

“EL RECONOCIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO ROMANO: EL *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS*”, revista “*Novos Estudos Jurídicos*”, revista quadrimestral do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI UNIVERSIDADE DO VALE ITAJI - ITAJAI (SANTA CATARINA) BRASIL - VOL. X, número 1, jan./jun.2005, pp. 9-30, ISS 1413-2117. Revista indexada nº CSA Social Science Collection. San Diego- USA.

PALAVRAS CHAVE.-

-PRIVILEGIO, DOTE, MUJER.

RESUMO (com até 150 palavras) .-

Estudio del “PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS” sobre la base de las fuentes clásicas, realizando un recorrido sobre el reconocimiento que a la mujer romana se le concede a la restitución de la dote y cómo se transforma este derecho desde una simple posibilidad hasta llegar a obtener las características de un auténtico privilegio.

El PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS supuso no solo el reconocimiento de la legitimación de la mujer romana para llegar a reclamar y obtener la devolución de las cantidades entregada en dote sino que se transforma en una acción para reclamar la restitución (actio ex stipulatu) primero, y en un privilegio después con carácter de crédito preferente a cualquier otro derecho de crédito, incluso sancionado con garantía real.

Esto representó una mejora notable en la posición de las féminas, cuyo matrimonio quedaba disuelto sin culpa suya, para atender a las cargas derivadas de dicha situación.

EL RECONOCIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO ROMANO: EL *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS*.

*Prof. Dr. LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

SUMMARIUM.-

1.- EL *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS*.

1.1. El reconocimiento de la legitimación de la mujer: de la *actio ex stipulatu* a la *actio rei uxoriae*.

1.2. *Privilegium exigendi dotis* y la restitución dotal.

2.- MODIFICABILIDAD Y TRANSMISIBILIDAD DEL *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS*.-

2.1. Modificabilidad del *privilegium exigendi dotis* mediante pacto.

2.2. La posibilidad de su transmisibilidad *inter vivos*.

2.3. Casos de transmisibilidad *mortis causa*.

En un principio, parece que la obligación de constituir la dote¹ no era sino un deber moral, que podía llegar a convertirse para los parientes de la mujer en una auténtica cuestión de honor. Un texto de MARCIANO², parece remitirse a la *Lex Iulia* en cuanto a la existencia del deber de dotar³; deber que es reconocido con carácter obligacional *ex lege*, en una Constitución de Antonino y Severo. El Texto recogido en D.23.2.19, dice así:

*capite trigesimoquinto Legis Iuliae qui liberos, quos habent in potestate, iniuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere vel qui dotem dare non volunt ex Constitutionem Divorum Severi et Antonini per Proconsules Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare, prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit*⁴.

En realidad, lo realmente interesante a los efectos de nuestro estudio, no es cuándo aparece la obligación de dotar, sino la obligación de restituir⁵, y más concretamente cómo evoluciona este derecho en favor de la mujer hasta llegar a obtener las características de un auténtico privilegio, mejorando notablemente la situación de aquellas féminas cuyo matrimonio hubiese sido disuelto. Privilegio que, llegado el caso, va a ser preferente a cualquier otro derecho de crédito, incluso real, salvo en relación a los créditos privilegiados en favor del fisco, los cuales tendrían una preferencia absoluta en relación a otros créditos de derecho público, y relativa en relación a los de derecho privado⁶.

1.- EL *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS*.

Centrándonos pues, en la cuestión de la concesión del privilegio en favor de la mujer, ya en la época clásica aparecen antecedentes del mismo. Así, tanto Paulo como Ulpiano, parecen reconocer la existencia de dicho privilegio. Así, Paulo en D.42.5.18⁷:

¹ Sin embargo según CASTELLI, la configuración de la obligación de dotar como un deber jurídico no aparece en los textos sino hasta la época postclásica. CASTELLI, "In torno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano", *Scritti giurid.*, I, Milano 1923, pp. 129 ss.

² Marcianus, *Lib. XVI Institutionum*:

³ Cfr. C.5.12.30; C.5.12.14, y D. 37.6.6 éstos últimos probablemente interpolados.

⁴ D.23.2.19: "Por el capítulo trigésimo quinto de la ley Julia, los que hubieran prohibido que se tomara mujer o que se casen los descendientes que tienen en su potestad, o no quieren darles dote, están obligados, en virtud de una constitución de los divinos Severo y Antonino, por los Procónsules y los presidentes de las provincias a situarlos en matrimonio y a dotarlos, considerándo que se prohíbe también a quien no busca tal condición".

⁵SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori nel Diritto Romano*, Napoli 1940, pp. 168 ss.

⁶Incluso podría resultar, que dichos créditos fiscales solo tuvieran una preferencia relativa, llegado el caso, frente la obligación de restituir la dote. FREZZA *Le garanzie delle obbligazioni*.2. Le garanzie reali. Padova 1963, p. 272.

⁷D.42.5.18. PAULUS, *Lib. LX ad Edictum*: "Interesa a la republica que la mujer consiga la totalidad, para que permitiéndosele la edad, pueda casarse".

interest enim reipublicae, et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubile possit.

Donde lo considera como de interés público, para que la mujer consiga casarse. Ciertamente, en efecto, que para la mujer, la dote conseguirá con más facilidad la colocación a su debido momento de la joven, aunque sería excesivo pensar que únicamente si es entregada la dote, es posible contraer matrimonio (*nubile possit*)⁸.

En otro texto Ulpiano, admite no solo el privilegio dotal, sino incluso, parece que llega a admitir la legitimación de la mujer para reclamar la restitución. Así, en *D.42.5.17.1*:

*si sponsa dedit dotem et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est*⁹.

En este texto, se permite reclamar la entrega efectuada por la mujer a título de dote por haber renunciado a las nupcias. Petición que efectúa a través de *condictio* y no mediante la *actio rei uxoriae*, en razón a que el pretendido matrimonio no ha llegado a celebrarse, (*nuptiis renuntiatum est*) y por tanto *nullum matrimonium contractum est*. Lo cual es un tanto contradictorio, pues si el matrimonio no ha llegado a celebrarse, ¿cómo se va a admitir privilegio alguno a favor de la mujer?. La explicación, según SOLAZZI, tal vez sea que si bien, el privilegio no puede ser admitido porque el matrimonio no se ha celebrado, por ello la reclamación tiene que ser necesariamente por vía de *condictio* en cuanto que es reclamación de cantidad¹⁰. Ello significa, que en este caso, no se trata del reconocimiento de privilegio alguno, sino de permitir la posibilidad que la mujer pueda reclamar las cantidades entregadas a título de dote. No obstante estas dudas, el mismo Ulpiano, en *D.42.5.19.pr* aparentemente parece confirmar el reconocimiento del mismo privilegio para la mujer:

*... dabimusque ex his causis ipsi mulieri privilegium*¹¹.

