

LA RESERVA BINUPCIAL EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL: ANTECEDENTES Y CONSECUENTES DE LA LEY 15 DE TORO

SUMARIO: Planteamiento.—I. El origen bajoimperial de la institución.—II. El desenvolvimiento de la tradición romana en el derecho visigodo: a) el Código de Eurico; b) el Breviario de Alarico; c) el Liber Iudiciorum.—III. El derecho medieval español anterior a las Leyes de Toro: a) la incipiente regulación en algún fuero municipal; b) el Fuero Real: la herencia de la tradición visigoda, más concretamente del Liber; c) entre tradición y Derecho Común: Las Partidas.—IV. La Ley 15 de Toro: los problemas que plantea y su desarrollo doctrinal a partir del Derecho Romano Justiniano.—V. El mantenimiento del anterior desarrollo en la Codificación.—VI. Consideración final.

Pretendemos en este trabajo esbozar unas notas en torno a la historia de la obligación que pesa sobre el viudo o viuda que contraen segundas nupcias —o terceras—, consistente en reservar para los hijos del primer matrimonio —o del segundo— determinados bienes que de otra forma seguirían el curso normal de la herencia e irían a parar a manos de los hijos del segundo o tercer matrimonio o a extraños. No se trata, como veremos enseguida, de simples limitaciones a la facultad de disposición del viudo sobre los *materna* o de la viuda respecto de los *paterna*, sino de una especial obligación de reservar, acompañada en la generalidad de los casos, de una prohibición de enajenar, que sólo acaece cuando sobrevienen segundas nupcias. De ahí, la denominación de *binupcial*, en adherencia, pues, a la noción que acabamos de exponer. Nuestro objetivo será el tratamiento, a lo largo de los distintos apartados, además de las cuestiones relativas al origen de la institución, de los problemas relacionados con los elementos reales y personales de la misma, esto es, qué bienes o qué masas de bienes están sujetos a reserva y la determinación de quién aparece en cada momento obligado a reservar.

Debemos manifestar, además, que la historia de la reserva binupcial no es sino un pretexto para poner en práctica un plantea-

miento, ya adoptado en otro momento ¹, heredado de nuestro maestro e iniciado por Otero, consistente en la consideración de la Historia del Derecho español como la evolución autónoma del Derecho Romano en el particular ambiente hispánico. En este sentido, como tendremos ocasión de comprobar, las Leyes de Toro, y en particular la ley 15, fundamental en el tema que nos interesa e invariablemente repetida en la Nueva y en la Novísima Recopilación, no son más que el exponente de esa evolución a que ha sido sometido el Derecho Romano, sea en su tradición teodosiana, mediante la legislación visigoda, sea en su tradición justiniana, consecuencia de la recepción operada en Partidas. La Codificación, en punto a nuestra institución, no hará sino decantarse por una de esas dos tradiciones, a partir del desarrollo doctrinal a que ha sido sometida la propia ley 15 de Toro.

I. La idea de que determinado tipo de bienes deben reservarse por el viudo a los hijos habidos durante el primer matrimonio estaba ya expresada, aunque sin plantearse el problema de las segundas nupcias, por Constantino, en su regulación de las facultades del marido sobre la herencia materna. Nos referimos a *C. Th.* 8.18.1 (= *BA* 8.9.1) y *C. Th.* 8.18.2 (= *BA* 8.9.2) que, reconociendo el derecho de los hijos sobre los bienes dejados por la madre, atribuyen al padre sobre los bienes maternos, además de su administración, un derecho de propiedad, pero sin facultad de disposición, fijándose en un tercio el *praemium emancipationis*, que el *pater* conserva en plena propiedad ². También en la línea de consi-

¹ Nos referimos a nuestra tesis doctoral *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español (desde sus orígenes hasta la Recepción del Derecho Común)*, Granada, 1986, aún inédita

² Sobre los problemas planteados por estas constituciones imperiales y sobre la clase de derecho que es atribuido al padre, vid GROSSO, G., *Usufrutto e figure afini nel diritto romano*, Torino, 1958, p. 377 y s., quien pone de manifiesto la idea de propiedad temporal que emerge de las mismas, en conexión con la tendencia vulgar en confundir usufructo con propiedad; OTERO, A., «La mejora», en *AHDE*, XXXIII (1963), pp. 17-21 (= OTERO), VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. primo Introduzione. Parte generale, Milano, seconda edizione riveduta, 1967, p. 649, nota 115, quien al hacer notar que en *C. Th.* 9.18.3 aparece el término *usufructo* sugiere, para *C. Th.* 8.18.1 y 8.18.2, una imperfecta redacción, más que una verdadera evolución de conceptos, GACTO, E., *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Sevilla, 1977, p. 35, nota 48 (= GACTO, *La condición*).

deración hacia los hijos del matrimonio, Constantino, al regular por primera vez la nueva institución de la donación nupcial, que se presenta como aportación del marido a fin de que se constituya en patrimonio familiar del que pueda servirse la viuda, estableció la devolución de esta donación a los hijos o a los padres del donante en el caso de muerte prematura de éste³. Por último, y siguiendo la tendencia del derecho clásico de penalizar las segundas nupcias, los emperadores Graciano, Valentiniano, Teodosio, ampliando el tiempo de luto de diez meses (*D.* 3,2,1) a un año, por considerar corto el antiguo plazo, establecen no sólo la nota de infamia para la mujer que contrae segundas nupcias antes del año, sino la pérdida, en favor de los hijos, de todo lo que la mujer hubiese recibido del marido *iure sponsalium vel iudicio defuncti coniugis*⁴.

Sin embargo, es preciso esperar al año 382 para que los mismos emperadores estableciesen lo que constituye la primera regulación de la reserva binupcial. Hablamos de la constitución *Feminae*, *C. Th.* 3.8.2⁵:

Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas transierint nubtias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsaliorum iure, quidquid etiam nubtiarum solemnitate perceperint, quidquid aut mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicomissi vel legati titulo vel cuiuslibet

³ *C. Th.* 3.5.2 Vid. GARCÍA GARRIDO, M., «El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico», en *AHDE*, XXIX (1959), pp. 397-399 (GARCÍA GARRIDO, *El régimen*).

⁴ *C. Th.* 3.8.1 (*BA* 3.8.1): *Si qua ex feminis perditio marito infra anni spatium alteri festinarit innubere —parvum enim temporis post decem menses servadum adicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus— probos inusta notis honestioris nobilitate personae et decore et iure priveretur atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsaliorum vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat et sciat nec de nostro beneficio vel adnotatione sperandum sibi esse subsidium.* (Citamos por MOMMSEN, Th. y MEYER, P. M., *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes*, Dublin/Zurich, 1971) La constitución transcrita pasa a *CJ* 5 9 2, pero se le suprime la advertencia final desde «amittat»

⁵ OTERO, p 27 y ss no sólo encuentra en la constitución *Feminae* el origen de la mejora, aunque no se le denomine así, sino también el punto de arranque del paralelismo entre los *bona paterna* y *materna*, y, posiblemente, la base de a troncalidad.

munificae liberalitatis praemio ex bonis maritorum fuerint adsecutae, id totum ita ut perceperint integrum ad filios, quos, ex praecedente coniugio habuerint, transmittat vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quidquam eaedem feminae ex isdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam praesumat atque habeant potestatem: possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. Nam si quid ex isdem rebus per fraudem scaevioris animi in alium quemlibet fuerit translatum, maternarum redintegrabitur compensationibus facultatum, quo inlibata ad hos quos statuimus heredes bona et incorrupta perveniant. Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex isdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, qui sorores vel sororem, non etiam fratrem relinquens senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, seu etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sororibus tantum, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit, quod successionis beneficio mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his qui supererunt ex priore suscepti matrimonio filiis relinquat nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quidquam abalienandi habeat potestatem. Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem vel natus native decesserint, omne quod quoquomodo perceperint, pleni proprietate iuris obtineat, atque ex his nascendi domini et testandi, circa quem voluerit, liberam habeat potestatem. Simili etiam ammoneri maritos volumus et pietatis et legis exemplo; quos, etsi vinculo non adstringimus velut impositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus ut sciant ut a se promptius sperari contemplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matribus imperatur: ne, si ita necessitas suaserit, et circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab his oporteat, quod optari interim sperarique concedeat.

Es posible que en la práctica las mujeres viudas observasen por propia iniciativa, en beneficio de los hijos de su primer matrimonio, lo preceptuado por *C Th.* 3.8.2. De ser ello así, la constitución *Feminae* no vendría sino a dar carácter legal, y también obligatorio, a una conducta observada voluntariamente, pero que, por ser voluntaria, podía también omitirse ⁶. Veamos el conteni-

⁶ Vid. GARCIA GARRIDO, *El régimen*, p. 401, nota 35, OTERO, p. 29

do de esta extensa constitución⁷: 1) La constitución obliga, en primer lugar, a las mujeres que contraigan segundas nupcias y tengan hijos del primer matrimonio a conservar para éstos todo lo que haya recibido de su primer marido en concepto de donación nupcial y también lo recibido por donación *mortis causa*, por testamento, por fideicomiso, legado o por cualquiera otra liberalidad; 2) sobre todos estos bienes reservados a los hijos, la madre viuda que pasó a segundas nupcias sólo conserva, de por vida, el usufructo de los mismos; 3) ello quiere decir que no tiene facultades de disposición ni de enajenación. En el caso de que la madre enajenase indebidamente alguno de estos bienes, han de retornar reintegrados de los bienes maternos, a los hijos del primer matrimonio; 4) quedan también reservados para los hijos del primer matrimonio, y, por lo tanto, insusceptibles de enajenación o transmisión por testamento, los bienes que la madre herede de los hijos en la porción que fija el *SC Tertuliano*, sobre los que conserva en vida *sola tantum possessione*; 5) si no existiesen hijos del primer matrimonio o en el caso de fallecimiento de los mismos, la madre adquiere en plena propiedad los bienes originariamente reservados a los hijos, pudiendo enajenarlos con total libertad a cualquier otra persona; 6) acudiendo a criterios que demuestran el influjo del Cristianismo en el Derecho romano (*pietatis exemplo, religionis tamen iure cohibemus, contemplatione iustitiae*), la constitución finaliza exponiendo la conveniencia, que no la obligación, de que el marido que pase a segundas nupcias observe el mismo régimen establecido para las mujeres⁸.

En sus orígenes, por tanto, la reserva es sólo una obligación que recae sobre las mujeres respecto de lo recibido por cualquier título de su primer marido y respecto de lo que haya recibido de un hijo⁹. Será necesario esperar casi sesenta años más para que se ponga punto final a esta desigualdad entre mujer y marido binubos¹⁰. Entre tanto, la legislación bajoimperial está preocupa-

⁷ Omitiremos en adelante las referencias al derecho de preferir de la madre o del padre respecto a los hijos, para estos aspectos nos remitimos al trabajo de OTERO, citado en la nota ²

⁸ OTERO, pp 27-30, GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, pp 400-401; GACTO, *La condición*, pp 70-71, aunque más centrado en la Interpretatio de *C Th 3 8 2*.

⁹ *C Th 3 8 2* pasará a *CJ 5 9.3* con importantes modificaciones

¹⁰ Vid infra p

da por dejar bien claro cuál es el destino de la donación nupcial y las facultades que con respecto a ella tiene la mujer que, una vez viuda, pasaba a segundas nupcias.

En la línea de pensamiento consistente en considerar la donación nupcial como un patrimonio familiar del que, una vez muerto el marido, esto es, el donante, pueda servirse la mujer viuda, una constitución del año 398, *C. Th.* 3.9.1, de Arcadio y Honorio, establece una neta diferenciación entre la suerte de la donación nupcial y la suerte de los demás bienes, caso de que acaeciesen segundas nupcias. La distinción aquí operada, que sería recogida en textos posteriores, marca el desarrollo ulterior de las facultades patrimoniales de la mujer que contrae matrimonio por segunda vez:

Aperta definitione signamus longe aliud esse, quod de rebus ante nuptias a nostra mansuetudine constitutum est, aliud, quod de his, quae ex patrimonio proprio vir suo arbitrio ad usufructum uxori dereliquit. Nam in eo usufructu, quem vir extremam constituens voluntatem de rebus propriis uxori dimiserit, statim post secundas nuptias mulier volumus imminere iacturam secundum eam legem, quae de hoc articulo non dubitatur emissa, de usufructu vero rerum ante nuptias donatarum ea servari, quae saluberrima lex anterior plena definitione decrevit ¹¹.

Se trata del supuesto en que el marido haya dejado a la mujer todos sus bienes en usufructo y ésta haya contraído ulteriormente segundas nupcias. Respetando la idea de que la propiedad de tales bienes pertenecen a los hijos, pero intentando conciliar tal idea con la naturaleza de la *donatio*, se distingue entre el usufructo sobre la donación nupcial, que la mujer conserva pese a haber contraído segundo matrimonio y el usufructo sobre los demás bienes dejados por el marido, que la mujer pierde automáticamente en favor de los hijos del primer matrimonio.

Ahora bien, si la idea de que la propiedad de los bienes que integran la donación nupcial pertenece a los hijos, aunque la mujer sea titular del usufructo sobre la misma mientras viva, es cla-

¹¹ El origen de esta regulación está en una constitución de Teodosio I del 392 (*CJ* 5 10 1) Vid GARCIA GARRIDO, *El régimen*, p. 401, OTERO, p. 30

ra ¹², no está tan claro el problema de qué hijos en concreto son los beneficiarios de la reserva, sobre todo si acontecen ulteriores matrimonios. Otro punto, por tanto, que convenía aclarar era el planteado por el destino de la donación nupcial de los respectivos maridos cuando, como consecuencia de sucesivos matrimonios, existían medio hermanos. Tal extremo es aclarado por Honorio y Teodosio en el año 422, en los siguientes términos:

Cum aliis sanctionibus iusserimus materna bona integra ad liberos pervenire, quod tamen mulier mariti largitate perceperit, ex eo tantum liberi coniugio procreati sibi speciale tamquam paternum noverint vindicandum. Itaque si habens filios in secundas nuptias fortasse transierit, sposaliciam largitatem, quam vir secundas contulerit in uxorem, tantummodo filii qui ex secundo matrimonio suscepti sunt pro soliditate possideant, nec prosit liberis ex prioris susceptis marito, quod mulier in tertia minime vota migraverit. Quod si posterior vir sine liberis ex eodem matrimonio susceptis decesserit, quidquid ab eo ex sponsalium largitate uxor fuerit consecuta, id sibi iurique suo sciat esse collatum, etiamsi ex priore matrimonio donator filios reliquisse doceatur. Ad maternas sane veniens vel ex hoc vel ex quolibet alio titulo facultates omnis posteritas ex quocumque suscepta viro pro debita sibi portione, ut a matre vel spontanea largitate vel per testamentum eius fuerit collata, possideat. Nos enim hac lege id praecipue custodiendum esse deprecavimus, ut ex quocumque coniugio suscepti filli patrum suorum sponsalicias retineat facultates ¹³.

La constitución es ejemplificativa y, por lo tanto, de complicada redacción, pero su intención está claramente expresada al final de la misma: en el caso de varios matrimonios, a los hijos les corresponde la donación nupcial que hizo en su momento su respectivo padre, no teniendo derecho, por tanto, a la donación nupcial que la madre ha recibido de otro, que si también es marido de ésta, no es padre de todos los hijos. Ello quiere decir que,

¹² *C Th* 3 8.3. Nulli videatur ambiguum eorum, quae nubitarum tempore mulieres accipiunt, etiamsi ad secundas nubitias extantibus ex priore matrimonio liberis emenso tempore forte migraverint, in diem vitae usufructum circa eas debere durare, salva his proprietate, quibus ius integrum post earum obitum leges sacratissimae reservarunt, ut manifestum est, quod delatum ex priore coniugio liberis constat

¹³ *CJ* 5 9 4

en el caso de segundas nupcias, la donación hecha por el primer marido aprovecha a los hijos de este primer matrimonio, que no participan en la donación hecha por el segundo marido, que debe ser reservada por la madre para los hijos habidos en esta segunda unión, y así sucesivamente. Ello explica el que la madre adquiriera *sibi iuri suo* la donación del segundo marido, cuando éste muere sin haber dejado descendencia, aunque existan hijos del primer matrimonio.

