribus, quicumque non talia praetendunt, his autem cedere, quoniam ex eorum substantia res acquisita est?

En este caso, se plantea qué ocurre si existe una hipoteca dotal sobre un bien y aparece un acreedor posterior que alega que, con su dinero, se compró o reparó dicho bien, lo cual le concede un derecho privilegiado sobre dichas cosas.

Una vez planteada la cuestión, se decide sobre ella:

Plurimum igitur super his cogitantes, non invenimus mulierem iuste existentem cedere alicui tali privilegio. Videbamus enim (quae causae absurditas est), quia aliquis quidem

⁶⁸ El origen de dicho privilegio se suele ver en un edicto del emperador Marco Aurelio, cuyo contenido ha llegado hasta nosotros por la referencia al mismo que encontramos en diferentes textos como son: D. 42, 5, 24, 1 (*Ulp. 63 ad ed.*) *Divus Marcus ita edixit: creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, i pecunia; quae credita erit, privilegium exigendi habebit; quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori domino mandante pecuniam ministravit.*; D. 12, 1, 25 (*Ulp. lib. sing. de off. cons.*): *creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, privilegium exigendi habebit.*; D. 42, 3, 1 (*Ulp. lib. 17 ad ed.*): *Creditori, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, privilegium exigendi datur.*; D. 20, 2, 1, (*Pap. Lib. 10 resp.*): *Senatusconsulto, quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuum dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante numos ministravit.*

fornicantibus mulieribus ex proprio corpore advenit quaestus, et vivunt ex hoc quaestu, adversantibus autem, et semetipsas atque substantiam ad virum introducentibus, non solum nullus sit quaestus a viris male degentibus, sed etiam minuantur, et spes eis nulla sit. Volumus igitur secundum hoc, ut, etsi quis domum renovasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia privilegia mulieribus opponere.

Se entiende que no es justo que la mujer ceda a alguien en dicho privilegio y resulte perjudicada al disolverse el matrimonio y el fundamento de dicha protección está en la *infirmitas mulieris*, es decir, en la debilidad que le es propia, y que puede conducirla al engaño y, en consecuencia, a la disminución de la dote, tal y como afirma Justiniano en la parte final del texto:

Infirmitatem namque muliebris naturae satis novimus, et quia facile circumventiones fiunt adversus eas, minui autem eis dotem nullo sinimus modo. Sufficit enim, quia lucris cadunt, etsi prior antenuptialis donatio inveniatur et sufficiens quoddam exstet eis ex hoc damnum, non etiam eas volumus et circa ipsam dotem periculum sustinere.

Pero en el siguiente capítulo de la misma novela se establece una excepción a la regla general enunciada en el anterior capítulo:

Nov. 96,4

Quia vero et huiusmodi quaedam aditiones nobis factae sunt, eo quod quidam aliorum militant pecuniis, et oportet eos, qui in has crediderunt causas praeponi, sancimus, si quis vere dederit aurum occasione militiae sive statutum fieri; vel pro aliis quibusdam talibus causis, et expressim hoc ipsum scribatur in instrumento et in hoc fiat pactum, ut casu proveniente prior sit solus, qui ad hoc credidit, et huic casui cedere mulierem, neque facile credendum, neque per testes, sed negotio ex scripto gesto, et testium habente subscriptiones, et ipso opere procedente. Tunc enim, si per omnem huiusmodi viam causa procedat, suspicionem non habeat, et competit contrahentes propriis non privari: aliis omnibus praevalere mulierem secundum quod iam a nobis eis datum est privilegium.

La excepción se refiere al supuesto de que alguien hubiere dado dinero con ocasión de un cargo en la milicia⁶⁹, o para que uno sea hecho numerario, o por algunas otras tales causas. Por tanto, sólo gozarán de dicha protección aquellos créditos cuya causa sea comprar un puesto de *miles* para sí mismo, o para hacer entrar en el puesto a su propio hijo.

Según señala Frezza⁷⁰, la expresión *filius statutus* quiere decir “hijo registrado”, es decir, inscrito “*nel ruolo dei milites*”.

A estas causas se añade la cláusula *vel ob alias eiusmodi causas* que supone que este privilegio también se aplicará cuando el dinero del crédito se emplee para adquirir para sí mismo o para su hijo cualquier puesto retribuido de empleado del Estado.

La razón de esta protección está en el hecho de que, así como la dote sirve al sostenimiento de la familia, la *militia* es la fuente de los ingresos del padre o del hijo de

⁶⁹ Frezza, *Le garanzie delle*, p. 272, n. 2, llama la atención sobre la posibilidad de transmitir por herencia las funciones públicas características de la economía y el ordenamiento del Estado en la época bizantina, y señala: “Dalla ereditarietà e dalla coattività delle funzioni discende la possibilità di considerare commerciabile la posizione del cittadino tenuto all’adempimento di una funzione pubblica, come quella del *miles*”.