En su contra se puede argumentar que el hecho de que Ulpiano emplee un tono casi legislativo con *dabimusque...*, podría revelar posiblemente, que el autor no es Ulpiano, o que el texto original en realidad era otro, en el sentido que en tales casos la mujer no tenía aún

⁸Según SOLAZZI, la aseveración que realiza el fragmento 18, en realidad, trata de aclarar una oportunidad práctica con escaso sentido jurídico, ya que utiliza exclusivamente la medida del materialismo económico como criterio favorable a las nupcias. Lo que no se explica SOLAZZI, es que esta afirmación aislada deba de pertenecer a Paulo, teniendo como era conocido, una mentalidad más flexible y dialéctica, a diferencia del dogmático Ulpiano. Por el contrario, lo que percibe en el texto de *D.42.5.18* es una glosa al libro 60 *ad Edictum* de Paulo, texto al que los comisionados justinianos se complacerían en juntar al fragmento ya alterado de Ulpiano. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano* 3, Napoles 1940, p. 168.

⁹*D.42.5.17.1, Ulpianus, lib. LXIII, ad Edictum: "si la esposa dió la dote y se renunció a las nupcias, aunque ella reclamara por condictio la dote, es sin embargo justo que sea admitida al privilegio aunque no se haya celebrado el matrimonio"*.

¹⁰SOLAZZI, *il concorso dei creditori...*, p. 167, n. 1.

¹¹*D.42.5.19, pr, ULPIANUS LXIII ad Edictum: "Por estas causas concederemos el privilegio a la mujer"*.

privilegio dotal alguno¹². Por ello, es necesario entrar a considerar la cuestión de la legitimación de la mujer para pedir la restitución de la dote.

1.1.- EL RECONOCIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN DE LA MUJER: DE LA *ACTIO EX STIPULATU* A LA *ACTIO REI UXORIAE*.

La obligación de restitución de la dote, que aparece en una constitución de Antonino Caracalla, formulaba ya un antecedente del privilegio dotal en favor de la mujer. Dicha constitución aparece recogida en C.7.73.2:

*quamvis ex causa dotis vir quodam 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*¹³.

En este caso, el marido ha sido condenado a la restitución de la dote, aunque delimita la preferencia de la mujer, según que aquel contratara antes con el fisco, en cuyo caso el derecho del fisco sería preferente, o que lo hiciera después, en cuyo cesa la preferencia de los derechos del fisco sobre los de la mujer¹⁴. La cuestión de la legitimación de la mujer nos llevarían a plantear la cuestión del tránsito de la *Actio ex stipulatu*¹⁵ a la *Actio rei uxoriae*¹⁶, como una acción propia de la mujer dirigida a la restitución de la dote¹⁷ y simultáneamente plantearía el problema de la legitimación de la mujer para tal ejercicio¹⁸.

Para ello, vamos a acudir a las fuentes, que si bien no de una forma directa y clara, si que pueden proporcionarnos algunas indicaciones de las que extraer consecuencias.

¹²SOLAZZI lo atribuye a la labor de Triboniano, que habiendo recibido los glosemas de los fragmentos 17 y 18 intentó transformar en positiva la conclusión negativa de Ulpiano. SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori ...*, op. Cit., p. 168, n. 3.

¹³C.7.73.2 Imp. ANTONINUS, ann. 213: "Aunque por causa de dote hubiere sido condenado el que fué tu marido a tu favor, pero hubiere contraído obligación con el fisco, antes que sus bienes te quedasen obligados, el derecho del fisco es anterior a tu causa. No obstante, si posteriormente a que estos bienes hubiesen quedado obligados, hubiesen quedados sujetos a mis cuentas, en estos bienes cesa el privilegio del fisco".

¹⁴Ello confirmaría de manera clara, lo apuntado anteriormente en la n. 5, según FREZZA, que la preferencia del fisco no siempre es total y absoluta en el derecho post-clásico. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, p. 272.

¹⁵LENEL, la califica de buena fe según resulta de Gayo 4.62. Según LENEL, en Gayo el doble criterio de la equidad y de la buena fe son afines (Gayo, 3, 137). LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, p. 305.

¹⁶Sobre la naturaleza de la *actio rei uxoriae*, vid. KASER, "Die Rechtsgrundlage der "*actio rei uxoriae*", RIDA 2 (1949), p. 531.

¹⁷Sobre la cuestión del incierto origen de la *Actio rei uxoriae*, véase VOLTERRA, *Instituciones...* Op. Cit. p. 679.

¹⁸Según VOCI, para llegar a obtener el crédito a la restitución es necesario hacerlo valer mediante la *actio rei uxoriae*. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967, p. 272, n. 216.

Un texto de Ulpiano, recogido en D.24.3.22(23).13, parece establecer un mecanismo previo al reconocimiento del propio privilegio. El texto dice así:

*si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, [quum servus esset] concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut, si sint et alli creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem, et si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier, nisi in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint*¹⁹.

El texto contempla un supuesto en el cual, una mujer contrae matrimonio bajo error en cuanto a la condición del marido, creyendo que era libre²⁰, concediéndole a ésta un *quasi privilegium*²¹ sobre los bienes del marido, con preferencia a otros acreedores en las cosas entregadas en dote o compradas con ésta.

La razón de conceder este *quasi privilegium* probablemente, no podría ser otra que la de que no siendo válido el matrimonio, no sería exacto hablar de un *privilegium* para permitir que la mujer sea preferida a los demás acreedores²². A *sensu contrario*, se podría pensar, que si el matrimonio fuera perfectamente válido, entonces si que la mujer tendría a su favor un auténtico privilegio.