El texto que convierte la simple recomendación hecha en el año 382 en obligación legal, colocando a marido y mujer en pie de igualdad respecto a la obligación de reservar a los hijos del primer matrimonio es la Novela 14 de Teodosio II del año 439¹⁴:

Officium est imperatoriae maiestatis his etiam, qui nondum nati sunt, providere et in parentum contractibus futuris quoque liberis fructum naturae debitum praeparare. Praeteritae constitutiones mulierem, morte mariti matrimonio dissoluto communibus liberis extantibus, donationem ante nuptias resque alias certis modis ad eam devolutas ex mariti persona isdem liberis quibusdam condicionibus servare praeceperant. Haec divus nostrae mansuetudinis avus humana mente viros quoque, morte mulieris extantibus liberis matrimonio dissoluto, circa dotem resque alias certis modis ad eum ex persona mulieris devolutas isdem condicionibus suaserat observare. Nos feliciter vinculo legis haec a viris observanda censemus. Nam generaliter, quoquo casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quae de bonis mariti ad eam devoluta sunt servare sanxerunt, isdem casibus nos per huius legis auctoritatem maritum quoque quae de bonis ad eum devoluta sunt morte mulieris matrimonio dissoluto, communibus liberis servare censemus nec interesse volumus, si alter pro marito donationem ante nuptias vel pro muliere dotem crediderit offerendam. Haec observari praecipimus, licet res ante nuptias donatae, ut adsolit fieri, in dotem a muliere redigantur; nam et si culpa mulieris repudio matrimonio fuerit dissolutum, maritus totam donationem, non partes ut in altera dote, retinebit.

La constitución es mucho más extensa, pero, por el momento, nos basta este párrafo para los fines aquí perseguidos. Conviene,

¹⁴ GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, pp. 402-403, OTERO, p. 33, GACTO, *La condición*, pp. 71-72

por otra parte, retener con bastante precisión los términos en que se expresa esta constitución, por la importancia que tendrá en el desarrollo ulterior del derecho español, si bien esta influencia la va a ejercer a través de la recepción de la *lex Generaliter* (CJ. 5.9.5), cuyo comienzo está extraído precisamente de esta novela 14 de Teodosio¹⁵. La novela comienza haciendo alusión a anteriores constituciones en las que se ordenaba a la mujer, una vez disuelto el matrimonio por muerte del marido, reservar para los hijos comunes la *donatio ante nuptias* y cualquier otra cosa que hubiere recibido del marido. También se hace alusión a la conveniencia, desde la constitución *Feminae*, de que igual conducta observara el marido con respecto a la dote y otras cosas recibidas de la mujer, cuando el matrimonio se disuelve por muerte de esta última. Pues bien, con esta novela 14 de Teodosio y Valentiniano se estima llegado el momento de que lo que hasta ahora era mera recomendación se convierta en obligación legal (*Nos feliciter vinculo legis haec a viris observanda censemus*)¹⁶.

Por ello, se ordena que en todos aquellos casos en que constituciones anteriores a la presente obligan a la mujer, disuelto el matrimonio por muerte del marido, a reservar para los hijos todos los bienes que hubiese recibido del marido premuerto, reserve también el marido para los hijos comunes los bienes recibidos de la mujer. En concreto, ello significa, según se desprende del régimen existente desde 382 y de la especie de preámbulo que precede a la novela, que el marido que pasa a segundas nupcias debe reservar para los hijos del primer matrimonio la dote y lo recibido por cualquier título de la mujer. La obligación de reserva, además, persiste para ambos, marido y mujer, aunque un tercero haya realizado la *donatio ante nuptias* en lugar del marido o haya

¹⁵ La *Lex Generaliter* no sólo será de constante invocación de la doctrina como elemento interpretativo de P 5 13 26 y de la Ley 15 de Toro: salvando las diferencias de lengua y tiempo, el paralelismo de sentido entre el texto justinianeo y el texto taurino es grande

¹⁶ Sobre el párrafo «*humana mente . suaserat observare*» y, en general, sobre la orientación cristiana de la legislación postconstantiniana, vid BIONDI, B., *Humanistas nelle leggi degli Imperatori romano-cristiani*, en *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1965, pp 593-612, especialmente, por la referencia a la Novela 14 de Teodosio, p 601.

hecho entrega de la dote en lugar de la mujer. Esta también viene obligada a reservar aunque acuda a la práctica de entregar como dote lo que antes había recibido del marido en concepto de *donatio ante nuptias*¹⁷.

La novela 14 completa este régimen estableciendo cuáles son los respectivos derechos de las partes que pueden entrar en conflicto, esto es, hijos, por una parte, y padres bínubos, por otra, y estableciendo las previsiones para el caso de que la herencia no fuese adida por los primeros:

Dominiū autem rerum, quae liberis vel huius legis praeteritarum constitutionem auctoritate servantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo, qui eas liberis reservabat, extantes ab omni possessore liberi vindicabunt, consumptas ab heredibus eius exigent, qui eas servare debuerat. Alienandi sane vel obligandi suo nomine ea res, quae liberis reservari praeceptas sunt, eis que reservaturi sunt adempta licentia est. Negotia vero liberorum patri utiliter administrare concedimus. Dividendi quoque res inter eos ipsos liberos parentibus pro suo arbitrio vel eligendi quem voluerint licentiam non negamus. In his autem casibus, in quibus res ut paternas mater liberis communibus servare praecepta est (hoc est ubi morte mariti matrimonio dissoluto mulier ad alias nuptias venit) vel ubi ut maternas patrem liberis communibus servare censuimus (hoc est ubi morte mulieris matrimonio dissoluto vir ad alias nuptias venit), si hereditatem eius parentis qui prior mortuus est non adierint liberi, licebit eis, tamquam eius tantum res fuerint, eas sibi vindicare, scilicet si vel eius qui posterior moritur hereditatem crediderint adeundam, ne, quod favore liberorum indictum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum videatur inventum. Illud etiam humanis sensibus huic legi credidimus inserendum, ut eo quoque casu, quo lucratur vel mulier res, quae ad eam a marito perveniunt, vel maritus eas, quae ex bonis mulieris ad eum transeunt (hoc est ubi primum matrimonium alterius morte dissolvitur nec superstes ad secundas nuptias venit), si res vel maritus vel uxor (hoc est qui superstes est) non consumpserit vel alienaverit, quod eis ad secundas nuptias non venientibus quasi rerum dominis concessum esse non dubium est, si hereditatem eius qui posterior moritur liberi adiri noluerint, ut eis liceat res a patre profectas ut paternas, a matre ut maternas accipere. Quod autem scitis prioribus continetur, nec a filia quae in potestate est dotionem ante nuptias patri nec a filio dotem acquiri, eo addito confirmamus, ut defunctis his adhuc in potestate patris, si liberis extanti-

¹⁷ GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, p. 403, opina que esta práctica constituye el primer paso hacia la adaptación entre la dote romana y la dote marital visigoda

bus moriantur, ad liberos eorum eadem res iure hereditatis, non ad patrem iure peculii transmittantur nec per nepotes avo videlicet adquirendae¹⁸.

Es decir, se recuerda que el dominio de los bienes sujetos a reserva, no sólo de los que lo están según esta constitución, sino también de los que lo estaban según constituciones anteriores, pertenece a los hijos, que podrán reivindicar de cualquier poseedor los bienes reservados. Se concede a los padres la facultad de administrar los negocios de los hijos, pero no pueden enajenar ni obligar en su propio nombre los bienes sujetos a reserva. La disciplina, sin embargo, encuentra varias excepciones. La primera, deriva del hecho de que los hijos, disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges y habiendo contraído segundas nupcias el cónyuge supérstite, no lleguen a adir la herencia, en cuyo caso este último puede reivindicar para sí los bienes del cónyuge que murió primero; la segunda, derivada del hecho de que, aun disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, el supérstite no pase a segundas nupcias, en cuyo caso puede consumir y enajenar los bienes procedentes del cónyuge premuerto. Si pese a ello, no se han consumido ni enajenado los bienes y los hijos deciden no adir la herencia del último que murió, pueden, sin embargo, reivindicar como maternos y paternos respectivamente los bienes dejados por la madre o el padre premuertos, de los que el supérstite se lucró en vida.

Con la novela 14 de Teodosio tenemos ya igualada la posición del marido y de la mujer en lo que se refiere a la obligación de reservar si pasan a segundo matrimonio. La legislación posterior, sin embargo, ha seguido preocupada por el destino de las diversas aportaciones de los cónyuges y, más en concreto, por el destino de la donación nupcial que, concebida y delineada como un patrimonio familiar, ha sido desde su origen tema de interés preferente en sede de reserva. En este sentido, la legislación de Mayoriano y de Livio Severo, a la que ahora aludiremos, se presenta como los últimos intentos de la legislación bajoimperial de aquilatar la figura de la *donatio* y de, aun a costa de derogar parte de lo ya establecido por emperadores anteriores, fijar los derechos

¹⁸ *Nov Th* 14,4,5,6,7 y 8

de disposición de que goza la viuda respecto a la *Sponsalicia largitas*. Así, Mayoriano, en su extensa novela 6, del año 458, no sólo obliga a la madre a garantizar la conservación de los bienes que integran la *donatio* mediante promesa, sino que pasa a considerarlos como *bona paterna*, con lo que la idea de que la *donatio* tiene por destinatarios finales a los hijos, a los cuales debe reservarse, está ya, si no lo estaba antes, totalmente clara, independientemente de que, según la legislación anterior, la viuda gozase del usufructo sobre la misma¹⁹.

Illarum vero ratio diversa est, quae suscepta prole gaudentes ob hoc ad secundas nuptias non demigrant, ut adfectuosam decentis viri memoriam in alendis et locupletandis filiis sollicita pietate conservent: qua nubendi, si hoc maluerint, libertate suscepta a condicione superioris enarratae definitionis absolvimus, ita ut filiis ex matrimonio priore susceptis, si hoc tamen pars voluerint filiorum, dato fideiussores prospiciant, qui salva fore corpora omnia sponsaliciae largitatis evidenti sponcione promittat. Optionem sane continuae viduitatis matribus eatenus relaxamus, ut filios in gremio indulgentiae suae positos vel donationibus pro merito prosequantur viventes vel heredes suprema voluntate constituat. Illud sane latus divalis constitutionis abolemus, quo videbatur matribus fuisse permissum, ut ex quantitate sponsaliciae largitatis in unum filium, si vellent, portionem maximam conferendi habeant liberam facultatem: in quam nos filios aequa iubemus lance succedere, si quidem recte illa donatio inter bona paterna numerabitur, quam in uxorem maritus contulit tempore nuptiarum²⁰.

Si la igualdad conseguida entre marido y mujer por la novela 14 de Teodosio se ha roto ahora con la novela 6 de Mayoriano²¹, la novela 1 de Livio Severo, del año 463, viene a insistir en la desigualdad, derogando parcialmente la novela 6 de Mayoriano:

Illud tantum ex aedem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet ut post viri obitum sponsalia in usufructum tantum mater habeat et a filius alienare non possit, sive in alias nuptias venerit sive non venerit, et ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex aequo communia in unum aut alterum matri

¹⁹ GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, pp. 408-409, OTERO, pp. 36-37.

²⁰ *Nov. Maior.* 6, 6,7 y 8.

²¹ Entre otras cosas porque suprime el derecho de preferencia de la madre respecto a los hijos, dejando subsistente el mismo derecho para el padre

conferre non liceat. Nan quid est aliud a filiis alienare, si hoc non est, cum proles numerosa contigerit, praetermissis ceteris uni vel alii prave velle intentione largiri? Sint sane matres, si ita libuerit, pro impensis obsequiis in filiorum electione liberales, usufructum suum cui voluerint largiantur: proprietatis commoda cunctis pariter filiis deputata non minuant. In illa tamen parte matribus salva filiorum utilitate consulemus, ne eas necessitas dandae fideiussionis adstringat, quia et factum difficile est super hoc filiis abunde vel prioribus constitutis vel praesenti lege propiscitur, quibus et alienatorum vindicatio competit et ex maternis bonis perditarum redintegratio facultatum, Basili parens karissime atque amatissime...

La idea de que la viuda que pasa a segundas nupcias debe reservar la *donatio* a los hijos del primer matrimonio, a quienes corresponde en último término la propiedad de la misma, conservando la viuda del usufructo, estaba ya expresada, según hemos visto, en la legislación anterior, pero ahora, y aquí radica la novedad, tal previsión se extiende incluso al caso de que la mujer no contraiga segundo matrimonio (*sive in alias nuptias venerit sive non venerit*), correspondiéndole en todo caso el usufructo sobre la donación nupcial. De esta forma, si la equiparación entre marido y mujer quedaba rota por Mayoriano, al abolir el derecho de elección de la madre, la novela de Livio Severo vino a aumentar los supuestos en que la mujer estaba obligada a reservar, insistiendo así sobre la desigualdad existente entre la posición de la mujer respecto a la donación nupcial y la posición del marido respecto a la dote, que sigue siendo objeto de reserva, pero en las condiciones de la novela 14 de Teodosio. Por otra parte, la novela de Livio Severo hace innecesaria la fianza impuesta por Mayoriano para garantizar la conservación de los bienes que integran la *donatio*, pero sigue insistiendo en la imposibilidad de elección de uno de los hijos por la madre, si bien ésta puede disponer libremente de su derecho de usufructo sobre la donación nupcial ²².

II. Esta es la herencia que el Derecho romano deja a la época visigoda ²³, herencia sobre la cual operan los textos visigodos.

²² GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, p. 409. OTERO, p. 38

²³ Para el tratamiento justinianeo de la reserva impuesta al binubo son fundamentales *CJ.* 5.9.3, *CJ.* 5.9.5, *CJ.* 5.9.6, *CJ.* 5.9.7, *CJ.* 5.9.8 y las Novelas de Justiniano, 2, 22 y 98

Antes de proceder al análisis de los mismos, es necesario plantear el cuadro general de los problemas presentados por la legislación visigoda en tema de reserva, cuadro que si se complica en cierta medida, en el fondo viene a acoger las soluciones bajoimperiales, dado el carácter y finalidad de la legislación visigoda en su conjunto.

El Código de Eurico no regula propiamente la obligación de reservar, por parte del bínubo, los bienes dejados por el cónyuge premuerto o por un hijo, sino, más exactamente, el destino de los *bona materna* y las facultades de disposición que sobre los mismos asisten al padre viudo (CE, 321), siguiendo la tradición constantiniana a que nos hemos referido al comienzo de nuestro trabajo, y, de otra parte, las facultades de disposición de la viuda sobre los *paterna* (CE, 322), acudiendo, en cambio, a los principios generales que desde la constitución *Feminae* a la novela de Livio Severo regulaban la reserva impuesta al bínubo sobre los bienes a él transmitidos por vía testamentaria o por cualquier otro título y sobre los bienes que integran la *donatio* nupcial. El Código de Eurico, por tanto, ha adaptado, desarrollándola, la legislación bajoimperial a nuevos problemas. En efecto, como hemos señalado antes, no se trata, en estos casos, de la reserva de bienes dejados a un cónyuge por el otro premuerto o por un hijo, sino de bienes maternos y paternos que, por su misma naturaleza, pertenecen a los hijos. Si traemos a colación tales preceptos, ya estudiados en primer lugar por Otero, desde el punto de vista del derecho de preferencia de los padres respecto de algún hijo a la hora del reparto de dichos bienes, o, en segundo lugar por Gacto desde el punto de vista de las facultades dispositivas que sobre los mismos tienen los viudos, es porque, en tercer lugar, contienen la casuística referente al tipo de reserva que estamos estudiando, esto es, las segundas nupcias. En este sentido, y abandonando toda concepción dogmática sobre la reserva binupcial, es claro que CE 321 y CE 322 deben tenerse presentes porque constituyen no solo limitaciones a las facultades dispositivas de los viudos, sino, de otra parte, previsiones especiales para el caso de que éstos contraigan segundo matrimonio, cuestión ésta que en último término es el hecho desencadenante de la reserva, con independencia de los bienes sobre los que recaiga, aunque, más exactamente, como enseguida veremos, las segundas nupcias en la regulación eu-

riciana determinan no la obligación de reservar, sino la pérdida automática de aquellos bienes que, acaezca o no segundo matrimonio, se estaba obligado a reservar para los hijos. En este sentido, el Código de Eurico, mediante los capítulos 321 y 322, persigue la misma finalidad que late en la institución de la reserva: la no postergación de los hijos del primer matrimonio desde el punto de vista de sus derechos patrimoniales, como consecuencia de que los padres hayan pasado a segundas nupcias, evitando así el conflicto con los padrastros o con los hijos habidos por el cónyuge supérstite, fruto de sus posteriores uniones matrimoniales.

Finalmente, *CE*, 319 no regula exactamente el destino de las donaciones *post obitum* en el caso de que se produzca segundas nupcias, aunque el supuesto de hecho contemplado, adulterio y uniones deshonestas de la madre, pueda estar relacionado con las mismas ^{23 bis}, pero parece que, en todo caso, sus previsiones van en la línea de proteger a los hijos si entendemos a éstos incluidos dentro de los *heredes legitimos* del donante, duda que, como veremos, aparece despejada en la redacción leovigildiana del precepto euriciano mencionado, al citarse expresamente a los hijos como destinatarios de las donaciones del padre.