⁷⁰ Frezza, *Le garanzie delle*, p. 273.

familia. En este caso, además, para que sea aplicable el privilegio, la constitución de la hipoteca deberá constar necesariamente en un documento escrito, donde aparecerán también las firmas de los testigos, y se exige que el negocio se haya realizado efectivamente⁷¹.

4. Conclusiones

Cuando, en el siglo VI d. C., Justiniano emprende la tarea de compilar el derecho romano, no lo hace movido por un impulso nostálgico dirigido a elaborar una simple recopilación; su propósito es fijar el contenido del ordenamiento jurídico aplicable a su Imperio. En este sentido emprende la tarea de seleccionar aquello que merece ser conservado, pues tiene una aplicación práctica, eliminar lo que ya no sirve, e introducir las innovaciones que exige la sociedad de su tiempo. Es en este marco en el que han de situarse toda una serie de modificaciones y novedades que Justiniano introduce con relación a la regulación de la situación y los intereses de la mujer, puesto que su situación jurídica ha ido cambiando a lo largo de los siglos, haciéndose merecedora de una mayor protección. Esta idea le llevará a establecer toda una nueva regulación en materia de restitución dotal con la finalidad de procurar que, en caso de disolución del matrimonio, la mujer pueda recuperar los bienes dotales, ante la perspectiva de que de ellos dependa su subsistencia.

Esta reforma se promulga en la constitución del año 530 de la que nos hemos ocupado en el presente trabajo, la ya citada C. 5, 13, 1, en la que Justiniano perfila los caracteres de una nueva acción dotal y establece una hipoteca a favor de la mujer sobre los bienes dotales como elementos fundamentales en este nuevo régimen de la restitución de la dote.

Respecto a la nueva acción dotal es interesante señalar que el emperador no crea una acción *ex novo*, sino que la construye a partir de la estructura de dos acciones anteriores en el tiempo, creadas en su momento para regular la restitución dotal. De cada una de estas acciones, la *actio ex stipulatu*, derivada de una caución previa

⁷¹ Todo ello recuerda a las formalidades exigidas por el emperador León en el año 472 (C. 8, 17(18), 11): *Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graeque appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant, subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.* En dicha constitución se hace referencia a la fuerza probatoria del documento privado y sigue afirmando que, en el caso de la reclamación de un derecho de prenda o hipoteca, se dará preferencia a aquel que apoya su reclamación en un instrumento público incluso aunque sea de fecha posterior. Finalmente el emperador equipara el valor del documento público al del documento privado que contenga la firma de un mínimo de tres testigos de buena e íntegra reputación. Nosotros entendemos que dicha disposición responde a la tendencia predominante en dicha época de favorecer la prevalencia de la forma documental; ver en este sentido: Bernad Segarra, L., *La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en derecho romano y en derecho civil español*, Madrid, 2011, p. 78 y ss.

prestada por el marido, y la *actio rei uxoriae*, que ya no necesita de la obligación previa del marido, Justiniano toma aquello que entiende se ha de mantener, elimina lo que no interesa e introduce nuevos elementos, todo ello siguiendo el criterio de establecer un régimen que proteja el interés de la mujer. Esta forma de proceder nos ha mostrado una reforma llevada a cabo con una técnica jurídica no demasiado depurada, sirva de ejemplo el hecho de conservar para esta nueva acción el nombre de la antigua *actio ex stipulatio* pero otorgarle el carácter de acción de buena fe propio de la *actio rei uxoriae*, o el de derogar todo el sistema de retenciones a favor del marido propio de esta segunda acción para luego mantener una de las mismas, la de los gastos necesarios, en una constitución posterior.

El segundo elemento sobre el que se articula el nuevo régimen es la concesión de una hipoteca a favor de la mujer y sobre los bienes dotales, a la que configura como una hipoteca tácita y privilegiada. Estos caracteres son una clara manifestación de la finalidad protectora hacia los intereses de la mujer que impregna toda la reforma, puesto que, por un lado, concede una hipoteca sobre los bienes del marido a la mujer sin que ello dependa de ninguna manera de la voluntad del primero y, por otra parte, en el caso de que se haya de ejecutar dicha hipoteca y existan otros acreedores hipotecarios, a la hipoteca dotal no se le aplicará el principio *prior in tempore potior in iure* que regula el orden de cobro en caso de pluralidad hipotecaria.