Pocos años después de lo escrito por Ulpiano, aparece en constitución un caso similar, donde si que se le concede claramente la *actio de peculio* sobre la dote, recogida en C.5.18.3:

*si ignorans statum Erotis ut liberum duxisti et dotem dedisti isque postea servus est iudicatus dotem ex peculio recipies et si quid praeterea eam tibi debuisse apparuerit*²³.

¹⁹D.24.3.22(23).13, ULPIANUS, *lib. XXXIII ad Edictum*: “ *si la mujer hubiere errado sobre la condición del marido, creyendo que era libre siendo esclavo, se le debe de conceder a la mujer un casi privilegio en los bienes del marido, de tal forma que si hubiera otros acreedores, se a ella preferida en cuanto a la acción de peculio, y si por algún servicio se debiere alguna cosa al dueño, que no sea preferida la mujer, sino solamente respecto a las cosas dadas en dote, o que fueron compradas con la dote, como si se trataran de las cosas dotales*”.

²⁰El texto introduce *quum servus esset*, lo cual tal y como el fragmento lo indica llevaría a la conclusión que el matrimonio sería nulo. Para SOLAZZI, esta afirmación no es clásica. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori...*, p. 169.

²¹La alusión a un *quasi privilegium* confirmaría que estamos ante una situación insólita..., A menos que se piense que el texto original no contuviera las palabras *quum servus esset*, quedando solo el planteamiento, *in conditione mariti erraverit*, lo que permitiría pensar simplemente que el marido no era de condición libre para el matrimonio, pero no por la razón que introduce (*servus*), sino por otra distinta.

²²Además, por otra parte si el pretendido marido fuera en realidad un *servus*, resultaría bastante extraño que se hable de bienes del marido (*bonis viri*), aunque si que explicaría la alusión a la *actio de peculio*.

²³C.5.18.3, *Imp. ANTONINUS, ann. 215*: “*si ignorando cual era el estado de Eros, te casastes con el como si fuera libre, dandole la dote, y declarandole despues esclavo, recobrarás de su peculio la dote y lo demás que porteriormente él te dbía*”.

En este supuesto, una mujer ignorante del estado del marido le entrega la dote, siendo posteriormente éste declarado esclavo. En dicho caso, si que la mujer tiene derecho a recobrar de su peculio tanto la dote, como los demás créditos que le debiese. En cualquiera de estos casos, lo interesante es que la legitimación se atribuye a la mujer y con carácter personal ya que no se trasmite a los acreedores de la mujer, ni a los hijos, por ser considerados de padre incierto, ya que el texto añade:

*filiis autem tui, ut ex libera nati incerto tamen patre, spurii ingenui intelliguntur*²⁴.

Por otra parte, y según C.7.74.1 tampoco se transmitiría dicha acción a los herederos:

*scire debes, privilegium dotis quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non transire*²⁵.

La conclusión es pensar en un privilegio exclusivamente atribuido a la mujer, con carácter personal e intransmisible.

1.2. EL *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS* Y LA RESTITUCIÓN DOTAL.

La autentica *actio* dirigida a la restitución de la dote, solamente se puede entender pues, como un derecho de la esposa en tanto ha contraído matrimonio, y este matrimonio es válido. Confirmación de ello es el texto de Ulpiano, recogido en D.23.3.3, donde se llega al resultado de identificar dote con matrimonio, de tal manera que si el matrimonio no puede subsistir no hay dote:

*Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*²⁶.

De ahí que, al menos en el derecho clásico, es aceptable la conclusión de SOLAZZI de que "*privilegiado es el crédito dotal, pero no la dote sin matrimonio y por tanto, aunque intervenga aportación patrimonial donde el matrimonio no existe se hace imposible el privilegium exigendi*"²⁷.

Por ello, Hermogeniano diferencia cuando la esposa entrega dote -y por tanto abierta para ella la posibilidad de la *actio rei uxoriae*-, de cuando no se ha casado o es menor

²⁴C.5.18.3. Imp. ANTONINUS, ann. 215, "...pero tus hijos como nacidos de mujer libre aunque de padre incierto, seran considerados espureos ingenuos".

²⁵C.7.74.1, SEVERUS et ANTONINUS, ann. 209: "Debes de saber que el privilegio de la dote, del que usan las mujeres en la acción de dote, no pasa al heredero".

²⁶D.23.3.3, ULPIANUS, LXIII ad Edictum: "la denominación de dote no se refiere a los matrimonios que no pueden subsistir, porque tampoco puede haber dote sin matrimonio, sino que donde quiera que no haya nombre de matrimonio, tampoco hay dote".

²⁷SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...* p. 168.

de doce años para que tenga, a modo de la dote, una *condictio* comprendida entre las acciones personales²⁸. El texto viene recogido en *D.23.3.74(76)*:

*Si sponsa dotem dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis ut uxor habeatur, exemplo dotis condictioni favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit*²⁹.

//Texto según el cual, si la esposa hubiese entregado dote y no hubiere llegado a casarse o fuera menor de doce años pero fuera considerada como esposa³⁰, se le concede a ejemplo del privilegio, una *condictio* comprendida entre las acciones personales³¹. En cambio, no puede ser admitido el privilegio cuando el matrimonio no se ha contraído. Y puesto que no hay matrimonio, no hay dote. En estos casos, la restitución de lo que haya sido entregado ha de hacerse por vía de *condictio*, pero no por la vía de la *actio rei uxoriae*. Asimilandose a ello, la situación matrimonial de la mujer núbil que siendo menor de doce años es llevada a casa como esposa³².

2.- MODIFICABILIDAD Y TRANSMISIBILIDAD DEL PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS.

El privilegio, tal y como lo hemos visto hasta ahora, no deja de ser una prerrogativa personal conferida a la mujer, tendente a facilitar la recuperación y restitución de los bienes dotales. En el fondo, esta facultad como derecho concedido a la mujer romana, independientemente de su atribución concreta, lo que perseguía es la restitución de los bienes dotales y dar seguridad a la mujer, en el caso que la disolución del matrimonio no sea debida por su culpa.

Pero paulatinamente, se va a ir separando del concepto anterior, el *privilegium exigendi dotis* como facultad puramente exclusiva de la esposa, para permitir la intervención de otros posibles interesados en la recuperación de los bienes dotales y llegar a adquirir las características de modificabilidad y transmisibilidad del crédito.

²⁸En contra SOLAZZI, op. Cit., p. 168, n. 4.