Ahora bien, el Código de Eurico cuenta tras de sí con toda la legislación imperial, a la que presupone. En nuestro caso, ello significa que al lado de las regulaciones específicas de *CE*, 319, 321 y 322, siguen vigentes, en todo lo referente a la reserva impuesta al bínubo, la constitución *Feminae*, la novela 14 de Teodosio y la legislación posterior, ya analizada. Esta misma covigencia hay que afirmarla cuando se promulga el Breviario de Alarico, en cuyo caso hay que tener en cuenta la regulación euriciano más la selección alariciana de las constituciones bajoimperiales, desarrolladas y puestas al día por medio de la *Interpretatio*, a cuyo análisis nos dedicaremos en este apartado ²⁴.

Por último, el Liber Iudiciorum, etapa final del desarrollo y puesta al día de *CE*, ofrece, de una parte, la versión recesvindiciana, y en su caso ervigiana, de *CE*, 319, 321 y 322, y de otra, la re-

^{23 bis} Así lo cree GARCÍA GARRIDO, vid infra nota 30

²⁴ El planteamiento aquí esbozado sobre la relación entre *CE* y *BA* es tributario de IGLESIA FERREIROS, A., «La creación del Derecho en el reino visigodo», en *RHD*, II-1 (1977-1978), pp. 115-167

gulación del destino de los bienes que el marido entrega a la mujer sin tener la consideración de donación nupcial y la regulación de la propia *donatio*, aunque de acuerdo con la nueva terminología: todo lo que antes era denominado *donatio ante nuptias* se ha convertido en dote marital, recibiendo la denominación de *dos* ²⁵.

a) El problema del destino de los *bona materna* en el caso de que el marido pase a segundas nupcias está tratado dentro del contexto general de las facultades que asisten al viudo con respecto a tales bienes en *CE*, 321:

Si marito superstita uxor forsitan moriatur, filii qui sunt eodem coniugio precreati in patris potestate consistent, et res eorum, si novercam non superduxerit, ea conditione possideat ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare praesumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. Fructus tamen omnes pro suo iure percipiat et una cum filiis communibus consumat expensis. Cum vero filius duxerit uxorem aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam recipiat portionem, ita ut usufructuaria patri tertia derelinquatur. Pater autem tam filio quam filiae, cum XX annos aetatis impleverit, mediam ex eadem quam unumquemque contigit de rebus maternis restituat portionem, etiam si nullis fuerint nuptiis copulati, medietatem vero dum advixerit pater sibi vindicet filiis post obitum relinquentdam. Qui autem novercam perduxerit, omnes facultates maternas filiis mox reformet, ne dum filii cum rebus ad domum transeunt alienam, novercae suae vexentur iniuriis. Eadem quoque de nepotibus forma servetur ²⁶

Independientemente de los otros extremos relacionados con la situación patrimonial del padre viudo, estudiados por Otero y Gacto ²⁷, a nosotros nos interesa el contenido del párrafo referente a la casuística sobre las segundas nupcias. En este sentido, como en otros, *CE*, 321 no hace sino seguir en la línea iniciada por

²⁵ Para la transformación de la *donatio* en dote marital, vid, además de lo dicho supra nota 17, GARCIA GARRIDO, *El régimen*, p 420 y ss

²⁶ Citamos por D'ORS, A, *El Código de Eurico Edición, Palingenesia, Indices*, Roma-Madrid, 1960 (= D'ORS, *El Código*)

²⁷ Vid Bibliografía citada en nota ². Vid además, ZEUMER, K, *Historia de la legislación visigoda*, Barcelona, 1944, pp 299-310 (= ZEUMER, *Historia*), MERA, P, «O poder paternal na legislação visigótica», en *Estudos de direito visigótico*, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1948, pp 8-9 BRAGA DA CRUZ, G, «A sucessão legítima no Código Euriciano», en *AHDE*, XXIII (1953), p 775 (= BRAGA, *A sucessão*), D'ORS, *El Código*, pp 257-258

Constantino, considerando los *bona materna* como un patrimonio cuya propiedad pertenece a los hijos y sobre el que el padre no tiene más que una especie de usufructo sin facultades de disposición, estableciéndose, además, que una vez que el padre ha pasado a segundas nupcias, debe entregar inmediatamente²⁸ a los hijos la totalidad de los bienes maternos.

La hipótesis inversa, esto es, el caso de la madre viuda, está contemplado en CE 322, pero con la diferencia de que al heredar como cualquier hijo, su porción, que es cuota hereditaria y no cuota viudal, no se ve mermada por las vicisitudes de la emancipación de los hijos:

Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis (hay omisión de consideración) usufructuariam iure possideat, ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis.. e conferre preasumat. Quod si eam filii hac portionem matris evertere sive per negligentiam sive per odium eorum forte propexerint, ad millenarium vel ad comitem civitatis aut iudicem referre non differant, ut matrem suam contestatione commoneat ne res quas ad usufructum accepit evertat. Nan usufructum quem ipsa fuerat perceptura dari cui voluerit, filio vel filiae, non vetetur. Verum si ex usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis, post mortem matris de eius facultatibus sariatur. Post obitum vero matris, portio quam acceperat ad filios equaliter revertatur, quia non possunt de paterna hereditate fraudari. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt.

Como en CE, 321 aquí nos interesa sobre todo el problema de las segundas nupcias. La viuda, heredando como cualquier hijo, se convierte en usufructuaria de una porción de la herencia paterna, que debe reservar a los hijos, si bien, como ya había establecido Livio Severo en su novela, puede disponer en favor de uno de los hijos en particular de su derecho de usufructo²⁹. Ahora bien, desde el mismo día en que la mujer contrae segundo matrimonio, pierde su derecho en favor de los hijos sobre su *portio usufructuaria*. Como puede verse, salvo en el hecho de que en un ca-

²⁸ Sobre «*mox*», ZEUMER, *Historia*, p. 302

²⁹ ZEUMER, *Historia*, pp. 310-313, BRAGA, *A sucessão*, p. 776, D'ORS, *El Código*, pp. 259-260, OTERO, pp. 41-42, GACTO, *La condición*, pp. 11 y 14.

so el usufructo se extiende a la totalidad de la herencia materna, con la eventualidad de la merma por emancipación de un hijo, y en otro sólo a una parte de los *materna*, los derechos de viudo y viuda quedan equiparados tanto por lo que se refiere a las respectivas facultades dispositivas, como en lo que se refiere a la pérdida del derecho de usufructo en el caso de que se produzcan segundas nupcias.

Finalmente, aunque no en relación las segundas nupcias, pero sí en relación al adulterio y uniones deshonestas por parte de la viuda, el Código de Eurico regula el destino de las donaciones *mortis causa* hechas por el marido a la mujer, estableciéndose, para los mencionados casos de adulterio e *inhonesta coniunctio*, la pérdida automática de los bienes en favor de los herederos legítimos del marido, entre los cuales podemos contar a los hijos:

Maritus si uxori suae aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulteri fuerit conversata sed in pudicia permanserit, aut si certe ad alium maritum coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem. Sin autem per adulterium seu inhonesta coniunctione se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti si fuerit consecuta, totum incunctanter amittat, et ad heredes donatoris legitimos revertatur³⁰.

b) Al lado de esta regulación euriciana, se coloca el Breviario de Alarico. Si el Código de Eurico no hace sino aplicar los principios generales sobre la reserva en materia de sucesión testamentaria y donación nupcial a la sucesión legítima, el Breviario selecciona tales principios, llevados a sus últimas consecuencias mediante la *Interpretatio*. De esta forma, Código de Eurico y Breviario de Alarico aparecen como complementarios: el primero contemplando el problema de las facultades dispositivas y patrimoniales del bínubo sobre bienes maternos y paternos en la sucesión legítima —CE 319, si bien es relativo a donaciones *mortis causa*, no parece aludir a segundas nupcias—; el segundo, ofreciendo la regulación del mismo problema, pero con respecto a los bienes conseguidos por uno de los cónyuges por vía testameta-

³⁰ CE. 319, GARCIA GARRIDO, *El regimen*, p. 432, cree que el comportamiento honesto puede hacer referencia a la prohibición de contraer matrimonio, interpretación que nos parece errónea al mencionarse expresamente en el precepto la posibilidad de contraer segundo matrimonio

ría o con respecto a los bienes que integran la *donatio* nupcial. Se trata ahora, pues, de saber qué es lo que ha pasado al Breviario, procedente de la tradición bajoimperial, y de qué forma.

Al Breviario pasaron las constituciones constantinianas que regulaban las facultades de disposición del viudo con respecto a la herencia materna ³¹. También pasó al Breviario la constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio, del año 381, que imponía la pérdida de la donación nupcial y de lo recibido por testamento a la viuda que casaba antes del año, aunque la *Interpretatio* es más clara que su modelo en torno a quiénes son los destinatarios de los bienes, previendo incluso el caso de que no haya hijos del primer matrimonio ³². Pero más nos interesa, sin embargo, *Int. C. Th.* 3.8.2, esto es, la *Interpretatio* a la constitución *Feminae* que, como enseguida veremos, se separa del modelo interpretado, incorporando algunas novedades:

Mulieres, quae amissis maritis ad alias postea nubtias legitimo tempore, id est expleto anno, venerint, si ex priore marito filios habuerint, quidquid per sponsaliciam largitatem vel nuptiarum tempore consecutae sunt, totum filiis conservabunt, nec in alias vel extraneas personas noverint trasferendum. Quidquid vero prior maritus per testamentum seu fideicomissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit, de his rebus, quas tali donatione percepit, seu omnibus filiis seu in unum pro merito serviti si conferre voluerit, habebit liberam facultatem, ita ut ei de bonis prioris mariti a filiis ipsius quidquam alienare non liceat. Quod si paresumpserit, de propriis facultatibus noverit compensandum. Hoc specialius huic logi crediderit inserendum, ut mulieri, cum ad alias nubtias venerit, si de filiis, quos ex matrimonio priore susceperat, masculus moriatur, eo casu, ut matrem et sonores aut certe sororem su-

³¹ *Int. C. Th.* 8.9.1 y 8.9.2, que hablan ya resultadamente del usufructo concedido al padre *Int. C. Th.* 8.9.2 *materna bona filiorum defuncta uxore pater ita possideat, ut usufructum de his habeat*. De esta forma, y teniendo en cuenta lo dicho en *CE* 321 y 322, la equiparación entre viudo y viuda con respecto a las distintas masas patrimoniales, materna y paterna, queda totalmente operada

³² *Int. C. Th.* 3.8.1 *Mulier quae post mortem mariti intra annum alteri viro nubserit, sciat se infamiae subiacere et notabilem usque adeo reddi, ut quaecumque sponsalicia largitate percepit, vel si per testamentum ipsi aliquid prior maritus donavit, amittat, et totum illius filius cedat si filii non fuerint, illis profutura personis, qui priori marito gradu proximioribus iunguntur et hoc sibi per successionem poterunt vindicare*

perstitem dimittat et fratrem non dimittat, qui matrem possit excludere, tunc beneficio legis mater cum filiabus vel filia aequali sorte succedat. Si vero filia moriatur et matrem et sorores tantum dimittat, mediam defunctae filiae hereditatem mater adquirat et media sororibus, seu una seu plures sint, proficiat: ea tamen ratione, ut dum advixerit mater, adquisitam ex hac filii aut filiae medietate tantummodo in usufructu possideat et reliquis, si supererunt ex priore matrimonio, filiis post obitum derelinquat, ad alias personas in transferendo nec per testamentum nec per donationem habitura licentiam. Cui mulieri si de priore marito filii non supersint, tunc quacumque sub ac occasione percepit, sibi velut propriam vindicet facultatem et in quemcumque voluerit, iure transmittat. In hac etiam lege similem et patres mortuis uxoribus conditionem, si ad alias nuptias venerint, voluit observare, ut, si de priore uxore filiis aut filiae fuerint, ex quibus aliqui moriantur et in suam portionem locum patri faciant, post illius obitum fratribus sororibusve, qui supererunt de ipso coniugio, portio relicta proficiat, nec poterit per patriam potestatem ad alias transire personas.

La primera novedad que incorpora el redactor de la *Interpretatio* es el haber distinguido entre lo que es pérdida total por parte de la viuda, y en favor de los hijos, de los bienes recibidos del marido, cuestión que se rige por *Int. C. Th.* 3.8.1, y lo que es obligación de reservar. Ello lo consigue concretando, cosa que no hacía *C. Th.* 3.8.2, el momento del nacimiento de dicha obligación al caso de que la mujer contraiga segundas nupcias después del año, con lo que el supuesto de hecho deja de estar dentro de lo previsto por *Int. C. Th.* 3.8.1³³. El autor de la *Interpretatio* sigue reservando la propiedad de la donación nupcial y de lo recibido del marido por testamento, fideicomiso o legado a los hijos, pero mientras respecto a los bienes recibidos por testamento, fideicomiso y legado la viuda tiene facultad de preferir a uno de los hijos, la donación nupcial debe repartirse por igual entre los hijos reservatarios. De la misma forma que siguen prohibidas las enajenaciones de los bienes sujetos a reserva, se permiten las mismas en el caso de no haber descendencia del primer matrimonio. En el caso de la herencia del hijo, la *Interpretatio* ya no vacila en

³³ La misma declaración hecha por *Int. C. Th.* 3.8.2 se hace de la constitución *Feminae* al pasar a *CJ.* 5.9.3, mediante la interpolación de la frase «*post tempus luctui statutum*», evitándose así la colisión con *CJ.* 5.9.2

denominar «usufructo» a la mitad que corresponde a la madre después de haber partido con las hijas, sean una o varias, mitad cuya propiedad está también reservada a los hijos del primer matrimonio.

Más problemas plantea la última parte del texto. Como se recordará, *C. Th.* 3.8.2 recomendaba al marido viudo la conveniencia de que, en iguales condiciones, reservase para los hijos del primer matrimonio los bienes recibidos de la mujer. En este sentido, parece claro que *Int. C. Th.* 3.8.2 quizá se manifieste en tonos un poco más rotundos que su modelo, pero, nos parece, no hasta el punto de haber acogido la obligación legal de la novela 14 de Teodosio y, en consecuencia, haber adaptado el texto³⁴. El párrafo «In hac etiam lege similem... voluit observari», si puede no parecer ya una simple recomendación, sigue siendo una declaración de intenciones, sopena de hacer superflua, en esta concreta parte, la novela 14 de 439, que no sólo pasa al Breviario, como veremos, sino que también es objeto de la correspondiente *Interpretatio*. En otras palabras, la obligación de reservar por parte del marido no está tan clara desde *Int. C. Th.* 3.8.2 si es necesario insistir en ella *Int. Nov. Th.* 7 (= *Nov.* 14).

La distinción operada en 398, *C. Th.* 3.9.1, entre usufructo sobre la donación y usufructo sobre los restantes bienes dejados por el marido³⁵, que quizá haya influido en el distinto tratamiento de la donación nupcial, a efectos del derecho de preferencia de la madre en *Int. C. Th.* 3.8.2³⁶, se mantiene en *Int. C. Th.* 3.9.1:

Clara interpretatione has duas sententias explanavit, ut praeter sponsaliciam donationem, si maritus moriens de patrimonio suo *usufructum* relinquit uxori, iuxta voluntatem eius relicta possideat, ita ut, si mulier postea alio viro nubserit, mox *usumfructum* ex testamento acquisitum filiis eius refundat, a quo *usumfructum* fuerat consecuta: *usumfructum* vero de sponsalicia largitate usque ad obitum suum, sicuti superius alia lex locuta est, merito retinebit: unde haec ipsa post obitum matris ad illius mariti filios, qui donavit, proprietatis reducta est.

³⁴ GACTO, *La condición*, p. 71, nota 104 y bibliografía allí citada

³⁵ *Vid.*

³⁶ OTERO, pp. 60-62.

Régimen que es completado por *Int. C. Th.* 3.8.3, que ya no deja lugar a dudas sobre el hecho de que la viuda que pasa a segundas nupcias, si bien está obligada a reservar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de la donación nupcial, conserva sobre ella el usufructo mientras viva:

Notissimum valde est has facultates, quas temporare nuptiarum mulieres a maritis accipiunt, suo dominio vindicare: et si maritos mori contigerit, qui tamen filios derelinquant, et post transacta luctus tempora legitime ad alias nuptias venerint, in diem vitae suae donatarum rerum teneant usufructum. Post obitum vero earum ad prioris mariti filios omnia revertuntur nec exide aliquid matribus vivis filiis in aliorum iura transferre permissum est.