Tras analizar la reforma de la restitución dotal creada por Justiniano encontramos una reforma regida por dos de los principios que rigen la producción legislativa del emperador: conservar los principios básicos del derecho romano que pueden ser útiles y aplicables a la práctica del momento y regular la nueva posición jurídica de la mujer, consecuencia de siglos de evolución, con la intención de proteger sus intereses.

Apéndice bibliográfico

Andrés Santos, F. J., “Efectos patrimoniales de las crisis matrimoniales en la experiencia histórica: el caso romano”, *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, 2009.

Arnó, C., “Il nuovo regime dotale serviano”, *Studi in onore di Bonfante I*, Milano, 1930.

Bernad, L., *La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en derecho romano y en derecho civil español*, Madrid, 2011.

Biondi, B., *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ed., Milano, 1965.

Bonfante, P., *Corso di Diritto Romano, vol. I Diritto di Famiglia*, Milano, 1972 (reimpr. 1ª ed.)

Botta, F. (edit.) *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione. Atti del Convegno Cagliari*, Torino, 2003.

Buckland, W. W., *A Text-Book, of Roman Law. From Augustus to Justinian*, 3ª ed. Revisada por Peter Stein, Cambridge, 1963 (1ª ed. 1921)

Buigues, G., *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*, Madrid, 2014.

Burdese, A., *Aestimatio dotis*, *Studi Betti II* (1962).

Calonge, A., “*Aestimatio*”, *AHDE* 35 (1965).

Cerami, P., “*Contrahere cum Fisco*”, *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 34 (1989).

Cremades, I., *El officium en el derecho privado romano: notas para su estudio*, León, 1988.

- Cremades, I., Paricio, J., *Dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelona, 1983.
- D'Ancona, R., *Il concetto della dote nel diritto romano*, Firenze, 1889, ed. anast., Roma, 1972.
- Fayer, C., *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, Roma, 2005.
- Frezza, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano, II, Le garanzie reale*, Milano, 1963.
- García Garrido, M. J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, 1958.
- Gildemeister, J., *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1986.
- González- Palenzuela, M^a T., “Impensas útiles dotales y voluntas mulieris”, *Anuario de la Facultad de Derecho* 11 (1993).
- Goria, F., “Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali”, *Diritto e proceso nella esperienza romana. Atti del Seminario Torinese in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994.
- Grosso, G., “Ricerche intorno all'elenco classico dei *bonae fidei iudicia*”, *Rivista italiana per la scienza giuridica*, 3,1 (1928).
- Guarino, A., *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1978.
- Luchetti, G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004.
- MacCormack, G., “Ius Tollendi”, *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja* 75 (1982).
- Maglio, G., *L'actio rei uxoriae e il problema della restituzione della dote*, Perugia, 1972.
- Murillo, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística*, Burgos, 2007.
- Paricio, J., “Sobre la fórmula de la *actio rei uxoriae. Status familiae*”. *Festschrift für Andreas Wacke zum 65 Geburtstag*, München, 2001.
- Paricio, J., *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002.
- Prado Rodríguez, J. C., “La *ratio iuris* del llamado *beneficium competentiae* en el ámbito dotal”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 34.
- Robleda, O. *El matrimonio en Derecho Romano. Requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970.
- Robles, L. M., *Las hipotecas privilegiadas en el derecho romano*, Madrid, 2005.
- Salomón Sancho, L. “Las *retentiones* en la *actio rei uxoriae*”, *Revista General de Derecho Romano* 10 (2008).
- Schulz, “*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*”, *Zeitschrift Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung* (1913).
- Solazzi, S., *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899.
- Solazzi, S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III, Napoli, 1940.
- Söllner, A., *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Böhlau, Verlag Köln, Wien, 1969.
- Söllner, A., *Zur Vorgeschichte und Funktion der Actio Rei Uxoriae*, Köhln, 1969.
- Stagl, J.F., *Favor dotis. Die Privilegium der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien, Köln, Weimar, 2009.
- Tofanini, R., “La tutela della *dos* e le *retentiones*. Appunti per una ricerca”, *Collana Working Papers* 13 (1993).
- Tripiccione, L., *L'actio rei uxoriae e l'actio stipulatu nella restituzione della dote secondo il diritto di giustiniano*, Bitelli, 1920.
- Varvaro, M., *Studi sulla restituzione della dote I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006.
- Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, reimpr. 1980.
- Wacke, A., *Actio rerum amotarum*, Köln- Graz, 1963.
- Wagner, H., *Die Entwicklung der Legalthypothen am Schuldnervermögen im römischen recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Böhlau, Verlag, Köln, Wien, 1974.

Wieling, H.J., “*Privilegium fisci. Praediatura und Protopraxie*”, *Zeitschrift Savigny Stiftung für Rechts geschichte, Romanistische Abteilung* (1989).