²⁹*HERMOGENIANUS, lib. V, iuris Epitomarum, D.23.3.74(76): "Si la esposa hubiere entregado dote y no se hubiere casado o si fuese menor de doce años, para que fuere considerada como mujer, pareció bine que a igual que en la dote se le concediera en razón al favor la consideración de privilegio como comprendido entre las acciones personales". --*

³⁰Este mismo argumento, nos llevaría también a negar la referida asimilación matrimonial con la menor de edad núbil. Y sin embargo, de *D.12.4.8* se desprende que la mujer entregada en matrimonio antes de los doce años era tratada en el derecho clásico como una esposa. VOLTERRA, "Precisazioni in tema di matrimonio...", op. Cit., p. 245 ss.

³¹Esta situación nupcial entre quienes aún no tienen edad no es excepcional. Así, según Ulpiano en *D.42.5.17.1 (ULPIANUS, lib. LXIII ad Edictum)*:

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.

³²DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio...*, pp. 46 ss.

2.1.- MODIFICABILIDAD DEL *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS* MEDIANTE PACTO.

La posibilidad de pactos sobre la restitución de la dote ha sido considerada siempre por la doctrina³³. Así VOCI³⁴, considera la posibilidad tanto de *stipulatio*, como de *adstipulatio*³⁵, o de la *adiectio solutionis causa*, a las cuales se le puede incluir la cláusula *cum moriar*³⁶.

Aunque no de un modo suficientemente claro, en las fuentes se alude a la posibilidad de la modificación del *privilegium exigendi dotis* mediante pacto. Un texto de Paulo, recogido en *D.46.2.29*, alude a la modificabilidad del *privilegium*:

*aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata*³⁷.

Donde establece, que los privilegios de la dote y de la tutela se pierden, si después del divorcio se comprende en estipulación la dote (o si después de la pubertad se realiza novación sobre la acción de la tutela) mediante un acto especial, si bien esto no es admisible después de haber contestado a la demanda. En este fragmento se mezclan dos cosas dispares: el

³³Aunque las consecuencias de estos pactos estarían en función del modo de constitución de la dote: Si se trata de *dos profecticia* y se ha estipulado la restitución en favor del constituyente -ordinariamente el padre o un ascendiente paterno- o de sus herederos en caso de disolución del matrimonio, el crédito dotal en favor de la mujer puede pasar de intransmisible en transmisible. Si se trata de *dos adventicia* constituida por otra persona o por la misma mujer podría a través de la *adstipulatio* o la *adiectio solutionis causa*, estipular la restitución en favor propio con lo cual puede modificar el destino del crédito dotal. El uso de la *adstipulatio* o de la *adiectio solutionis causa* va a producir el efecto de aproximar de nuevo la dote al estipulante, o a otra persona a la cual la dote le va a corresponder o le deba de ser restituida. VOCI, *Diritto ereditario...*, op. Cit. p. 275.

³⁴VOCI, *Diritto ereditario romano...*, op. Cit. p. 275.

³⁵La *adstipulatio* por su propia naturaleza quizás fuere la mas aceptable en tanto que no interviene el acreedor directamente sino que vincula al obligado a la restitución en relación a un encargado o representante a llevar a cabo la prestación base de la obligación principal. El *adstipulator*, -en este caso la mujer-, actuaría como acreedor de la segunda obligación, pero estaría legitimada para exigir el pago al propio marido como deudor. VOLTERRA, *Instituciones...* p. 597.

³⁶El uso de la *stipulatio cum moriar* es útil cuando la dote esta constituida por la misma esposa, la cual puede obtener la restitución para la hipótesis que el matrimonio se disuelva por su muerte. Que la mujer pudiera estipular para sus propios herederos, seria inútil. Aunque recibiría la ayuda de la *stipulatio cum moriar*: La promesa de restitución de la parte del marido estaría referida al ultimo momento de la vida de la mujer; en tal caso, la dote debe de ser restituida a los herederos de ella lo que modificaría la trayectoria de los bienes ya que heredero de la mujer puede ser el propio marido. VOCI, *Diritto ereditario ...*p. 275.

³⁷*D.46.2.29, PAULUS, lib. XXIV Quaestionum*: “Muchos ejemplos demuestran que una es la causa de la novación voluntaria, y otra la de juicio aceptado. Caduca el privilegio de la dote y de la tutela, si después del divorcio fuera comprendida en estipulación la dote, o si después de haber llegado a la pubertad se hubiera novado la acción de la tutela si especialmente se hubiera tratado ésto, lo que nadie dijo una vez contestada la demanda.

*privilegium dotis et tutelae*³⁸, sobre los cuales vascula una idea central y es la del tratamiento que reciben ambos privilegios. En el caso que se trate del *privilegium dotis*, se permite la novación del crédito dotal, siempre que no se haya producido la contestación a la demanda.

Nada aclara acerca de si la inmodificabilidad de este *privilegium exigendi* lo es en virtud de la *actio rei uxoriae* o si lo es por la *actio ex stipulatu*³⁹. Pero puesto que se trata de un texto de Paulo, no debería de haber dudas de que se trata de la *actio rei uxoriae*, ya que su abolición formalmente acontece con Justiniano en el año 530⁴⁰. En cualquier caso, de lo que podemos estar razonablemente seguros, es que la *stipulatio* tiene efectos novacionales sobre el privilegio dotal, siempre y cuando se lleve a cabo antes de la demanda⁴¹. En cambio, si la disolución del matrimonio ya se ha producido⁴², no puede ser admitido pacto alguno sobre la modificabilidad de la dote⁴³. Y de la propia concepción del pacto, también depende que el mismo pueda hacerse valer también respecto a los herederos⁴⁴. Esto nos lleva a tratar de examinar a continuación, los casos en los que se pueden admitir pactos sobre su transmisibilidad.

2.2.- LA POSIBILIDAD DE SU TRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS*.

El régimen post-clásico cambia sustancialmente el anterior sistema, fuertemente restrictivo a la transmisibilidad del privilegio dotal. La razón podría estar, en que probablemente había cambiado la estructura de la propia familia y de la sucesión.

Si en la época clásica, el régimen legal es la intransmisibilidad de la dote⁴⁵ matizada por la posibilidad convencional por vía de la *adstipulatio* o la *adiectio*

³⁸Probablemente la referencia al *privilegium tutelae* no es sino a modo de ejemplo.