Como se recordará ³⁷, una de las excepciones al régimen de reserva impuesto al marido y a la mujer viudos en la novela 14 de Teodosio era que el cónyuge superviviente no pasara a segundas nupcias. Pues bien, *Int. Nov. Th.* 7, acogiendo los criterios de la Novela 1 de Livio Severo, del 463, hace obligatorio el régimen de reserva de marido y mujer viudos tanto si contraen segundas nupcias, como si no:

Haec lex confirmat, ut, sicut mulier post mortem mariti omnia, quae ad eam de rebus mariti quolibet ordine pervenerunt, totum filii profuturum debeat conservare, hoc etiam et patres de rebus maternis simili observatione custodiant (excepto quod eis fuerit filiorum morte quaesitum ea ratione, sicut lex Theodosiani in octavo libro declarat), si ad secunda vota venerint au forte non venerint. Res quae filiis iussae sunt reservari, post quorum obitum si alienatae vel obligatae quoquo pacto fuerint, ubicumque eas potuerint invenire, ad suum dominium filios praecepit revocare. Nam permisit, ut mulier sponsalicia donatione quam a marito percepit, si proprium mulier nihil habeat, dotem exinde ipsi marito possit offerre. Causas vero filiorum patres agere utiliter et cum summa strenuitate constituit et ut dividere aequaliter inter filios facultates maternas aut per se aut per quos elegerint habeant potestatem. sane de omnibus rebus uxoris, quae ad proprietatem mariti quolibet titulo vel nomine, seu donatione seu testamento seu morte filii, pervenerunt, etiamsi ad alias nuptias non transierit, si mortuo eo hereditatem eius filii adire noluerint, omnia, quae de matris bonis maritus quocumque ordine habuit adquisita, filii sibi,

³⁷ *Vid. supra*, p.

sicut reliquas maternas facultates, apud quoscumque invenerint vindicabunt. Simile ratione, si et mater marito mortuo, etiamsi ad secundas nuptias non venerit, si hereditatem eius filii adire noluerint, omnia, quae de patris facultatibus mater eorum quoquo modo, ut superior dictum est, adquisivit, filii post mortem matris cuius hereditatem repudiaverint ad integrum sibi vindicent ac defendant: quia iustitiae intuitu constat esse prospectum, ut, quia nihil de illius parentis rebus qui posterior moritur habere dinoscitur, vel ea, quae, ex prioris mortui parentis bonis esse constat, ad filios debeant integra pertinere.

Además de la prohibición de anajar los bienes reservables, se mantiene la posibilidad de que, si los hijos no quieren adir la herencia del padre o madre viuda, reclamen, sin embargo, como maternos o paternos respectivamente los bienes dejados por la madre al padre, o viceversa, siempre que éstos no hayan pasado a segundas nupcias. La *Interpretatio*, por otra parte, eleva al rango de práctica usual, permitiéndola, lo que antes parecía ser algo esporádico: que la mujer que no tiene bienes propios³⁸ entregue como dote lo que ya había recibido del marido como *sponsalicia donatio*.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que al Breviario no pasa la novela 6 de Mayoriano, sólo faltaba insistir en la obligación que tiene la viuda, pase o no a segundas nupcias, de reservar la propiedad de la *donatio* a los hijos, recordando, en cambio, la posibilidad que la mujer tiene de disponer libremente de su derecho de usufructo, principio que ya estaba vigente, aunque aplicado a la sucesión intestada, desde CE 322. Esto se lleva acabo mediante *Int. Nov. Sev.* (única):

Haec lex imperatorum Leonis et Severi ea, quae Maioriani lex de diversis rebus, qua ipsa testatur, observanda esse praeceperat, specialiter vacuavit et id tantum, quod rationabile et pristinis legibus congruum fuit, credidit *reservandum*. Quod ipse sua constitutione confirmat dicens 'illud tantum ex eadem legem retinentes, quod veterum legum confirmat acutoritas': itaque ut non post viri obitum relicta uxor usufructum tantum sponsaliciae donationis habeat et nihil exinde alienare praesumat, sive ad alias nuptias venerit sive certe non venerit, nec aliis nisi tantum omnibus filiis suis ex eo

³⁸ La alusión a la carencia de bienes por parte de la mujer no estaba en *Nov. Th* 14 (= *BA.* 7).

dem patre genitis, cuius donatio est, haec ipsa sponsalicia largitas aequaliter dimittantur nec liceat matri cui voluerit de filiis aliquid exinde amplius pro sua voluntate donare. Sane de usufructu suo quo ei lege concessum est donandi cui voluerit habeat liberam potestatem. Nam ea, quae de omnibus tantum filiis aequaliter iussa est reservare, nec minuat nec inter filios pro suo arbitrio dividere ulla ratione praesumat. Hoc tamen matribus has lege praestatur, ut salva filiorum utilitate fideiussores pro retinenda hac ipsa sponsalicia donatione dare non debeant, quia talis petitio gravis est de sufficit filiis, quod vel hac lege vel prioribus statutis constat esse prospectum ut, etiamsi matres eorum secundo nubserit, eorum maritorum facultates loco pignoris obligentur et, si quid ipsae matres exinde praesumpserit, de facultatibus earum inlata sibi filii damna resarciant.

c) Parte de la regulación euriciana pasa, en forma de *antiquae*, al Liber Iudiciorum, que ofrece como novedades, respecto al Código de Eurico, la regulación del destino de los bienes extradotales dados por el marido a la mujer (*Liber* 5.2.4) y la regulación de los derechos de disposición de la mujer respecto a la dote marital, antes donación nupcial (*Liber* 4.5.2), aspecto este último que quizá es el más estrechamente ligado con el tema de la reserva binupcial y en el que con más claridad puede apreciarse la similitud con el régimen romano de la reserva sobre la *donatio*. Expondremos brevemente el panorama de las facultades de disposición sobre los bienes extradotales, materia sobre la que no se hace alusión al tema de las segundas nupcias³⁹; analizaremos después las *antiquae* procedentes de *CE*, 321 y 322, interesantes, como los preceptos euricianos, en la medida en que hacen mención a segundos matrimonios y, finalmente, el precepto que más nos interesa, *Liber* 4.5.2, en torno a la reserva de la dote.

El destino de las donaciones extradotales aparece contemplado en la antigua leovigildiana 5.2.4, precepto según el cual la viuda debe reservar para los hijos las cuatro quintas partes de las donaciones recibidas del marido, que posee en usufructo mientras viva, pero sin facultades dispositivas, disponiendo, en cambio, libremente, de un quinto. En el caso de que no existan hijos, la mujer puede disponer libremente de todo lo que haya recibido

³⁹ Sobre *ant* 5 2 4 y *ant* 5 2 5, vid GACTO, *La condición*, p 130 y ss

del marido, pero si muere intestada, los bienes han de ser devueltos al marido donante, si aún vive, o a sus herederos, si ha fallecido. En una línea que recuerda la recomendación de la constitución *Feminae* o el mandato de la Novela 14 de Teodosio, *Liber* 5.2.4 termina obligando al marido a que proceda del mismo modo en el caso de que haya recibido donaciones de su mujer ⁴⁰. Ahora bien, de la adaptación de la regulación euriciana, contenida en *CE* 319, a lo preceptuado en la *antiqua* 5.2.4, resulta una excepción a la libertad de disposición de la mujer sobre un quinto de las donaciones o sobre la totalidad de las mismas si no existen hijos en los casos de adulterio y uniones deshonestas, supuestos que *CE* 319 contemplaba partiendo del hecho de que no hubiese descendencia pero que ahora, según la redacción de la *ant.*, 5.2.5., deben entenderse aplicados también al caso de que existan hijos. Todas las modificaciones leovigildianas de *CE* 319 van en la línea de la adaptación de la *ant.* 5.2.5 a *ant.* 5.2.4, estableciendo su paralelismo. Así, mediante la interpolación «si filios non habuerit» se está llamando la atención sobre el hecho de que puede haber descendencia, supuesto que, al menos de forma explícita, no estaba previsto en *CE* 319; esta misma circunstancia hace que los destinatarios finales de las donaciones en caso de adulterio y uniones deshonestas no sean los *heredes donatoris* in genere, sino los herederos y los hijos legítimos del donante. Y, por último, lo mismo que en *ant.* 5.2.4, se prevé la posibilidad de que la mujer muer-

⁴⁰ *Ant Liber* 5 2 4 Si mulier a marito extra dotem de quibuscumque rebus, quacumque donatione vel profligatione conquisitis aut illi debitis, quoquo tempore quodcumque donatum acceperit, si filii de eodem coniugio fuerint procreati, mulier usque ad diem obitus sui secura possideat et de quinta tantumdem parte carum rerum faciendi quod voluerit potestatem obtineat; post obitum vero suum reliqua integra et intemerata filius ex ipso viro procreatis derelinquat, et nulla occasione exinde, excepto, ut dictum est, quintam partem, quidquam alius mulier alienare presumat. Quod si ex ipso coniugio filii non fuerint procreati, quidquid mulier de rebus sibi donatis facere elegerit, liberam habeat potestatem ceterum si intestata discesserit, ad maritum eius, si suprestis extiterit, donatio revertatur. Sin autem maritus non fuerit, ad heredes mariti, qui donationem fecit eadem donatio pertinebit. simili ratione et de viris precipimus custodiri de his, que ab uxoribus tempore quocumque donata perceperint. La versión ervigiana de *Liber* 5 2 4, como en otras ocasiones, va dirigida especialmente a salvaguardar las *voluntas testatoris*, mediante la interpolación de frases del tenor «*secundum voluntatem vel ordinationem testatoris*», «*iuxta prescriptum testatoris ordinem*», etc

ra intestada, en cuyo caso las donaciones revierten en favor del marido, si aún vive, o en favor de sus herederos ⁴¹.

De acuerdo con estos datos, y de la combinación de las dos *antiquae* resulta lo siguiente: si existen hijos, la mujer debe reservar para éstos las cuatro quintas partes de lo recibido por donaciones del marido, disponiendo libremente de un quinto. Sólo en el caso de no existencia de hijos, la mujer dispone libremente del total de las donaciones. Pero la libertad de disposición sobre la totalidad de las donaciones o sobre el quinto se ve afectada por la comisión de adulterio y la realización de uniones deshonestas, en cuyo caso lo dejado por el marido lo pierde la mujer en favor de los hijos o de los herederos del donante. La muerte sin testamento de la mujer, finalmente, provoca la obligación de devolver los bienes donados al marido o a sus herederos, dependiendo de si el primero vive o no.

Al lado de esta regulación, el Liber ha acogido, en forma de *antiquae*, la establecida en CE 321 y 322 referente a los derechos de disposición del marido y mujer viudos en el caso de la sucesión intestada.

La redacción recesvindiana de la *ant.* 4.2.13 en muy poco se diferencia de CE 321, salvo en algunas precisiones que no afectan de forma sustancial al problema de la reserva de los *materna* por parte del padre viudo:

Matre mortua filii in patris potestate consistent. Quod si marito supreste uxor forsitam moriatur, filii, qui sunt ex eodem coniugio precreati, in patris potestate consistent, et res eorum, si novercam non superdixerit, ea condicione possideat, ut nihil exinde aut ven-

⁴¹ *Ant Liber* 5.2.5 Maritus si uxore sue aliquid donaverit, ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulteri fuerit conversata, sed in pudicitia permanserit, aut certe si ad alium maritum honestam coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum si filios non habuerit relinquendi cui voluerit habeat potestatem Ceterum si filios non relinquens intestata discesserit, aut maritum eius, si suprestis extiterit, aut ad heredes mariti, qui donationem conscripsit, eadem donatio pertinebit Si autem per adulterium seu per inhonestam coniunctionem se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti sui fuerat consecuta, totum incunctanter amittat, et ad heredes donatoris vel ad filios legitimos revertatur Para la conciliación del hecho de que CE, 319 y *Ant Liber* 5.2.5 traten sobre donaciones *post obitum* con la circunstancia de que el marido aún viva, vid GACTO, *La condición*, p 133

dere aut evertere aut quocumque pacto alienare presumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. Fructos tamen omnes cum filiis suis pro suo iure consumat expensis. Cum vero filios ducit uxorem, aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam percipiant portionem, ita ut usufructuario iure patri tertia relinquatur. Pater autem tam filio quam filie, cum XX annos etatis inpleverint, mediam ex eadem, quam unumquemque contigerit de rebus maternis, restituat portionem, etiam si nullis fuerint nuptiis copulati. Medietatem vero, dum advixerit, pater sibi vindicet, filiis post obitum relinquendam. Qui autem novercam superduxerit, omnes facultates maternas filiis mox reformet; ne, dum filii cum rebus suis ad domum transeunt alienam, noverce sue vexentur iniuris, Eadem quoque et de nepotibus forma servetur. Quod si pater de his rebus aliquid everterit aut super tempus, quod constitutum est, res filiorum tenere presumerit, omnia de rebus eius illis filiis, de cuius matre res esse videntur, et redenda sunt et omnis modis sarcienda.

La novedad introducida con respecto a CE 321 radica en la obligación impuesta al padre de indemnizar a los hijos, con sus propios bienes, en caso de haber incumplido la obligación de reservar o en el caso de no haber devuelto los bienes de la madre en el plazo previsto, esto es, después de que los hijos hayan cumplido los veinte años.

Más interesante, por la previsión que introduce en orden a la conservación e identificación de los bienes que deben reservarse nos parece la redacción ervigiana de la misma *ant.* 4.2.13, que recoge lo establecido anteriormente por una novela (*Liber* 4.2.13*), al parecer de Wamba⁴². Recogemos aquí únicamente el texto ervigiano en lo que se diferencia de la redacción de Recesvinto:

Quod si pater novercam superduxerit, qui valde indignum est, ut filii eius, patris potestate vel gubernatione relicta, in alterius tuitione deveniant, filios suos pater ille, qui novercam duxerit, non relinquat; sed filios et res eorum iuxta superiore modum tuitionis ordine regat; eta tamen, ut inventarium de rebus filiorum suorum manu sua conscriptum coram iudice vel heredibus defuncte mulieris strenue faciat, et tali se placiti cautione in heredum illorum nomine constringat, quibus tutela ipsa pertinere, si pater defuisset, legitime poterat, ut nihil de rebus filiorum suorum evertat, sed filiorum suorum vitam sollicito voto vel actu salvare intendat, et

⁴² ZEUMER, *Historia*, p 300 y 310, D'ORS, *El Código*, p 258, nota 868

res eorum absque aliqua perditionis diminutione tuendas accipiat; si tamn voluerit. Quod si pater ipse, qui novercam duxerit, tutionem filiorum suscipere noluerit, tunc a iudice propinquor ex matre tutor eligendus est, qui tutionem pupillorum accipiat.

Al margen de los problemas relacionados con la tutela de los hijos, de los que no nos ocupamos, es interesante resaltar aquí que desde la novela de Wamba, el padre que casa por segunda vez está obligado a realizar de propia mano, ante el juez o ante los herederos de la cónyuge premuerta, un inventario de los bienes cuya propiedad pertenece a los hijos del primer matrimonio y, además, a presentar fianza ante los herederos a los que, caso de que él muriese, correspondería la tutela de aquéllos. La medida, que en cierto sentido y parcialmente recuerda lo establecido por Mayoriano respecto a la *sponsalicia largitas*, tiene por finalidad, además de la individualización de los bienes cuya propiedad pertenece a los hijos, evitar que el padre los malgaste y, de esta forma, asegurar su íntegra devolución a la muerte de aquél.

Una última *antiqua* del Liber, la 4.2.14, que procede de CE 322, reproduce, con una leve interpolación, la regulación euriciana respecto a las facultades dispositivas de la viuda sobre los *paterna*, insistiéndose, por tanto, en la pérdida de la porción usufructuaria, en favor de los hijos, caso de acaecer segundo matrimonio ⁴³.

Ahora sólo resta, de acuerdo con el esquema trazado al co-

⁴³ *Ant Liber 4 2 14*. Mater, si in viduitate permanserit, equalem inter filios suos, id est qualem unusquisque ex filiis, usufructuariam de facultate mariti habeat portionem, quam usque ad tempus vite sue usufructuario iure possideat. Ceterum nec donare nec vindere nec unum ex filiis conferre presumat. Quod si eam filii portionem ipsam matrem evertere seu per neclegentiam sive per odium forte prespexerint, ad comitem civitatis aut ad iudicem referre non differant, ut matrem sua contestatione commoneant, ne res, quas usufructuarias accepit, evertat. Nam usufructum, quem ipsa fuerat perceptura, dare cui voluerit, filio vel filie, non vetetur. Sed et quod de ipso usu sibi debito iuste conquirere poterit, faciat quodcumque illi omnimodis iustissime placuerit. Verum si ex ea usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciatur. Post obitum vero matris portio, quam mater acceperat, ad filios equaliter revertatur, quia non possunt de paternam hereditatem fraudari. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt

mienzo de este apartado, examinar el problema de la reserva impuesta a la viuda sobre la *donatio sponsalicia*, ya convertida en dote marital. El Liber, sin embargo, no se ocupa del caso inverso, es decir, de la reserva que pesaría sobre los bienes que la mujer entrega al marido en contraposición a la dote marital, quizá, como piensa Gacto, porque tales bienes están equiparados a los materna, cuya regulación ya está en *Liber* 4.2.13⁴⁴. Veamos, pues, la suerte que, en punto a la institución de la reserva, corre la *donatio* en el último derecho visigodo.