³⁹En la doctrina, considera entre otros, que no se puede extender a ambas, LAURIA, "La dote romana", Atti Napoli 57 (1937), p. 295 ss.; SOLAZZI parece concluir que correspondería también a la *actio ex stipulatu*. SOLAZZI, *Il concorso dei...* op. Cit., p. 166, n. 1.

⁴⁰Según resulta de C.5.13.1.

⁴¹Según VOCI "Los instrumentos de los cuales las partes se sirven son la *stipulatio* y el pacto. La *stipulatio* sustituye al propio régimen de la transmisibilidad hereditaria a aquel dictado por la *actio rei uxoriae*; ya que se trata de una *stipulatio* de restituir no de dar, el régimen es el de la transmisibilidad activa y pasiva...". VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967, p. 275.

⁴²Disuelto el matrimonio y agotada la función de la dote, el titular -o sea el marido- no tiene motivo para retenerla cerca de el y debe de restituirla. Así se puede ver por ejemplo, en D.23.3.7.3; 23.5.13.2; o también D.23.3.66; 41.2.3.21; C.5.12.11. VOCI, *Diritto ereditario romano...*, p. 271, n. 211; ídem. p. 274.

⁴³Según SOLAZZI "el que la promesa de restituir la dote se lleve a cabo, antes o durante el matrimonio no debería afectar al privilegio de la dotada". SOLAZZI, op. Cit. p. 166.

⁴⁴VOCI, *Diritto ereditario romano...*, p. 276, n. 225, donde cita a modo de ejemplo D.23.4.12 pr; 24; 26.2; 24.3.48; y D.23.4.2.

⁴⁵C.7.74.1.

solutionis causa de una modificabilidad novacional. Según VOICI, las derogaciones al régimen legal eran posibles, bien con el uso de la *stipulatio* o del pacto⁴⁶.

En la época post-clásica y con mayor claridad, después de la constitución de Teodosio II y Valentiniano III⁴⁷ es inevitable admitir esta posibilidad ya que se facilita enormemente los pactos acerca de la disponibilidad de la dote.

En la época justiniana, la culminación del proceso la podemos encontrar en la constitución del primero de noviembre del 530, recogida en C.5.13.1.16:

*illud etiam generaliter praesenti addere sanctioni necessarium esse duximus ut, si qua pacta intercesserit vel pro restitutione dotis vel pro tempore, vel pro usuris, vel pro alia quacunque causa, quae nec contra leges nec contra constitutiones sunt ea observentur*⁴⁸.

Con lo cual, alcanzan plena validez cualesquiera pactos⁴⁹ dirigidos a la restitución de la dote, siempre y cuando no fueran contrarios a las leyes o a otras constituciones. Queda abierta pues, de esta forma, la consideración de un nuevo tipo de acción, diferente de las anteriores que va a recibir el término genérico de *actio de dote*⁵⁰. El nombre de *actio de dote* va a ser utilizado por los compiladores de las Pandectas; mención que sustituiría en varios fragmentos a la más antigua de *actio rei uxoriae*⁵¹. Dicho término es por tanto suprimido de los textos recogidos en el Digesto e invariablemente sustituido. Las dificultades que plantea determinar, quién es el que va a estar legitimado para realizar tales pactos, van a ser resuelto en la misma constitución. Así en C.5.13.1.13:

*in praesenti autem non sic esse volumus, sed si non speciliater extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus est vel pactum fecerit, tunc praesumatur mulier ipsa stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat*⁵².

⁴⁶VOICI, *Diritto ereditario romano*, ...p. 278, n. 235.

⁴⁷C. TH. 3.13.4; C.5.11.6 (ann. 428).

⁴⁸C.5.13.1.16, Lampadio et Oreste (530 ann.): “ *También hemos considerado necesario añadir en general esto a la presente sanción, que si hubieran mediado algunos pactos tanto para la restitución de la dote, como respecto al tiempo, o en cuanto a los intereses, o por cualquier otra causa, se observaran los que no sean contrarios a las leyes, ni contra las constituciones*”.

⁴⁹Por otra parte, Justiniano en C.5.13.1.13 a igual que lo hemos visto en el fragmento 16 habla indiferentemente de pacto y de estipulación.

⁵⁰VOICI, *Diritto ereditario romano...*, p. 279, n. 238.

⁵¹Por otra parte, Justiniano aboliría también las *retentiones* (C. 5.13.1.5).

⁵²C.5.13.1.13, “*Por la presente no queremos que esto sea así, sino que si el extraño al entregar la dote, no estipuló especialmente para su propia persona la dote o no hubiere hecho pacto, que en dichos casos se presuma que la misma mujer hizo la estipulación para que por tal circunstancia le corresponda a ella la dote*”.

Aunque el texto se refiere evidentemente a la *dos adventicia*, -ya que habla de *extraneus dotem dando-*, Justiniano va a aplicar su idea de una *fictio stipulationis* de tal manera que llega a suponer que la mujer puede estipular para sí la restitución, a menos que exista un pacto expreso anterior sobre ello que lo impida. Sea de forma ausente, porque el texto lo permite pensar, o bien sea de forma ficticia, el resultado no cambia: la mujer tiene acción. En realidad, la legitimación de la mujer ya había sido admitida como precedente, en cuanto a la *adiectio*, la cual legitima a la mujer para recibir el pago⁵³.

En este sentido, en D.23.4.23 se concedía a la mujer como *adiecta* una acción, que el texto llamaba *utilis*⁵⁴, y que precisamente por ello, VOICI considera que esta acción no pudo ser de origen justiniano⁵⁵. Esta *actio*, se podría tratar de una antecedente de la *fictio stipulationis* justiniana⁵⁶.

Salvado el escollo de la legitimación, lo que es indudable es que una nueva especie de *actio* es introducida. Ahora bien, lo que nos quedaría por saber si es posible su transmisibilidad *intervivos* o *mortis causa*.