Pese a que de las palabras de Chindasvinto en *Liber* 4.5.1 y 4.5.2 parece deducirse una total libertad por parte de la viuda para disponer de la *donatio*⁴⁵, ahora denominada *dote*, los textos de algunas fórmulas visigóticas, aunque sin plantearse el supuesto de las segundas nupcias, indican, por el contrario, que ya antes de Chindasvinto la mujer debía reservar la dote marital a los hijos, lo que concuerda perfectamente con la naturaleza y configuración de la *donatio* en el derecho bajoimperial como un patrimonio con el que la viuda pudiese subvenir a sus necesidades a la muerte del marido y que debía entregarse después a los hijos⁴⁶. Donde sí se hace alusión al tema de las segundas nupcias es en *Liber* 4.5.2, precepto en que Chindasvinto regula el destino de la dote marital:

Quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus iudicare quod voluissent, quedam repperiuntur, spretis filiis vel nepotibus, easdem dotes illis conferre, cum quibus constiterit nequiter eas vixisse, adeo necesse est illos exinde percipere commodum, pro quibus creandis fuerat adsumtum coniugium. Denique constituentes decernimus, ut de dote sua mulier, habens filios aut nepotes, seu causa mercedis ecclesiis vel libertis conferre, sive cui-cumque voluerit, non amplius quam de quarta parte potestatem habeat. Nam de tres partes legitimis filiis aut nepotibus, seu sit unus, sive forsitam plures, absque dubio relictura est. De tota interim dote tunc facere quod voluerit erit mulieri potestas, quando nullum legitimum filium filiamve, nepotem vel neptem suprestem relinquerit. Verumtamen femine, quas contigerit duobus viris aut

⁴⁴ GACTO, *La condición*, pp. 76-79.

⁴⁵ Así piensa, GARCÍA GARRIDO, *El régimen*, pp. 425-426.

⁴⁶ Vid. OTERO, pp. 11-12; GACTO, *La condición*, pp. 67-68 y nota 99, p. 76

amplius nubere atque ex eis filios procreare, non eis licitum erit, dotem ab alio marito acceptam filiis aut nepotibus ex alio viro genitis dare: sed unusquisque filius filiave, nepos aut neptis ex ipsa linea procreati dotem, quam avus aut pater eorum concesserat, post mulieris obitum per omnia secuturi sunt.

La mujer viuda, pues, sólo dispone libremente de la toda la dote en el caso de que no haya tenido descendencia. Si existen hijos o nietos, la mujer habrá de reservar para ellos las tres cuartas partes de la dote, pudiendo disponer libremente del cuarto restante de la misma. Por lo que se refiere al problema que más nos interesa, la ley de Chindasvinto presenta un gran parecido con la solución que en 422 adoptaron Honorio y Teodosio ⁴⁷, al regular el destino de la donación nupcial si existían hijos de distintos matrimonios, consecuencia de sucesivas nupcias de la viuda. En efecto, las tres cuartas partes de los bienes dotales que la viuda debe reservar para los hijos, deben entenderse reservados para los hijos habidos en el matrimonio respectivo, por lo que en el caso de diversos matrimonios, los hijos sólo tendrán derecho a los bienes dotales que entregó su respectivo padre a la madre común. Ni los hijos del primer matrimonio podrán suceder a la madre en la dote que entregó un segundo esposo, ni al revés. Las mismas previsiones juegan cuando el supuesto tiene lugar entre abuelos y nietos.

III. Este estado de cosas, es decir la tradición teodosiana vulgar contenida en el *Liber Iudiciorum*, va a ser el imperante en tema de reserva binupcial durante el período subsiguiente, prácticamente hasta las Leyes de Toro, en cuya ley 15, comentada, desarrollada y explicada por la doctrina es en donde verdaderamente se opera la recepción justiniana por lo que se refiere a la institución que estamos analizando. Ello es así por varias razones. En primer lugar, porque las soluciones contenidas en el *Liber*, abstracción hecha de su persistencia como derecho general de todos los cristianos después de la caída de la monarquía visigoda, siguen estando en vigor en todos aquellos territorios que han recibido el Fuero Juzgo como derecho municipal, aunque con las va-

⁴⁷ Vid supra p

riantes terminológicas propias de esta redacción. Así, donde Liber hablaba de dote, antes donación nupcial, Fuero Juzgo habla de arras (*FJ* 4.5.2). En segundo lugar, porque los fueros municipales no ofrecen una regulación específica en torno a la reserva impuesta al viudo que casa por segunda vez y cuando, de forma aislada, encontramos algo que se le parezca, lo hacen dentro de la tradición visigótica. En tercer lugar, porque el Fuero Real, si bien, como dice mi maestro, representa el primer paso hacia la renovación jurídica por medio del Derecho Común⁴⁸, la utilización del mismo en el texto alfonsino es todavía parca y, por lo que se refiriera al tema de la reserva, *FR* 3.2.1 no hace sino moverse dentro de los esquemas del Liber, en concreto de la ley de Chindasvinto 4.5.2, como hemos de ver. En cuarto y último lugar, porque ha sido también la tradición visigótica, al menos en el tema que a nosotros nos interesa, la que ha inspirado algunos preceptos de las Partidas, que, si introducen algunas pequeñas novedades, no demuestran, ni de lejos, el grado de recepción o, si se quiere, de renovación, que puede detectarse en otras instituciones. Véamos, por tanto, cómo se aprecia esa influencia visigótica de la que hablamos.

a) Como hemos dicho, los fueros municipales no contienen ningún precepto en que se obligue al bínubo a reservar a los hijos del primer matrimonio los bienes recibidos del cónyuge premuerto. Téngase en cuenta, en este sentido, la existencia de comunidades patrimoniales familiares constituidas no sólo por los padres e hijos, sino también por el cónyuge viudo y sus hijos, en las que se necesita el consentimiento de todos los miembros para la realización de actos de enajenación, evitándose así que el patrimonio familiar se disperse y vaya a parar a otras familias distintas a las que originariamente pertenecía. La propia configuración de estas comunidades familiares salvaguarda, por tanto, el

⁴⁸ Aunque A IGLESIA FERREIROS se ha ocupado repetidas veces, y en distintas sedes, de la obra alfonsina, vid últimamente su extenso estudio *La labor legislativa de Alfonso X el Sabio, en España y Europa. Un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp 275-599 (manejamos separata), donde, fundamentalmente en la primera parte, analiza la triple tarea alfonsina de reivindicación del monopolio de la creación del Derecho, unificación jurídica y renovación jurídica y su consecución práctica a través de Fuero Real, Espéculo y Partidas.

derecho de los hijos habidos en el matrimonio, que aparecen como copropietarios junto con el cónyuge viudo, frente a posibles actuaciones de éste, si habiendo contraído segundas nupcias, tiene descendencia con una segunda mujer⁴⁹. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la obligación, prevista en los fueros castellanos y leoneses, que pesa sobre el viudo de efectuar la participación de las ganancias con sus hijos antes de contraer segundo matrimonio y las soluciones que los tales fueros arbitran para el caso de que cada cónyuge viudo tenga hijos de otros matrimonios, evitándose así la concurrencia no sólo entre la descendencia de las distintas uniones, sino también entre los hijos habidos en cada matrimonio y los padrastros⁵⁰. Fuera de estos supuestos, que de alguna forma salvaguardan el derecho de los hijos del primer matrimonio en el caso de que el padre o la madre viudos pasen a segundas nupcias, no se encuentra en los fueros la obligación de reservar. Sin embargo, sí existe un fuero, el de Zamora, que al regular las arras, y aunque el supuesto no es exactamente igual a *Liber* 4.5.2, viene a insistir en una idea ya conocida por nosotros: la imposibilidad de que hijos de distintos matrimonios participen en las arras, si no es en las que su respectivo padre entregó a la madre. Dice así *Fuero de Zamora* 39:

Toda mugier que arras ovier e morir sin fillo, e marido ovier quelelas aya dadas, estas arras sean quitas. E se morier ante el marido que lelas dier, ela mugier devengue suas arras, e faga dellas ello que se quisier. E se fur atal mugier que aya fillos asua muerte, deleyxe suas arras a so marido en que viva, ellos fillos no le podan passar aelas en sua vida. El el marido tengalas para atal preyto que no las novenda, nennas done, nennas malmeta, nennas engage, nen fillo de otra mulier nunca enelas parta, mientre fueren vi-

⁴⁹ Sobre estas comunidades familiares y sus efectos en el aspecto patrimonial, vid VALDEAVELLANO, L. (G. de), «La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval», en *Estudios Medievales de Derecho Privado*, Sevilla, 1977, pp 295-321, MONTANOS FERRÍN, E., *La familia en la Alta Edad media española*, Pamplona, 1980, p. 161 y ss

⁵⁰ Para esta materia, vid MARTÍNEZ GIJÓN, J., «La comunidad hereditaria y la participación de la herencia en el Derecho medieval español», en *AHDE*, XXVII-XXVIII (1957-1958), p 274 y ss y GACTO, *La condición*, p 121 y ss., que sigue al primero.

vos aquellos fillos de la otra mugier de quien foron elas arras. E por nenguno otro preyto non sean quitas⁵¹.

En el derecho visigodo, la mujer viuda, habiendo hijos del matrimonio, no disponía libremente de la dote, ahora llamada arras, sino que debía reservar una parte de los bienes dotales para aquellos. Pues bien, FZ contempla el caso contrario, puesto que se refiere al supuesto de que la mujer a la que se le entregaron las arras haya muerto, y obliga al marido que las entregó a reservarlas para los hijos habidos en el matrimonio, con prohibición de enajenarlas, insistiendo, como lo hacía *Liber 4.5.2* para la dote, en que los hijos de diversos matrimonios no participen sino en las arras que entregó su respectivo padre. Sólo en el caso de no existir descendencia se faculta al padre para disponer libremente de las arras, una vez muerta la mujer a la que se las entregó.

b) El Fuero Real sigue todavía más de cerca la tradición visigótica⁵² en orden a las facultades dispositivas de la viuda. Además de establecer la pérdida, en favor de los hijos habidos en el matrimonio, o de los nietos, de la mitad de los bienes de la viuda si casa antes del año de luto⁵³, regula, en estrecha conexión con el Liber el destino de las arras y de las donaciones efectuadas por marido. Tanto unas como otras, en la forma en que enseguida ve-

⁵¹ Citamos por CASTRO, A., y ONIS, F. de, *Fueros Leoneses de Zamora, Salamanca y Alba de Tormes*, Madrid, 1916

⁵² Para el problema que aquí nos interesa carece de relevancia si los redactores del Fuero Real utilizaron el texto latino o el Fuero Juzgo. Últimamente, aunque con relación al proceso, Jesús Vallejo ha puesto de manifiesto la preferente utilización del Liber, en detrimento de la utilización del texto romanceado, partiendo, como es lógico, de la inexactitud de la identidad Liber = Fuero Juzgo. VALLEJO, J., «La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas», en *AHDE*, LV (1985), pp. 580-611

⁵³ En los fueros castellanos y leoneses se suele obligar a la viuda que no reseta el año a pagar una determinada cantidad de dinero. Vid. GACTO, *La condición*, p. 24 y ss. Por su parte, FR 3.1.13 dispone: Ninguna muger biuda non case del dia que muriese su marido fasta un año cumplido, e si ante casare sin mandato del rey, pierda la meytad de quanto oviere, e ayanto sus fijos o nietos que oviere del marido muerto, e si los non oviere, ayanto los parientes mas propincuos del marido muerto (Citamos por *Fuero Real del Rey don Alonso el Sabio. Copiado del Códice del Escorial y cotejado con varios codices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1836; ed. facsimil, Valladolid, 1979)

remos, ostentan la condición de bienes reservables para los hijos del matrimonio y, por tanto, no pueden enajenarse libremente.

La ley de Chindasvinto *Liber* 4.5.2 tiene su reflejo, por lo que respecta al destino y condición de los bienes arrales, en *FR* 3.2.1:

Todo ome que casare non pueda dar mas en arras a su muger del diezmo de cuanto oviere, et si mas le diere o pelyto sobrello ficiere non vala Et si por aventura mas diere, los parientes mas propincos del marido lo puedan demandar por él. Et si la muger aviendo fijos deste marido finare, pueda dar por su alma la cuarta parte de las arras, o a qui quisiere, et las tres partes finquen a los hijos de aquel marido onde las ovo, e si fijos non oviere, faga de sus arras lo que quisiere, quier en vida quier en muerte Et si ella moriere sin manda e non oviere fijos dél, finquen las arras al marido que gelas dio o a sus herederos. Et si la muger oviere fijos de dos marido o de mas, cada unos de los fijos hereden las arras que dió su padre de guisa que los fijos de un padre non partan en las arras que dió el padre de los otros. Et si el padre o la madre dar arras por su fijo, non puedan dar mas que el diezmo de lo que puedan heredar dellos

Aparte del problema de la cantidad que puede darse en concepto de arras, que es tema que no nos interesa aquí, es preciso señalar que la mujer sólo dispone libremente de las arras entregadas por su marido en el caso de no existencia de hijos. Si éstos existen, las arras les están reservadas⁵⁴ en la cantidad de tres

⁵⁴ Arias de Balboa, al glosar *FR* 3.2.1 y concordarlo con «La II.ª ley, del título V.º, libro III.º, del fuero de Toledo», habla de la «dote y la donación» como bienes cuya propiedad está reservada a los hijos habidos en el matrimonio, correspondiendo al viudo que sobreviva tan sólo el usufructo sobre los mismos. Vid CERDÁ RUIZ-FUNES, L., «Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», en *AHDE*, XXI-XXII (1951-1952), p. 904. La razón de tal comentario, que excede del estricto contenido de *FR* 3.2.1 y de su modelo, *Liber*, 4.5.2, se debe a haber tenido presente *P* 4.11.23 (Debe tenerse presente, sin embargo, que en la actualidad es bastante dudosa la paternidad de las glosas editadas por Cerdá y desde luego la atribución de las mismas a Arias de Balboa, vid sobre ello, PÉREZ MARTÍN, A., «Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá. Su edición y estudio», en *Festgabe Coing*, Frankfurt am Main, 1982, p. 247 e IGLESIA FERREIROS, A., «Fuero de alvedrio», Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra —«Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz», Coimbra, 1983, p. 34 s.) Pese a ser más tardía, la glosa de Alonso Díaz de Montalvo al precepto de *FR*, es totalmente muda en lo que se refiere al problema de la reserva de las arras, limitándose a un breve comentario sobre la imposibilidad, por parte de los padres, de dar arras por el hijo por más del diez-

cuartas partes, en la inteligencia de que si la viuda contrae segundas nupcias y tiene hijos en sucesivos matrimonios, la reserva sólo se predica de los que hayan nacido en el respectivo matrimonio, por lo que cada hijo o grupo de hijos han de participar y suceder a la madre bínuba tan sólo en las arras que entregó su padre.

La misma condición de bienes reservables, aunque sin aludir a segundas nupcias, tienen los procedentes de donaciones hechas por el marido, estableciéndose, en conexión con *Liber* 5.2.5, la libertad de la madre viuda para disponer enteramente de los mismos sólo en el caso de que «*fijos derechos non dexare*»⁵⁵.

c) Como hemos advertido antes, en muy poco se va a diferenciar la regulación ofrecida por las Partidas, tanto en lo que se refiere a los bienes reservables como en lo referente a las personas obligadas a reservarlos, del panorama hasta aquí trazado.

Lo mismo que Fuero Real, pero con otro alcance, Las Partidas siguen penando las segundas nupcias de la viuda, estableciendo, por una parte, la pérdida, en favor de los hijos del matrimonio, de las arras y de la donación que hizo el marido si casa antes del año de luto, salvo que obtenga licencia del Rey para contraer matrimonio antes del plazo legal⁵⁶ y por otra, la imposibilidad de que la viuda que casa antes del año sea instituida heredera ni por extraños ni por parientes del cuarto grado en adelante⁵⁷.

mo de lo que le correspondiera heredar Vid *El Fuero Real de España diligentemente hecho por el noble rey don Alonso IX. Glosado por el egregio doctor Alonso Díez de Montalvo*, tomo II, Madrid, 1781, p. 15

⁵⁵ *FR* 3 12 9: Sy el marido diere a su muger alguna cosa que gela pueda dar, e ella despues de muerte de su marido ficiere buena vida, ayala fasta su muerte, e a su muerte faga della lo que quisiere, si fijos derechos non dexare et si manda non ficiere, tornese al marido que la dió, o a sus herederos si fuer muerto, o si non dexare fijos de bendicion Et si por aventura despues de muerte de su marido non ficiere buena vida, pierdalo todo quanto le diere el marido, e ayanto los herederos del marido

⁵⁶ *P.* 4 12 3

⁵⁷ *P.* 6 3 5 Las penas contra las viudas que casan antes del año de luto son suprimidas en 1400 (*NR* 5 1 3 = *Nov. R.* 10 2 4. Mandamos que las mugeres viudas puedan libremente casar dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena, y sin alguna infamia, ella ni el que con ella casare, no obstantes cualesquier Leyes de Fueros, y ordenamientos, y otras cualesquier leyes, que en contrario sean hechas y ordenadas las quales annullamos, y revocamos, y mandamos a nuestros jueces, y Alcaldes de la nuestra Casa y Corte, y Chã-

En lo tocante a los bienes reservados a los hijos y a las personas obligadas a tal reserva, dos preceptos debemos tener en cuenta: *P.* 4.11.23 y, sobre todo, *P.* 5.13.26. En el primero de ellos, aunque sin plantear el problema de las segundas nupcias, se establece que la dote que entrega la mujer al marido y la donación que hace el marido a la mujer pertenecen en propiedad a los hijos habidos de consumo, conservando el cónyuge que permanezca vivo el usufructo. Pero este régimen, por lo que se refiere a las segundas nupcias y teniendo únicamente en cuenta a la viuda, es completado por *P.* 5.13.26:

Marido de alguna muger finado, si casase ella despues con otro, las arras e las donaciones quel marido finado le oviere dado en salvo fincan a sus hijos del primer marido, e deuen las cobrar, e auer despues dela muerte de su madre e para ser seguros desto los fijos, fincan les porende obligados, e empeñados calladamente todos los bienes de la madre. Esso mismo decimos que sería si muriesse el marido de alguna muger de quien oviesse fijos, e teniendo ella en guarda a ellos, e a sus bienes se casasse otra vez, que fincan entonce todos los bienes de la madre obligados a sus fijos, e aun los de aquel con quien casa, fasta, que ayan guardador, e que les den cuenta e recabdo de lo suyo ⁵⁸.

Al margen, evidentemente, de los bienes que ya pertenecían a los hijos, la viuda que casa por segunda vez debe reservar a los hijos del primer matrimonio las arras y las donaciones que haya recibido del su cónyuge premuerto. La innovación, por tanto, res-

cillería, y de todas las ciudades, villas, y lugares de nuestros Reynos y Señoríos, que no atienten de proceder, ni procedã, por la dicha causa, y razón contra las dichas viudas, ni contra aquellos que con ellas se casaren, sopena de dos mil maravedias para la nuestra Camara, y los que lo contrario hizieren, sean emplaçados que parezcan ante nos en la nuestra Corte), si bien las viudas que viven lujurosamente durante su viudez pierden la mitad de sus gananciales. *NR 595 = Nov. R 1045*: .. Y otrosí mando, y ordeno, que si la muger fincare viuda, y siendo viuda viviere lujurosamente, que pierda los bienes que uvo por razón de su mitad de los bienes que fueron ganados, y mejorados por su marido, y por ella, durante el matrimonio entre ellos, y sean bueltos los tales bienes a los herederos de su marido difunto, en cuya compañía fueron ganados.

⁵⁸ Citamos por *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad*, Salamanca, MDLV. En la edición de la Real Academia, el texto transcrito es la Ley 25

pecto a *FR 3.2.1*, consiste en haber incluido como bienes reservables, al lado de las arras, las donaciones del marido. Con el fin de que la mujer haga efectivo cumplimiento de tales obligaciones, sus bienes quedan de modo automático tácitamente hipotecados, asegurando así a los hijos la percepción de los bienes sujetos a reserva, lo que constituye una segunda novedad.

Hasta aquí, la regulación que la institución de la reserva recibe en el derecho castellano bajomedieval. Inmeditadamente surgen, sin embargo, las dudas en torno a si, además de arras y donaciones, otros bienes recibidos por la viuda y procedentes del marido están también sujetos a reserva y dudas en torno a la posición del viudo. ¿Está éste, en iguales circunstancias, obligado a reservar los bienes procedentes de la cónyuge premuerta? ¿Cómo un texto, como las Partidas, que en otras materias ofrece una extensa disciplina procedente de la Recepción ofrece, sin embargo, un panorama tan exiguo en torno a la institución de la reserva binupcial?

IV. Todas estas dudas referentes a los supuestos no contemplados en *P. 5.13.26* intentan ser resueltas en las *Leyes de Toro*, cuya Ley 15, pese a su aparente claridad, no deja de plantear problemas.

Conviene, antes de entrar en el análisis de la Ley 15, desbrozar el camino fijando qué bienes no están nunca sujetos a reserva, cuestión que perfectamente deja clara la precedente Ley 14 de Toro:

Mandamos que el marido y la muger suelto el matrimonio aunque casen la segunda o tercera vez, o más, pueda disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque aya avido hijos de los tales matrimonios ó de alguno de dellos, durante los quales, matrimonios los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviesen sydo de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad, ni usufructo de los bienes.

Los viudos, por tanto, aunque contraigan ulteriores nupcias y hayan tenido hijos de anteriores matrimonios, no están obligados a reservar a aquéllos ni la propiedad ni el usufructo de los bienes gananciales ni, con mayor razón, sus bienes propios, esto es, aquéllos que no son «*multiplicados*» durante el matrimonio o que no sean «*de ganancia*».

Veamos ahora qué nos depara la Ley 15 de Toro respecto a los bienes reservables y a las personas obligadas a reservar;

En todos los casos que la mugeres, casando segunda vez, son obligadas a reservar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, o hereden de los hijos del primer matrimonio, en los mismos casos el varon que casare segunda, o tercera vez, sea obligado a reservar la propiedad dellos a los hijos del primer matrimonio; de manera que lo establecido cerca deste caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren a segundo o tercero matrimonio.

Varios mandatos se desprenden del texto: 1) la mujer viuda que contrae segundas nupcias está obligada a reservar a los hijos del primer matrimonio los bienes que haya recibido del marido⁵⁹; 2) debe también reservar lo que haya heredado de los hijos del primer matrimonio; 3) en los mismos casos y con respecto a los mismos bienes y personas, queda obligado a reservar el padre viudo; 4) lo establecido por segundos matrimonios es aplicable a los ulteriores.

Que las mujeres viudas que casaban segunda vez estaban obligadas a reservar para los hijos del primer matrimonio, según la tradición hispánica, determinados bienes procedentes del primer marido, ya lo sabíamos. Pero lo que no procede de esa tradición es la obligación por parte de la viuda de reservar también lo heredado de los hijos y, mucho menos, la extensión de la obligación de reserva al padre binubo «*en todos los casos que las mugeres, casando segunda vez, son obligadas a reservar*». ¿Cuáles eran estos casos en el derecho anterior a la promulgación de las Leyes de Toro? Recapitulemos. Desde el Liber, y al margen de aquellos bienes cuya propiedad pertenece a los hijos, total o parcialmente, y de aquellos que están reservados con independencia de las segundas nupcias del padre o de la madre, y que hemos ido indicando en cada apartado, el segundo matrimonio de la viuda implicaba la reserva de la dote (*Liber*), de las arras (*Fuero Real*) y de las arras

⁵⁹ Si no existen hijos, las arras pertenecen a los herederos de la mujer. Ley 51 de Toro Si la muger no oviere hijo del matrimonio en que interviniere promisión de arras y no dispone expresamente de las dichas arras, que las aya el heredero ó herederos della, y no el marido, ora la muger haga testamento, ó no

y donaciones hechas por el marido (*Partidas*). Es decir, ni todos los bienes procedentes del marido estaban reservados a los hijos como consecuencia de las segundas nupcias de la madre, ni la viuda estaba obligada a reservar los bienes heredados de los hijos. Y, como puede desprenderse de lo dicho anteriormente, la obligación de reservar por segundo matrimonio estaba siempre dirigida a la madre viuda, nunca al padre que casa por segunda vez.

La Ley 15 de Toro, pues, está presuponiendo una regulación, incorporando además nuevos supuestos a la misma, sobre algo que, aparentemente, no tiene fundamento ni en las propias *Leyes de Toro* ni el derecho inmediatamente anterior. La Ley 15 de Toro, dijo Llamas Molina en su tardío comentario, «contiene dos suposiciones y otras tantas resoluciones. Las suposiciones son que la madre que casare segunda vez está obligada a reservar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que hubiere recibido del primer marido y hubiere heredado de los hijos del primer matrimonio. Las resoluciones se reducen a que el marido que casare segunda vez reserve a los hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes que hubiera recibido de su mujer y heredado de los hijos del primer matrimonio»⁶⁰.

Pues bien, estas «suposiciones» y «resoluciones» de que habla Llamas se mantuvieron hasta el período de la Codificación porque la Ley 15 de Toro pasó íntegramente a la *Nueva Recopilación* (5.1.4) y más tarde a la *Novísima Recopilación* (10.4.7), constituyendo el derecho en materia de reserva binupcial hasta los intentos codificadores en el campo civil. El problema que queremos abordar ahora es el siguiente: cómo a partir de la parca y un tanto críptica Ley 15 de Toro y del también parcial derecho anterior a la misma se ha llegado a la más minuciosa y extensa regulación que la reserva recibe en los artículos 800 y siguientes del Proyecto de García Goyena y los artículos 968 y siguientes del Código Civil vigente.

Responder a esta pregunta significa, en último término, averiguar a qué *casos* se refería la Ley 15 de Toro cuando determi-

⁶⁰ LLAMAS MOLINA, S., *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro* Tomo I Madrid, tercera edición, 1853, nums 2 y 3, p 285 (= LLAMAS, *Comentario*)

naba la obligación de reservar por parte de la viuda que casa segunda vez y el fundamento, o los precedentes en que se basaron los redactores del texto taurino, de la extensión de la reserva de los bienes heredados de los hijos y al padre viudo. Como hemos dicho, ni la disciplina sobre la primera cuestión ni los precedentes a que nos referimos se encontraban en el derecho genuinamente hispánico. ¿Dónde, entonces? Como enseguida hemos de ver, en el derecho romano. Y no precisamente en la tradición vulgar teodosiana que hemos analizado en el primer apartado, sino en la versión justiniana de la constitución *Feminae* (CJ. 5.9.3) y de la Novela 14 de Teodosio II (CJ. 5.9.5) y en el mismo desarrollo ulterior de la institución por parte de Justiniano en el Código (CJ. 5.9.6, 5.9.7 y 5.9.8) y en las Novelas (Nov. 2,22 y 98, fundamentalmente). Son bien ilustrativas las observaciones que en este sentido hicieron en su momento Llamas y García Goyena. El primero de ellos había tratado inútilmente de encontrar la explicación histórica en el derecho hispánico a la obligación, impuesta en la Ley 15 de Toro, de reservar los bienes heredados de los hijos, y concluye:

El fundamento de esta doctrina estriba en que por la presente Ley de Toro nada se innovo en lo dispuesto por las anteriores, y estas eran las civiles de los romanos, pues las reales nada disponían en la materia, y así únicamente se limitó su disposición á estender á los padres la obligación que tenían las madres de reservar a los hijos del primer matrimonio lo que hubieren heredado de alguno de ellos ⁶¹.

Y en términos parecidos, aunque esgrimiendo más argumentos, se manifestaba García Goyena:

Convenían, pues, todas ellas ⁶² en hablar únicamente de la viuda, no del viudo; en no sujetar a reserva los dejado por el marido en última voluntad, ni lo heredado de uno de los hijos del primer matrimonio.

Pero como la reserva traía su origen del Derecho Romano, y como la autoridad de sus intérpretes llegase á ser tanta en nuestros tribunales para la decisión de los pleitos que en falta de la otra debía

⁶¹ LLAMAS, *Comentario*, núm 41, p 291

⁶² Se refiere a las leyes del *Liber* (*Fuero Juzgo*), *Fuero Real* y *Partidas*

tenerse por tal, según lo ordenado por los mismos Reyes Católicos en la pragmática de Madrid de 1599 (sic)⁶³, aconteció sin duda que las disposiciones del Derecho Romano sobre la reserva, mucho más amplias y explícitas que las de los Fueros y Partidas, prevalecieron en el foro y tuvieron fuerza de leyes en la práctica⁶⁴.

En otras palabras, ha sido el desarrollo y tratamiento doctrinal de los textos, fundamentalmente de P. 513.26, pero sobre todo de la propia Ley 15 de Toro, y no la legislación, el encargado de ir perfilando la institución de la reserva, acomodando la tradición genuinamente hispánica al Derecho común, que es ahora objeto de Recepción. Si la Recepción teórica se había operado en las Partidas, en sede de reserva binupcial hemos de convenir en que se produce más tardíamente. Veámos como, ciñéndonos a los problemas fundamentales que venimos analizando, esto es, personas obligadas a reservar y bienes sujetos a reserva.

Una evidente necesidad de adaptación de la tradición hispánica al derecho romano justiniano se deriva del mismo texto de P. 5.3.26, que sólo parcialmente contenía la regulación de la reserva. Una simple ojeada a la glosa de Gregorio López nos pone de manifiesto cómo, ante la falta de otros precedentes, el derecho romano justiniano acude en auxilio del glosador a la hora de resolver aquellos problemas o no planteados o no resueltos por el texto alfonsino⁶⁵. Así, la cuestión de si lo dispuesto en P. 5.13.26

⁶³ Se está refiriendo, evidentemente, a las Ordenanzas de Madrid de 1499

⁶⁴ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* Tomo II Madrid, 1852, apéndice 10, p 364 (= GARCÍA GOYENA, *Concordancias*)

⁶⁵ Coetáneo de Gregorio López, Diego de Covarrubias ofrece el siguiente tratamiento doctrinal sobre la reserva: *Terfio hinc apparet, etiam Jure Canonico procedere l foeminae, C de secund nupt qua cavetur, foeminam secundo nubentem, reservare debere filiis prioris mariti, quidquid lucrativo titulo ex bonis prioris viris acquisivit Atque idem in viro locum habet Ad id etiam conducit pluriman d l generaliter, que statuit virum debere praeservare filiis prioris uxoris, si ad secundum transierit, ea, quae ad ipsum ex dote, vel ex bonis prioris uxoris pervenerunt, in quo idem dicendum est in acquisitis ex legis dispositione, si lucrativo titulo alteri conjugii ex alteris bonis deferantur: ut si lex defenrat supersititi, ex bonis alterius conjugii aliquam partem lucrativo titulo, nullo habito respectu ad onus praecedens, id debet filiis prioris matrimonii reservari (COVARRUBIAS, Didaci, *Opera omnia in duos tomos divisa*, I, Coloniae Allobrogum, M DCC XXIV, p 192) Como puede verse, es el apoyo en el Derecho Romano Jus-*

con referencia sólo a la viuda puede aplicarse también al viudo, que Gregorio López resuelve de forma afirmativa acudiendo a *CJ* 5.9.8.3⁶⁶:

glosa (i) *marido* a *P.* 5.13.26:

Idem quod disponit erga bona mulieris obligata, habet locum in bonis viri si uxor praecedat, ut in lege si quis prioris § in illo Cod. de secundis nuptiis

De la misma forma, la invocación de *CJ* 5.9.5 y 5.9.6 sirve a Gregorio López para aclarar que sólo en el caso de que efectivamente se produzcan segundas nupcias tiene lugar la reserva impuesta en *P* 5.13.26, razonamiento que es extensivo a lo previsto en *FR* 3.2.1 y en la Ley 15 de Toro:

glosa (k) *si casasse* a *P* 5 13.26:

Si vero non transeat ad secunda vota, non habet locum ista lex, ut in lege generaliter § si Cod. de secundis nuptiis et in lege hac edictali § si ad si tam quod habet in lege 1 titulo 2 libro 3 fori legum et lege 15 in ordinatione thaurinis.

Y si *P.* 5.13.26 sólo sujeta a reserva las arras y las donaciones, es también la tradición justiniana —las constituciones *Feminae, Cum aliis, Generaliter* y *Haec edictali*— la que sirve a Gregorio López para fundamentar la extensión de la obligación de reservar respecto a todos aquellos bienes que la mujer haya conseguido del marido, vivo o muerto éste, por cualquier título lucrativo, quedando así comprendidos los bienes recibidos por vía testamentaria, de los que *P.* 5.13.26 no se ocupaba:

glosa (l) *las arras e las donas* a *P.* 5 13.26·

Adde lex hac aedictali § illud vero omnibus Cod. de secundis nuptiis et idem dicit generaliter de omnibus quae titulo lucrativo, sive in vita sive in morte a marito consequuta est, ut in lege foeminae, in principio Cod. de secundis nuptiis, et in lege cum aliis et lege generaliter eodem titulo

tiniano, muy señaladamente en la ley *Generaliter*, el que le permite también a Covarrubias establecer un paralelismo, inexistente en la tradición hispánica, entre la mujer y el marido respecto a la obligación de reservar determinados bienes a los hijos del primer matrimonio

⁶⁶ En algunos casos, hemos procedido a identificar la cita de Gregorio López con el correspondiente texto del Corpus

Finalmente, y después de haber hecho extensiva la doctrina de la reserva de los abuelos⁶⁷, se entiende, con apoyo en CJ 5.9.6.9, que no sólo los bienes presentes del cónyuge binubo, sino también los futuros, quedan obligados en favor de los hijos del primer matrimonio, y, en aras del cumplimiento de tal obligación, tácitamente hipotecados:

glosa (a) *Empenados a P. 5.13.26*:

Ut hic et in dicta lege hac edictali § illud vero omnibus, Cod. de secundis nuptiis ubi et est expressum tam de praesentibus bonis, quam de futuris et ex illa lege nota quod in hypotheca tacita veniunt etiam bona futura.