2.2. LA POSIBILIDAD DE SU TRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS*.

La posibilidad de una transmisibilidad *inter vivos* del crédito dotal por vía estipulatoria, se va abriendo camino a través de diversos pactos, tanto en la *dos profecticia*, como en la *dos adventicia*. Estos *pacti*, concluidos en favor propio o del propio hijo para posibilitar el cambio en la trayectoria restitutoria de los bienes dotales van a cambiar sustancialmente el régimen hasta entonces imperante. Las fuentes contienen ejemplos de ello, como son sendos fragmentos de Celso y de Pomponio. El texto de Celso, recogido en D.2.14.33:

*avus neptis nomine quam ex filio habebat, dotem promisit et pactus est ne a se neve a filio suo dos peteretur. Si a coherede filii dos petatur ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit filius vero exceptione conventionis recte utetur. Quippe herederi consuli concessum est nec quicquam obstat uni tantum ex heredibus providere si heres factus sit ceteris autem non consuli*⁵⁷.

⁵³*Adiecta* es la mujer que llega al matrimonio, la cual tiene derecho a la restitución de la dote como si lo hubiese expresamente estipulado, como es acogido en D.45.1.56.2.

⁵⁴La referencia a una especie de *actio utilis* es mencionada tanto en D.24.3.45 (Paulus, lib. VI *Quaest.*): *...Sed permittendum est nepti ex hac avita conventionione, ne commodo dotis defraudetur utilem actionem*; como en D.45.1.45.2 (Paul. 12 *Sab.*): *...Sed primo casu filiae utilis actio competit*; o en C.5.14.7 (Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS, ann. 294-305): *...tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio*.

⁵⁵VOICI, *Diritto ereditario romano...*, p. 284, n. 245.

⁵⁶Aunque RICCOBONO en cambio, que estudia particularmente la *quaestio* de Paulo de D.24.3.45, cree en el origen clásico de la *Actio utilis*. RICCOBONO, *Formazione e sviluppo del diritto romano*, Palermo 1.934, p. 262. ALBERTARIO, en contra de RICCOBONO mantenía que ninguna *actio utilis* se concedía en el derecho clásico. ALBERTARIO, *Studi I*, p. 351.

⁵⁷D.2.14.33, CELSIUS, lib. I *Digestorum*: “ *El abuelo prometió dote en nombre de la hija porque tenía un hijo, pactando que ni a él, ni a su hijo se pidiera la dote, pero que si se pidiera la dote al coheredero del hijo, ciertamente éste mismo no podrá quedar amparado por la excepción del pacto, , aunque el hijo si podrá utilizar válidamente la excepción de dicho convenio, , porque le está permitido cuidar de los intereses del heredero. Y*

Era discutido en derecho clásico, si una parte pudiese pactar para sí y para otro (u otros) a través de sus herederos. Y por otra parte, se planteaba la cuestión de si se podría pactar en favor propio o de otros, incluidos los herederos, del presente texto se podría pensar que Celso era de la opinión afirmativa.

En relación con éste, un fragmento de Pomponio recogido en D.23.4.10, parece establecer un criterio similar:

*avus pactus est cum dotem pro nepote suscepisset ne a se neve a filio dos peteretur ab alio vero quam filio herede ut dos peteretur. Exceptione conventionis filius tuendus erit, quippe heredi nostro cavere concessum est, nec quicquam obstat, quominus certae personae, si heres erit sibi, caveri possit, quod non idem et in ceteribus heredibus cavetur: et ita Celsus scribit*⁵⁸.

En ambos casos, el abuelo pacta sobre la dote, estipulando en el primer caso *pro neptis*, en el segundo *pro nepote*, que la dote no sea devuelta ni a él, ni a su hijo, sino a otro coheredero del hijo, el cual va a ser amparado con una *exceptio* procedente de la misma *conventio* con la idea de perseguir el efecto de que la dote sea devuelta sólo a este último, de tal manera que el pacto aprovecha a uno solo de los herederos.

La dificultad estriba en que si bien, teóricamente era admisible que cualquiera pudiera pactar para sí y para sus propios herederos, aquí se introduce una nueva modalidad. La restitución no va dirigida al hijo que interviene en el pacto, sino a otro que no lo hace. De ahí que, o bien habría que entender que el otro heredero debe de ser también mencionado como destinatario, o bien considerar que el texto de Celso ha sido corregido para ajustarse a las tesis justinianas de permitir los pactos a favor de terceros, ya que en caso contrario iría contra de la regla *obligatio a persona heredis incipere non potest*⁵⁹.

Las diferencias entre ambos textos están, en que mientras que en el texto de Celso de D.2.14.33 es el abuelo el que promete la dote y pacta en favor de otro, que no es el hijo interviniente sino otro coheredero. En cambio, Pomponio, reclamando a su favor la opinión de Celso⁶⁰, es el abuelo el que recibe la dote en razón al matrimonio del nieto. Y aquí, si que nos encontramos con un autentico *pactum de non petendo*, en tanto que pide que la restitución no le sea pedida ni a él ni al hijo, sino a otros coherederos.

nada obsta que se cuide de tan solo de los de un heredero, si hubiere sido instituido heredero, y que no cuide de los demás”.

⁵⁸D.23.4.10, POMPONIUS, lib. XXVI ad Sabinum: “El abuelo pactó que si hubiera recibido la dote por su nieto, que no se le pediría la dote ni a él ni al hijo, sino que la dote se reclamara al otro heredero que no fuera su hijo. El hijo podrá ampararse con la excepción de tal pacto, ya que está permitido proteger a nuestro heredero, no siendo obstáculo para ello el que pueda protegerse a persona cierta si fuera heredero de uno propio, y que no se considere igual a los demás herederos, cosa que también escribe Celso”.

⁵⁹VOCI, *Diritto ereditario romano...*, pp. 289-290, nn. 251-252.

⁶⁰El hecho de que Pomponio reclame la opinión de Celso estaría más relacionado con que el supuesto se refiere aparentemente a un mismo caso. Lo que explicaría las palabras *et ita Celsus scribit*. VOCI, supone que las palabras *Celsus scribit* fueron seguidas en el texto original de la mención del caso al cual Celso efectivamente se refería. VOCI, op. Cit., p. 290, n. 252.

La misma posibilidad de la transmisibilidad del crédito dotal se va abriendo camino así mismo en la *dos adventicia*. Según VOCI "*Cuando la dote es adventicia, el debito de la restitución es en favor de la misma persona vista en el caso de la dos profecticia. El crédito de la restitución procede o no, según las variadas causas de disolución del matrimonio. Muerta la mujer, nadie puede pedir la dote. Muerto el marido, o sobrevenido el divorcio, el crédito es atribuido, bien a la mujer sui iuris o bien a su pater familias, pero es no es transmisible a los herederos respectivos...*"⁶¹, que presumiblemente podrían serlo incluso del propio fallecido. Esta eventual posibilidad de la transmisibilidad *intervivos* del crédito dotal podemos encontrarla en un complicado texto de Paulo⁶², recogido en D.24.3.45(46):

*Gaius Seius avus maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est: "si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque". Quaero, cum Seius avus maternus statim vita defunctus sit et Seia postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo, in cuius potestate est an et cui actio ex hoc pacto et stipulatione competat et utrum heredi avi materni ex stipulatu an nepti. Respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est Seiae posse dotem solvi (quamvis actio ei directo non competat), ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. Sed permittendum est nepti ex hac avita conventionem, ne commodo dotis defraudetur utilem actionem: favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est*⁶³.

⁶¹VOCI, *Diritto ereditario romano...*, op. Cit. p. 273, n. 219.

⁶²PAULUS, *lib. VI Quaestionum*.

⁶³D.24.3.45(46), PAULUS *lib. VI, Quaestionum*: " Cayo Seyo, abuelo materno de su nieta Seya , que estaba bajo la potestad de su padre, entregó a su marido, Lucio Ticio, cierta cantidad de dinero a titulo de dote, incluyendo en el instrumento dotal un pacto y una estipulación comprensiva de si entre el marido Lucio Ticio y Seya se procediera al divorcio sin culpa de la mujer, toda la dote fuese devuelta y restituida a Seya, la mujer, o a Cayo Seyo, su abuelo materno. Pregunto, si habiendo muerto el abuelo materno Seyo, y posteriormente Seya sin culpa suya se divorció, en vida de su padre bajo cuya potestad estaba ¿A quien le corresponderá la acción resultante de este pacto derivado de la estipulación, si al heredero del abuelo materno según lo estipulado o a la nieta?. Respondí, que si bien es verdad que en cuanto a la persona de la nieta se consideraba que tal estipulación se había formulado inútilmente porque se propone una estipulación por el abuelo materno en favor de ella, lo que parece que siendo así la acción corresponde al heredero del estipulante, dado que la mujer se ha divorciado. Pero se ha de decir , que se le puede pagar a Seya la dote, aunque no le compete directamente la acción, lo mismo que si el abuelo hubiera estipulado la restitución directamente en favor de él o de ella; no obstante, se le ha de permitir a la nieta, para que no se defraudada en el beneficio de la dote, que se le reconozca la acción útil derivada de esta convención del abuelo, ya que se ha de recurrir a esto por el favor de la nupcias, y máximo por consideración al afecto de las personas".

El texto plantea la siguiente cuestión: El abuelo materno de Seya, Gayo Seyo, constituye dote mediante la entrega de una suma de dinero que entrega a Lucio Ticio, marido de Seya. Ambos estipulan en pacto dotal, que si el matrimonio se disuelve *por divorcio*, sin culpa de Seya, la dote fuera restituida en primer lugar a Seya y en segundo lugar al abuelo. Una vez que se ha producido el fallecimiento del abuelo de Seya, tiene lugar el divorcio sin culpa de Seya, y supuesto que Seya está aún bajo la potestad de su padre⁶⁴, se plantea la cuestión de si la legitimación para reclamar la restitución dotal corresponde a los herederos del abuelo constituyente, puesto que el abuelo ha muerto⁶⁵, o si le correspondería a la propia nieta.

La respuesta del jurista es, que aunque no le correspondía directamente la acción a Seya, sin embargo, se le concedería una *actio utilis*, a modo de una *fictio* para no tener que reconocer que dicha actuación estaba viciada de forma, sobre la base del favor de las nupcias y la máxima protección o afecto de las personas (*favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum*).

La diferencia con el régimen clásico estriba en que aquí, el abuelo no estipula para si y en segundo lugar para la nieta, sino que invierte los términos, con lo cual esta estipulación iría contra la prohibición de permitir los contratos en favor de terceros⁶⁶. Esto, a menos que nos acojamos a la explicación de la introducción de la *fictio*.

Y por otra parte, esto nos llevaría a pensar en la cuestión de si la intervención justiniana en el texto supone la derogación de la prohibición de los contratos en favor de tercero al concederle acción a quien ni siquiera ha intervenido en la *stipulatio* (en este caso la hija), reconociéndole a la mujer una *actio utilis*⁶⁷.

La conclusión que se abre paso es la de tratar de justificar o al menos reconocer, que la legitimación es atribuida a la mujer debido a la protección que se concede a quienes por estar bajo potestad, están más necesitados de ella. De ahí que a pesar de faltar la *voluntas*, en el caso de la mujer o la prohibición existente para el constituyente, se permite por algunas constituciones estipular en favor de los hijos si están en potestad⁶⁸. De esta

⁶⁴Lo que desconcierta un tanto, pues ha contraído matrimonio. Pero si ello fuera así ...¿Cómo justificar la no intervención del padre?. Para VOICI, probablemente tal mención vendría planteada con la finalidad de hacer más admisible el régimen de legitimación de la acción, ya que si la respuesta fuera negando la acción no tendría sentido pronunciarse. VOICI, op. Cit., p.283, n. 242.

⁶⁵En realidad debiera ser al padre, si fuera cierto que está bajo su potestad.

⁶⁶VOICI, op. Cit., p. 283.

⁶⁷ALBERTARIO es favorable a esta última tesis (*Studi... I*, p. 351). Por otra parte, la solución para salvar la prohibición y ver en el pacto una *adiectio* válida respetando los moldes clásicos de conceder a los herederos del estipulante la acción y a la *adiecta* solamente la facultad de reclamar la *solutio* es demasiado sutil. VOICI, op. Cit., p. 284.

⁶⁸Este es el caso recogido en C.5.12.246 (DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS, *ann. 294.*): *Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem.*

forma, se busca conceder a la mujer una *actio utilis* que va a ser el antecedente de la justiniana *actio dotis*.

2.3. CASOS DE TRANSMISIBILIDAD *MORTIS CAUSA*.

¿Se podría dar la misma posibilidad de la transmisibilidad del crédito dotal en caso de muerte?. O dicho en otros términos, ¿son posibles los pactos sobre la restitución del crédito dotal en caso de muerte?. Las fuentes nos ofrecen distintos supuestos donde parece contemplarse tal posibilidad. Así un texto de Africano, recogido en D.23.4.23:

pater cum filiae suae nomine dotem daret, pactus est, ut mortua filia uno pluribusve liberis supertitibus deducta parte tertia reliqua dos sibi aut post mortem suam illi aut illi filiis quos in potestate habebat reddatur: deinde haec ita fieri stipulatus est: post mortem eius mulier in matrimonio decesserat relictis filiis: quaestium est, an ex stipulatione duas partes illi petere possint. Respondi non posse: etenim vim stipulationis hanc esse, ut, si in matrimonio mortua esset, dos patri redderetur et perinde habendum ac si talis stipulatio interposita fuisset: "si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?", Nam et si post mortem stipulatoris navis venisset heredi deberi⁶⁹.

Si prescindimos del argumento analógico "*si navis ex Asia venerit...*", el supuesto plantea en régimen de dote profecticia una estipulación, según la cual, el padre acuerda que caso de disolución del matrimonio *por muerte de la hija*, existiendo hijos, un tercio lo retendrá el marido y dos tercios serían para el padre o después de su muerte a sus hijos en potestad⁷⁰.

La cuestión se plantea cuando a la muerte de la hija le sigue la del padre, preguntándose si podrían los hijos reclamar en virtud de la *stipulatio* para obtener el resto de

⁶⁹D.23.4.23, AFRICANUS, *lib. VII Quaestionum*: "Un padre al entregar la dote en nombre de su hija, pactó que muerta la hija dejando uno o mas sobrevivientes, se le devolviera, deducida la tercera parte, la restante dote a él, o después de su muerte a éste o a aquel de los hijos que tuviere bajo su potestad. Y así quedó esto estipulado. Después de su muerte había fallecido en matrimonio la mujer dejando hijos, se preguntó ¿Podrán solicitar ellos las dos partes en virtud de la estipulación?. Respondí que podían, porque ese el alcance de dicha estipulación, que si ella hubiere muerto durante el matrimonio, la dote se devolvería al padre, y por tanto se le ha de dar el mismo tratamiento que si se hubiese puesto como estipulación: "Si la nave viniera de Asia ¿prometes que se me entregue, o después de mi muerte a Lucio Ticio?". Porque se considera que también se debe entregar al heredero, si en tal caso la nave hubiese llegado después de la muerte del estipulante".

⁷⁰Esta alusión nos llevaría a hacer referencia al régimen de las *retentiones*. Según VOCI, "... Quien tiene la carga de restituir la dote tiene también el derecho de retener una parte por causa de la dote (date causa)... Justiniano aboliendo las *retentiones* no ha cancelado el recuerdo de los textos clásicos. Sabemos que en el régimen de la dos profecticia, disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, el marido tiene en las relaciones con padre de ella, el derecho de retener tantos quintos de la dote cuantos sean los hijos (hasta el completo agotamiento de la dote misma). Disuelto por el contrario el matrimonio por divorcio, debido a culpa de la mujer o del padre de ella, el marido (tanto en el régimen de la dos profecticia como en el de la dos adventicia) tiene derecho a una *retentio propter liberos* y una *retentio propter mores*: *Propter liberos* retiene un sexto para cada uno de los hijos (hasta la cantidad máxima de tres sextos); *propter mores* retiene un sexto o un octavo, según que se trate de *mores --graviores* (adulterio) o *leviores* (faltas menores). Hay todavía las *retentiones propter donatas, propter res amotas, propter impensas*, que se hacen valer independientemente de la naturaleza de la dote y de la causa de la disolución del matrimonio ". VOCI, *Diritto ereditario romano...*, p. 276.

la dote. Si no hubiera mediado tal estipulación probablemente la restitución de la dote debería de ir destinada a los herederos de la mujer, pero la existencia del pacto dotal cambia substancialmente esta trayectoria ya que pretendidamente va a ir destinada en favor de los hijos del constituyente *causa post mortem patris*.

La conclusión es que se permite el cambio de destino de los bienes dotales y concede la posibilidad de pedir la restitución en favor de quienes no han tomado parte en la estipulación, pero que si van a ser beneficiarios del pacto. En el régimen clásico, esto no sería posible, pues la regla *obligatio a persona heredis incipere non potest* obligaría a una respuesta negativa. Sin embargo, la referida *stipulatio* convierte a los hijos del estipulante en *adiecti* lo que hace posible la restitución de los bienes dotales, no por razón de ser herederos del padre, sino en virtud de la *adiectio solutionis causa*⁷¹.

La transmisibilidad al heredero estaría pues en función de que medie pacto o no, pues si no lo hubiera el régimen legal sería el de la intransmisibilidad⁷², como aparece en C.7.74.1⁷³, según vimos donde el privilegio de la dote, al ser personal no es transmisible al heredero:

*scire debes, privilegium dotis quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non transire*⁷⁴.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ARTICULO *PRIVILEGIUM DOTIS*

¹ ALBERTARIO, *Studi I*, p. 351.

² CASTELLI, "In torno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano", *Scritti giurid.*, I, Milano 1923, pp. 129 ss.

³ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2 (Le garanzie reali), Padova 1963, p. 272 ss.

⁴ LAURIA, "La dote romana", *Atti Napoli* 57 (1937), p. 295 ss.

⁵ LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, p. 305 ss.

⁶ RICCOBONO, *Formazione e sviluppo del diritto romano*, Palermo 1.934, p. 262.

⁷ SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori nel Diritto Romano*, Napoli 1940, pp. 168 ss.

⁸ VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967, p. 272 ss.

⁹ VOLTERRA, "Precisioni in tema di matrimonio...", *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*. Roma, 1930.

Prof. Dr. LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE GRANADA

⁷¹Véase, VOCI, *Diritto ereditario romano...*, op. Cit., pp. 280-282.

⁷²SOLAZZI, *il concorso dei...* op. Cit., p. 170.

⁷³SEVERUS et ANTONINUS, *ann.* 209.

⁷⁴C.7.74.1, (IMP. Severus et Antoninus): "Debes de saber que el privilegio de la dote que usan las mujeres en la acción de dote, no pasa al heredero".