Pero es a partir de los comentarios a las Leyes de Toro de Antonio Gómez cuando asistimos a un copioso y casuístico desarrollo doctrinal de nuestra institución, desarrollo que, armonizando la genuina tradición hispánica con el derecho romano justinianeo, será el que aproveche la Codificación. El punto de partida es, como dejamos dicho, la Ley 15 de Toro. Expondremos este desarrollo acudiendo de modo preferente a los comentarios de Antonio Gómez y sólo secundariamente a los de Alvarez Posadilla y Llamas Molina⁶⁸. La literatura jurídica no ceñida al comentario del texto taurino, incluso la más tardía, ha seguido en muchos tópicos las opiniones de Gómez⁶⁹.

Comencemos, como ya venimos haciéndolo, con el problema de la determinación de los bienes reservables. Retomando la tradición justiniana y el régimen de la reserva contenido en las constituciones del libro quinto, título noveno, del Código, Gómez es exhaustivo a la hora de señalar los bienes que la viuda está obligada a reservar a los hijos de su primer matrimonio si casa por

⁶⁷ Glosa (m), *Fincan a sus hijos*, a P 5.13 26

⁶⁸ Lamentablemente, no hemos podido manejar la obra de Palacios Rubios

⁶⁹ Vid sólo como botones de muestra y sin ánimo exhaustivo, FEBRERO, Josef, *Librería de escribanos é instrucción jurídica theorico práctica de principiantes*, Parte segunda, dividida en tres libros Libro segundo, Madrid, MDCCXVII, p 322 y ss ; MARCOS GUTIÉRREZ, Josef, *Librería de escribanos, abogados y jueces que compuso don Josef Febrero*, Parte segunda Tomo III, Madrid, 1807, 4.ª ed , p 406 y ss., SALA, J , *Ilustración del Derecho Real de España*. Tomo I Madrid, 2.ª ed , corregida y adicionada por su autor y arreglada las citas de leyes a la Novísima Recopilacion, MDCCCXX, p 230 y ss

segunda vez: todos aquellos que haya conseguido del marido por vía testamentaria, *título institutionis*, por legado, fideicomiso, donación *inter vivos* o por cualquier otro título lucrativo y todo lo recibido por razón de matrimonio, esto es, cualquier tipo de donación nupcial. Sobre todos estos bienes, la mujer no conserva más que un usufructo legal, en tanto nacido *ex legis dispositione*, no pudiendo enajenarlos ni transmitirlos a los hijos del segundo matrimonio ni a extraños:

Coment. in leg. 14, 15 y 16, núm. 1:

Nota decisionem et conclusionem huius legis, pro cuius perfecta declaratione dico et praesuppono ⁷⁰, quam si mulier post mortem mariti contrahat secundas nuptias, tenetur reservare filiis primi matrimonii omnia bona, quae habuit à primo marito ex testamento, titulo institutionis, legati, fideicomissi, vel per contractum donationis inter vivos, vel ex alia lucrativa causa: et tantum habebit ius utendi et fruendi, et sic usufructum legalem ex legis dispositione, et non poterit predicta bona alienare in filios secundi matrimonii, nec inter extraneos, etiam si filios ex secundo matrimonio non susceperit ⁷¹.

y *Coment.* núm. 3.

Item adde quod talis mulier tenetur reservare etiam illud, quod habuit à marito causa nuptiarum puta sponsalitiám largitatem, donationem propter nuptias, donationem bonorum, vel etiam similem donationem ⁷².

Pero la Ley 15 de Toro, como se recordará, sujetaba a reserva no sólo lo recibido por la mujer del marido por los conceptos antes señalados, sino también lo que heredare de los hijos del primer matrimonio. En este punto, es necesario distinguir entre lo que la madre hereda *ab intestato* de lo que hereda *ex testamento*,

⁷⁰ Vid supra p lo dicho por Llamas en torno a la «suposición» contenida en la Ley 15 de Toro

⁷¹ GOMESSI, ANTONII, *Opera omnia, duabus partibus distincta, quarum prior ad leges tauri commentarium absolutissimum, posterior vero variarum resolutionum, tomos tres continet* Lugduni, M.DC.XLI (en adelante, citaremos sólo *Comment.* seguido del número correspondiente y, en algunos casos, de la página)

⁷² Vid también ALVAREZ POSADILLA, J., *Comentario a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación española, en el que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando su decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*, Madrid, MDCCXCVI, p 125 (= ALVAREZ POSADILLA, *Comentario*), LLAMAS, *Comentario*, núm. 6, p 285 y núms. 19-27, pp. 288-289.

ya que, mientras en el primer caso se hereda *ex dispositione legis* y, por tanto, los bienes están, sin ninguna duda, sujetos a reserva, cuando la madre lo hace *ex testamento*, hereda los bienes por voluntad expresa del hijo y como cualquier extraño, circunstancia esta que los excluye de la reserva. La doctrina, recogida por Gómez, proviene de las Novelas 22 y 2, que modificaban *CJ* 5.9.3, ley que sujetaba a reserva los bienes heredados de los hijos ya fuese *ab intestato* ya fuese por vía testamentaria:

Coment. núm. 2:

Advertendum tamen est quod licet de iure antiquo tenebatur reservare, etiam si habuisset praedicta bona ex testamento filii, tamen hodie non tenetur illo casu reservare, sed tantum eo casu quo ab intestato succedit: quia ex testamento dicitur capere sicut extraneus: text. est in Auth. ex testamento, Cod. de secund. nup. cuius verba sunt ex testamento succedit mater liberis suis, quae volavit ad secundas nuptias: sicut institutus quilibet, cuius ratio est, quia quando mater succedit ex testamento filii, dicitur habere ex voluntate eius expresa, et tunc capit sicut quilibet extraneus: sed quando succedit ab intestato, principaliter dicitur capere et habere ex legis dispositione, unde merito potuit sibi istud onus et modum reservationis proprietatis adiicere et imponere.

Si, por tanto, los bienes recibidos *ex testamento* de los hijos no están, en general, sujetos a reserva, es preciso conciliar ahora tal extremo con la Ley 6 de Toro⁷³, que establece que los padres suceden a los hijos tanto *ab intestato* como *ex testamento*, y con la distinción, procedente de la Novela 22, 46, 2, entre bienes profes-

⁷³ Ley 6 de Toro Los ascendientes legítimos por su orden y linea derecha sucedan ex testamento et ab intestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos legítimos, o que ayan derecho de les heredar pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquier ultima voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren. lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do según el fuero de la tierra se acostumbra tornar sus bienes al tronco, ó la rayz á la rayz Esta Ley 6 de Toro, combinada con el requisito de la prueba del uso que desde el Ordenamiento de Alcalá se impuso a los derechos municipales supuso, por otra parte, un duro golpe para la suerte y desarrollo posterior de la troncalidad en el derecho castellano

ticios y adventicios, lo que explica el comentario de Alvarez Posadilla en el sentido de considerar reservables todo lo recibido de los hijos *ab intestato* y las dos terceras partes de lo recibido por testamento⁷⁴ y el más matizado de Llamas al considerar sujetos a reserva «las dos terceras partes de los bienes profecticios que (la mujer) haya heredado de algún hijo por testamento, y todos los de esta especie que herede *ab intestato*. Los adventicios, bien los herede ex testamento o *ab intestato*, no estará obligada a reservarlos»⁷⁵.

Hasta aquí, los bienes que la viuda está obligada a reservar. La Ley 15 de Toro ordena, sin precedentes en el derecho hispánico, que en los mismos casos se proceda con el padre que pasa a segundo o ulterior matrimonio. La relación de este mandato con el Derecho Romano Justiniano y hasta qué punto éste era tenido en cuenta lo pone de manifiesto Gómez al atribuir a la Ley 15 de Toro en este concreto punto la mera función de dejar clara y terminantemente expuesto, vale decir, insertar en el texto de una ley, lo que ya antes *de iure communi hoc erat decisum* y lo que, si bien no constaba de forma expresa, constituía *communis oppinio* de los doctores, a saber: que el padre que pasaba a segundas nupcias estaba obligado a reservar para los hijos del primer matrimonio lo recibido de la mujer y lo heredado de los hijos:

Comment. núm. 4:

Item etiam prosequendo materia dico, quod sicut mater transiens ad secunda vota tenetur reservare filiis primi matrimonii bona, quae habuit a patre, vel ex successione alicuius filii; ita pater transiens ad secunda vota tenetur reservare filiis primi matrimonii bona quae habuit ab uxore, vel ex successione alicuius filii: text. est in lege generaliter, Cod. de secund. nupt. text. in lege si quis prioris, § fin. edod, tit. text. in Auth. de non eligendo... et idem expresse disponit hodie sequens lex 25 his 11. Tauri, et si quaeras in quo fuit ista lex necessaria, cum de iure communi hoc erat decisum, et in eo non esse dubium: potest dici quod iura expresse hoc non disponebant, licet esse communis oppinio doctorum: unde nostra l. 15 Tauri voluit expresse hoc decidere et determinare.

⁷⁴ ALVAREZ POSADILLA, *Comentario*, p. 126.

⁷⁵ LLAMAS, *Comentario*, núm 40, p. 291.

Una vez igualados padre y madre viudos en la obligación de reservar los bienes recibidos del cónyuge premuerto y los heredados de los hijos y una vez extendida la obligación de reservar a terceros o ulteriores matrimonios ⁷⁶, faltaba plantearse el problema de la condición de reservables respecto de unos bienes que no eran mencionados por la Ley 15 de Toro: los bienes recibidos por uno de los cónyuges como consecuencia de donación por parte de los consanguíneos del otro. La respuesta, si bien la ley es meramente penal y odiosa y, por lo mismo, no susceptible de extensión a otros casos distintos de los estrictamente contemplados en ella, es afirmativa. La razón de que tales bienes sean reservables es que ese tipo de donaciones se entienden hechas al marido, si recibe la mujer, o al revés, a la mujer, si es el marido quien recibe de los consanguíneos de aquélla, no obstante para tal conclusión, según Gómez, ni el hecho de que la ley no hable de estos bienes ni el hecho de que sea de carácter penal ⁷⁷.

Como queda dicho anteriormente, la obligación de reservar los bienes lleva consigo la imposibilidad de enajenarlos. De aquí la necesidad de adoptar ciertas medidas de garantía, que se reducen a las siguientes: para asegurar el cumplimiento de la obligación de reservar, los bienes del cónyuge que pasa a segundas nupcias quedan tácitamente hipotecados y, además, si los bienes que hay que reservar son muebles, es necesario proceder a su estimación y dar fianza de su restitución a fin de que los reservatarios obtengan sus bienes o, en su caso, la cantidad estimada de su valor y los daños producidos:

Item adde quod talis mulier vel maritus transiens ad secunda vota, non potest aliquo modo alienare predicta bona immobilia quae habuit a primo matrimonio: si vero sint mobilia debet fieri eorum aestimatio per arbitros electos a partibus, et praestare satisfactio, ut post mortem coniugis transeundis ad 2. vota restituatur illud pretium et aestimatio, ver restituatur illa bona mobilia, si non sint deteriora: vel restituantur cum aestimatione damni vel deteriorationis... et pro securitate praedictorum bonorum quae filius primi matrimonii debent reservari, omnia bona ipsius parentis transeun-

⁷⁶ *Comment*, núm 6, p 114

⁷⁷ *Comment*, núm 7, p. 114

tis ad secunda vota sunt tacite p. 1. eis obligata: 1. in si quis prioris, Cod. de secund. nup. 1. 26, tit. 13, part. 5⁷⁸.

¿Qué ocurre si, pese a la prohibición antes mencionada, el cónyuge que debe reservar enajena los bienes sujetos a reserva? En este punto, y con el correspondiente apoyo en el Derecho romano justinianeo, Gómez plantea la cuestión distinguiendo dos supuestos: los de la enajenación hecha antes o después de haber contraído segundo matrimonio. Si la enajenación ha sido efectuada *ante transitu ad secunda vota*, pueden los hijos reivindicar los bienes de cualquier poseedor:

Item adde quod si talis mater ante transitu ad secunda vota alienavit aliqua bona prioris matrimonii: et post alienationem transeat ad secunda vota: quod filii primi matrimonii possunt predicta bona petere et vindicare a possessoribus licet videatur alienatio facta tempore congruo et permissio⁷⁹.

Si la enajenación fue hecha después de haber contraído segundas nupcias, y pese a la existencia de dudas sobre si los hijos podrían revocar la enajenación y reivindicar los bienes de cualquier poseedor y sobre si el cónyuge pierde el usufructo, consolidándose con la propiedad, que pertenece a los hijos, Gómez se inclina por dar validez a tal enajenación, que podrá, sin embargo, ser revocada a la muerte del obligado a reservar. El argumento es claro: podría darse el caso de que los hijos muriesen antes que el padre o madre bínubos, cesando entonces la obligación de reservar:

.. dubium tamen est si talis mater de facto alienavit praedicta bona quae tenebatur reservare statim amittat illa, et filiis prioris matrimonii possint in vita eius avocare et petere a possessoribus: et videatur quod sic, quia est tantum fructuaria, unde alienando praedicta bona et ius utendi quod habet, statim amittit usumfructum, et consolidatur cum proprietate .. sed ego teneo contrarium, imo quod alienatio valebit et revocabitur post mortem matris, quia potest esse quod filii prioris matrimonii decedant ea vivente, et nihil ad eos pertineat, quod secus est in alio usufructuario: et in terminis pro mea opinione contra Bald. est text formalis et expres-

⁷⁸ *Comment*, núm 5, p 113

⁷⁹ *Comment*, núm 5, p 113

sus in Auth. de non eligendo secundu iubentes, paragrapho hoc autem, collat. 1⁸⁰.

De la propia Ley 15 de Toro y de la doctrina en torno a ella quedaba claro que sólo cuando acaecen segundas nupcias se produce la obligación de reservar. Pero casos, no de reserva, sino de pérdida automática de los bienes, podían producirse si éstos han sido dejados con la condición de no casar o de vivir honestamente. En efecto, si la condición de no casar impuesta a alguien que no ha casado nunca no es admitida, sí se considera válida entre viudos, por lo que lo dejado en adherencia a tal condición se pierde desde el momento en que la misma se incumple⁸¹. El marido o los hijos pueden dejar algo a la mujer bajo la condición de que viva honestamente, por lo que si casa segunda vez pierde lo dejado bajo tal condición. La argumentación es finamente hilada por Gómez: si bien respecto a otros parientes o de extraños la condición de vivir honestamente no se incumple por contraer segundas nupcias, porque el matrimonio es *in se* lícito y honesto y porque *in matrimonio est castitas et maxima pudicitia*, respecto al marido y a los hijos el paso a segundas nupcias es *máxima iniuria* y la mujer debe perder lo que se le dejó bajo aquella condición porque al contraer segundo matrimonio *non servatur pudicitia*⁸². También constituye causa de pérdida de la mitad de los gananciales, de la donación, herencia y legado que el marido hubiese dejado, y de la facultad para testar, la vida lujuriosa de la mujer después de la muerte de su cónyuge, si bien en este caso no se origina la obligación de reservar ni la pérdida de la dote⁸³.

Finalmente, la reflexión doctrinal en torno a la Ley 15 de Toro no se limitó a dejar claro las personas que venían obligadas a reservar y los bienes sobre los que recaía la reserva, sino que también especificó los casos en que cesaba la obligación de reservar, fue-

⁸⁰ *Comment*, núm 5, p 113; cfr ALVAREZ POSADILLA, *Comentario*, pp 126-127, que razona al contrario: si la enajenación es hecha antes de las segundas nupcias, los hijos no pueden repetir los bienes «porque no es cierto que hayan de vivir más lejos hijos que los padres», si es efectuada después de contraído el segundo matrimonio, será nula, pudiendo reivindicar los hijos de cualquier poseedor.

⁸¹ *Comment*, núm 8, p 115

⁸² *Comment*, núm 9, pp 115-116

⁸³ *Comment*, núms 16 y 17, pp 119-120

ra, claro está, del supuesto de no existencia de hijos del primer matrimonio. Estos casos eran los siguientes: a) por lo que respecta a la obligación de reservar los bienes conseguidos del marido, el consentimiento o licencia de éste para que la mujer contraiga segundas nupcias, aunque, teniendo en cuenta la finalidad última que inspira la reserva, instituida no tanto por causa de la injuria que se comete contra el cónyuge premuerto al contraer segundo matrimonio, como por ser salvaguarda de tipo económico para los hijos del primer matrimonio, es posible plantearse, como lo hace Llamas, hasta qué punto el marido puede «alterar una disposición establecida por la ley en beneficio de los mismos hijos»⁸⁴; b) por lo que se refiere a los bienes heredados de los hijos, la obligación de reservarlos cesa igualmente si éstos otorgan licencia a la madre para contraer segundo matrimonio y c) cesa también la obligación de reservar cuando la madre contrae segundas nupcias con licencia del Príncipe o soberano⁸⁵, aunque tal licencia, según Llamas, parece que hace referencia al permiso para casar antes del año de luto y no incurrir así en las penas que la ley fijaba para la viuda que se apresuraba a casar⁸⁶. Como las leyes que fijaban dichas penas fueron posteriormente derogadas (NR 5.1.3 dNov. R. 10.2.4) «limitándose la licencia del Príncipe à evitar las penas que se imponían à la que casaba dentro del año de viuda, no parecía consiguiente extender los efectos de esta licencia a libertar a la muger que casaba segunda vez de la obligación de reservar a los hijos del primer matrimonio lo que había heredado de alguno de ellos. La razón no sólo es obvia sino concluyente: lo que hacía antes la licencia del Príncipe, lo hace ahora la ley de la Recopilación citada, que es derogar la disposición de la ley civil y de la Partida; con que si cuando estaban en vigor estas leyes la licencia del Príncipe no se extendía à libertar a la muger de la obligación de reservar à los hijos del primer ma-

⁸⁴ LLAMAS, *Comentario*, p 293, nota 2

⁸⁵ *Comment*, núm 6, p 114; ALVAREZ POSADILLA, *Comentario*, p 125, LLAMAS, *Comentario*, núms 47, 48 y 49, p 293, quien añade el caso de que la mujer enviude antes de los veinticinco años, aunque, reconoce, «la aplicación de esta doctrina ofrece dificultades, pues no puede admitirse de justicia, sino en su caso por equidad» (p 293, nota 1).

⁸⁶ Vid P. 4 12 3 y P 6 3 5

trrimonio lo que hubiese heredado de alguno de ellos, tampoco se ha de estender ahora la derogación de las leyes civiles y de Partida á liberar á la madre de la obligación de reservar á los hijos del primer matrimonio lo que haya heredado de alguno de ellos»⁸⁷.

V. Este era el arsenal jurídico con que, por lo que se refiere a la reserva, contaba la Codificación: lo poco contenido en los textos hispánicos (*Liber, Fuero Real y Partidas*), la Ley 15 de Toro, reproducida en las Recopilaciones, aclarando y superando a los anteriores y, sobre todo, el desarrollo doctrinal con apoyo en el Derecho Romano Justiniano a partir de la propia Ley 15 de Toro, tanto en los aspectos regulados por la misma como en aquellos otros, muchos, como hemos visto, no planteados por ella. Como señaló García Goyena, «... hay otros muchos casos que no están previstos por nuestras leyes, como lo estaban en su mayor parte por las Romanas; y aunque nuestro Antonio Gómez los resuelve con arreglo a éstas, y sus decisiones sean las corrientes en la escuela y en el foro, con todo, el nuevo Código no puede dejar abandonada a simples opiniones una materia de tanto uso e importancia»⁸⁸. La Codificación, por tanto, no ha hecho sino sistematizar la tradición anterior, bajo los esquemas racionalizadores que informan el movimiento, disponiéndola y exponiéndola de forma articulada y elevando a rango de precepto legal gran parte —otra mínima ya lo era desde los antiguos textos— de lo que hasta el momento no constituían sino opiniones eruditas, basadas en el Derecho Romano Justiniano, que a su vez servía de instrumento integrador de las lagunas existentes en los textos hispánicos, sobre concretos puntos controvertidos relacionados con la institución de la reserva binupcial.

Nos ocuparemos en este apartado fundamentalmente del Proyecto de 1851, aunque aludamos marginalmente y en nota a otros proyectos, no sólo por la estrecha relación de aquél con el Código Civil vigente, sino porque la ingente obra de García Goyena nos sirve de soporte inapreciable para comprender la génesis de los preceptos, sus conexiones y, en último término, las razones de su establecimiento.

⁸⁷ LLAMAS, *Comentario*, núms 49, 50 y 51, pp 293-294

⁸⁸ GARCIA GOYENA, *Concordancias*, ap. núm. 10, p 365.

Partiendo, como hemos dicho antes, de la tradición anterior, la reserva binupcial es objeto de regulación en los artículos 800 a 814 de Proyecto de 1851, presentándose, según el propio García Goyena afirma como una institución cuyo objeto «más que vengar la pretendida injuria hecha á la memoria del difunto esposo, es el favorecer á los hijos del primero, generalmente postergados por el padre o madre bínubos»⁸⁹. Como más adelante añade, han sido «el estremado amor de las mugeres por sus segundos maridos, la autoridad y ascendiente natural de éstos sobre aquéllas, el no menos peligroso e irresistible, aunque más encubierto, de los halagos de la madrastra» los que «han dado por una triste y constante esperiencia resultados muy amargos para los desdichados hijos de los primeros matrimonios». Por ello, prosigue, «El legislador ha debido venir en socorro de los desamparados y postergados; y este es el fin de la reserva: sin esto los bienes familiares pasarían siempre á los hermanastros, y aun al padrastro ó madrastra, según la mayor o menor latitud de disponer»⁹⁰.

De todas formas, no parece que se ha olvidado el carácter penal que la reserva tiene respecto a las segundas nupcias, adjetivadas por García Goyena como «poco loables»⁹¹, y si, como ya sabemos, las penas establecidas para las viudas que casaban antes de transcurrido el año de luto fueron derogadas, «nosotros, dice García Goyena, debemos pensar seriamente si convendrá renovarlas ó sustituirlas por otras análogas, limitando el año a los diez meses señalados en la Ley 4, título 25, Partida 4...: el decoro y la moral aconsejan por sí solos alguna restricción; el buen orden y el estado legítimo de las familias parecen reclamarla imperiosamente para impedir *ne semen á sanguis commisceatur*, como decían los romanos, y la consiguiente perturbación del estado y derechos de la verdadera filiación»⁹².

Así concebida la institución de la reserva, son los artículos 800 y 801 del Proyecto los que establecen qué personas vienen obligadas a reservar y sobre qué bienes recae tal obligación. El primero de los preceptos, que García Goyena concuerda con *CJ* 5.9.3

⁸⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p 202

⁹⁰ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm. 10, pp 363-364

⁹¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm 10, p 363

⁹² GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm. 10, pp 362-363

y siguientes, *Liber* (Fuero Juzgo) 4.5.2, P. 5.13.26 y *Novísima Recopilación* 10.4.7, obliga a viudo y viuda que contraen segundo matrimonio a reservar todo lo recibido del cónyuge premuerto por donación, testamento u otro título, incluyendo la legítima, pero excluyendo la mitad de las gananciales ⁹³:

El viudo ó viuda que pasase á segundo matrimonio, estará obligado a reservar á sus hijos ó hijas y descendientes legítimos del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por testamento, donación, u otro cualquier título lucrativo, incluso el de su legítima; pero no su mitad de bienes gananciales ⁹⁴.

Por su parte, el artículo 801 sujeta a reserva los bienes «adquiridos» de los hijos del primer matrimonio por alguno de los medios expresados en el artículo 800 y los bienes recibidos de los parientes del cónyuge premuerto:

La disposición del artículo anterior comprende también los bienes que el viudo ó viuda adquirió de uno de los hijos o hijas del primer matrimonio por alguno de los títulos expresados, y los que hubo de los parientes del difunto consorte por considerar a éste,

aunque García Goyena, por lo que se refiere a la primera parte del precepto, siguiendo los Comentarios de Gómez y «la práctica introducida por los comentaristas del Derecho Romano», limita la reserva a los bienes recibidos de los hijos por sucesión intestada, no testamentaria ⁹⁵. También sigue a Gómez en lo que respec-

⁹³ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, pp 202-203.

⁹⁴ Cfr art 351 del Proyecto de 1821, éste sujeta a reserva todo lo adquirido «por disposición testamentaria o sucesión intestada o por cualquier otro título lucrativo», arts 271, 272 y 273 del Proyecto de 1836, el art 977 del Anteproyecto de Libros III y IV viene a reproducir el art 800 del Proyecto de 1851, suprimiendo la mención a la legítima, vid los textos en LASSO GAITE, J F, *Crónica de la Codificación española 4. Codificación Civil (génesis e historia del Código)* Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

⁹⁵ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm. 10, pp 365-366; la cuestión, sin embargo, no estaba clara ni la opinión fue unánime a la hora de discernir si la reserva recaía sobre la sucesión testada o intestada a juzgar por las diferencias existentes entre los arts 352 del Proyecto de 1821 el art 271 in fine del Proyecto de 1836 y el art 978 del Anteproyecto de Libros III y IV

ta al fundamento y conveniencia de la reserva de los bienes recibidos de los parientes del premuerto por consideración a éste ⁹⁶.

Como se recordará, según Gómez, la vida lujuriosa de la viuda no acarrea obligación de reservar, aunque se le imponían otras penas ⁹⁷. García Goyena opinó lo mismo ⁹⁸ y, sin embargo, a efectos de la reserva, se entendió que había segundo matrimonio y, por tanto, obligación de reservar, cuando el viudo o viuda, en estado de viudez, tuviesen un hijo natural, dando lugar así a lo preceptuado en el artículo 814 del Proyecto de 1851:

El viudo ó viuda que, en tal estado, tuviere un hijo natural y le reconociere ó se declare judicialmente ser suyo en los casos que á esto haya lugar, se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva ⁹⁹.

Si desde el Derecho romano, y también desde la Ley 15 de Toro y la doctrina científica que le siguió, los bienes sujetos a reserva eran inalienables, la Codificación no ha insistido en tal extremo y ha acabado con la distinción entre las enajenaciones efectuadas antes y las realizadas después de contraer matrimonio, permitiéndolas sin más o condicionando su validez a determinados hechos. Así, el artículo 809 del Proyecto ha declarado válidas las «enajenaciones de los bienes muebles, hechas antes ó después de contraer segundo matrimonio», aunque, como argumenta García Goyena, es por esta razón por la que el artículo 807 obliga, recordando al Código de Justiniano, al viudo o viuda que contraen segundo matrimonio a la tasación de los muebles y al inventario de los bienes sujetos a reserva ¹⁰⁰. Por lo que se refiere a los in-

⁹⁶ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap. núm. 10, p. 365; tal clase de reserva no estaba contemplada en el Proyecto de 1821, sí, en cambio, en el art. 272, 2.º del Proyecto de 1836, pero haciendo hincapié en que la entrega de tales bienes, así como su percepción, se hacían por consideración al difunto; tampoco está contemplada en el Anteproyecto de Libros III y IV.

⁹⁷ Vid. *supra*.

⁹⁸ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 207 y ap. núm. 10, p. 367.

⁹⁹ No existe precepto similar en el Proyecto de 1821 ni en el de 1836, el art. 814 del proyecto de 1851 tuvo, en cambio, su correlato en el 989 del Anteproyecto de Libros III y IV: la obligación de reservar al hijo natural se cuenta desde el día de su nacimiento.

¹⁰⁰ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 205, quien, por lo demás, estima que «no se falta á los casos y fines de la reserva» por el hecho de que los cónyuges viudos

muebles, las enajenaciones que de los mismos efectúen los viudos, ya antes, ya después de haber contraído segundas nupcias, serán válidas y «subsistirán únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos» del primer matrimonio (art. 808 del Proyecto de 1851). En cualquier caso, el cónyuge viudo, al pasar a segundas nupcias, deberá asegurar con hipoteca, que ofrece mayor seguridad que la «idoneam fideiussionem» exigida por *CJ* 5.9.6 ¹⁰¹ «la restitución de los bienes muebles no enagenados, en el estado que tuvieren», «la devolución del precio que recibió por los bienes muebles enagenados o el valor que tenían al tiempo de la enagenación, si esta se hubiere hecho á título lucrativo», «la devolución del precio de los bienes muebles consumidos antes o después de repetir matrimonio», «la devolución del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiere enagenado antes de repetir matrimonio» y «la buena administración de los bienes inmuebles no enagenados» (art. 810 del Proyecto de 1851).

Tratemos, finalmente, de las causas de cese de la obligación de reservar. El Proyecto de 1851 en su artículo 804, de acuerdo, según García Goyena, con las Novelas y el Código, preceptúa el cese de la reserva si muertos el padre o madre bínubos no existen hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio, aunque existan sus herederos, ya que respecto de estos últimos «no obran las consideraciones porque fue introducida» la institución ¹⁰². Por lo que se refiere a la autorización de los afectados y destinatarios de la reserva para que el cónyuge o padre contraiga segundas nupcias, en la línea de lo que ya expusiera Llamas ¹⁰³, el Proyecto no concede operatividad al consentimiento dado por el cónyuge o hijos para que el viudo contraiga segundo matrimonio como causa del cese de la obligación de reservar (art. 802), lo que García Goyena justifica, por lo que hace al consentimiento de uno de los cónyuges, porque, en último término, la reserva tiende a favorecer a los hijos, no a vengar la injuria para con el cónyuge pre-

puedan disponer de los bienes sujetos a reserva, *Concordancias*, ap. núm 10, p 366.

¹⁰¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p 206

¹⁰² GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 204

¹⁰³ Vid supra

muerto, y en lo que respecta al consentimiento de los hijos, porque éstos pueden aprobar el segundo matrimonio de sus padres por simples consideraciones de respeto ¹⁰⁴; de ahí, que sólo cuando los hijos mayores de edad renuncian expresamente a la reserva, «y en las cosas que dejaron ó donaron á su padre ó madre, sabiendo que estaban ya segunda vez casados» es cuando cesa la obligación de reservar, tal como dispone el artículo 803 del Proyecto de 1851.

Hasta aquí, el régimen de la reserva contenida en el Proyecto de 1851 ¹⁰⁵. La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en su artículo 1.º, autoriza al Gobierno «para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en la ley». Pues bien, la Base 18 dispone que «Respecto de las reservas..., se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia», autorización que dio lugar a la regulación de la reserva en los artículos 968 a 980 del vigente Código Civil, algunos de ellos afectados por los artículos 4 y 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. En este instante, el terreno nos es ajeno y dejamos, por ello, la palabra a los civilistas.

VI. Concluamos, justificando el subtítulo de nuestro trabajo y aludiendo de nuevo al planteamiento general. Tal y como la hemos expuesto, la historia de la reserva binupcial en el Derecho español nos parece que pasa por dos fases bien diferenciadas, a lo largo de esa evolución autónoma del Derecho romano a que nos hemos referido al principio: una anterior y otra posterior a la Ley 15 de Toro. En la primera, la reserva se configura de acuerdo con los esquemas de la tradición teodosiana, que es de donde trae su origen la institución. La dependencia, sin embargo, al menos desde los textos legales analizados, es sólo parcial, en el sentido de que ni el último derecho visigodo ni el derecho medieval his-

¹⁰⁴ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, ap núm 10, p 367

¹⁰⁵ Como es lógico pensar, lo establecido para los viudos que casan segunda vez es aplicable a terceros y sucesivos matrimonios (art 813 Proyecto de 1851), vid GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p 207

pánico acogen en su totalidad los perfiles institucionales de la reserva. Recordemos que estos derechos no contemplaron desde el punto de vista de las segundas nupcias la reserva de algunos bienes procedentes de uno de los cónyuges o de los hijos del primer matrimonio ni obligaron a reservar, en pie de igualdad, a los dos cónyuges, marido y mujer, viudos. La segunda fase viene determinada por la aparición de las Leyes de Toro. Antes, se ha producido la Recepción del Derecho Común y la Ley 15 muestra a las claras la influencia justiniana, pero, en contra de lo que el texto taurino intenta hacer ver, la influencia justiniana no se había producido ni sentido en los textos bajomedievales, que seguían dependiendo de la tradición teodosiana en la forma en que el derecho visigodo había conservado y transmitido dicha tradición. La influencia justiniana se había producido en la doctrina, en la jurisprudencia. De aquí, que la importancia de la Ley 15 de Toro para la historia de la reserva binupcial radica en haber sido el instrumento para elevar a rango legal lo que hasta el momento sólo era construcción doctrinal. La consecuencia de este suceso es la apertura de un período en el que, desde el punto de vista de la construcción del derecho privado moderno, la jurisprudencia, los autores, tenían casi exclusivamente la palabra. Sin perder de vista los textos bajomedievales y tomando como base la Ley 15 de Toro, la doctrina fue desarrollando, completando e interpretando el precepto legal y, de esta forma, perfilando la institución, acudiendo a los materiales que suministraba el *ius commune*. Después, cuando el trabajo sobre este conjunto de materiales, legales y, sobre todo, doctrinales, se lleva a cabo de acuerdo con los esquemas de una nueva metodología, surge la Codificación. Las materias primas ya existían: sólo era necesario someterlas a unas nuevas técnicas de elaboración y presentarlas con un acabado más perfecto.

Lérida, mayo de 1987

FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO