

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO UXORIO EN EL DERECHO VULGAR ROMANO-VISIGÓTICO *

SUMARIO: Introducción.—I. DERECHO ROMANO DEL BAJO IMPERIO: 1. Capacidad jurídica y situación personal de la mujer.—2. Necesidad del consentimiento de la mujer para la gestión de su patrimonio por el marido.—3. Tutela de la mujer.—4. *Donatio ante nuptias* o *spontanea largitas*. Legislación de Constantino.—5. Legislación de Valentiniano I y Teodosio I.—6. Novela XIV de Teodosio II.—7. Legislación de Honorio, Valentiniano III, Mayorano y Livio Severo.—8. *Pactum de lucranda donatione*.—9. Régimen de Justiniano.—10. La dote: FV. EGW. Cs.—11. La restitución de la dote en la legislación imperial.—12. Derechos sucesorios de la viuda.—II. DERECHO VISIGÓTICO: 1. Capacidad y situación personal de la mujer casada.—2. La dote marital.—3. Consecuencias patrimoniales del divorcio y del repudio.—4. Donaciones nupciales.—5. Donaciones *mortis causa*.—6. Reformas de Leovigildo y de Ervigio.—7. Derechos sucesorios de la viuda.—8. La comunidad de adquisiciones durante el matrimonio.

Con este trabajo pretendemos continuar la investigación ya realizada sobre la situación patrimonial de la *uxor* en Derecho romano clásico¹, centrándola en el estudio de la tradición romana sobre el patrimonio uxorio que ha venido influyendo durante siglos en el régimen de bienes del matrimonio. Nos proponemos, sobre todo, poner de relieve la pervivencia y continuidad de los principios romanos aptos para las más variadas apli-

* En este artículo ofrecemos una parte del estudio sobre la tradición romana en el régimen jurídico del patrimonio uxorio, realizado como becario de la Fundación «Juan March» 1958.

1. GARCÍA GARRIDO, *Ius Vxorium* (El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano). «Cuadernos del Instituto Jurídico Español», núm. 9, Roma-Madrid, 1958.

caciones y exigencias impuestas por la acuciante realidad jurídica.

La legislación romana del Bajo Imperio sobre la situación personal y patrimonial de la *uxor* constituye la base de partida de las nuevas tendencias y orientaciones que actúan mediante una progresiva vulgarización del modelo clásico. Los principios que inspiran el derecho de las constituciones imperiales, de la interpretación visigótica, y también las modificaciones que se introducen en las obras clásicas, marcan el inicio de una nueva y extensa etapa en la historia de las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Dentro de esta etapa deben considerarse las leyes visigóticas en esta materia. Las normas y principios jurídicos sobre el patrimonio uxorio de aquella legislación pueden considerarse continuación de los ya elaborados en las constituciones imperiales romanas y las innovaciones que con respecto a ellas se encuentran son la necesaria consecuencia de la aplicación práctica de las normas romanas y de la normal evolución jurídica.

Como consideraciones previas al estudio que iniciamos debemos destacar la influencia del Cristianismo en las nuevas tendencias vulgarizadoras.

El Cristianismo influyó en la legislación romano-imperial y romano-bárbara, en primer lugar, indirectamente, por la repercusión de los principios y máximas cristianas en las costumbres y vida social²; y, en segundo lugar, también directamente, en cuanto al régimen jurídico patrimonial de la *uxor*, por la introducción paulatina en las constituciones imperiales de dos principios fundamentales:

- a) La igualdad sustancial de los esposos en el matrimonio³.

2. Vid. ROBERTI, *Le origini romano-cristiane della comunione dei beni fra coniugi* (Torino, 1919), p. 152 ss.; ANNE, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire* (Louvain, 1941), p. 453 ss., y BIONDI, *Il diritto romano-cristiano*, III (Milano, 1954), p. 192 ss.

3. Esta igualdad sustancial entre los esposos, que tienen por razón primaria el común origen de la humanidad en el primer matrimonio creado por Dios, viene solemnemente proclamada por San Pablo, *Galat.* 3.28.

La exaltación de la dignidad de la mujer como *socia et uxor*⁴, y el principio monogámico del matrimonio llevan al reconocimiento de la igualdad moral entre marido y mujer⁵ y a la consecuencia práctica de la igualdad en el campo matrimonial, en cuanto a las aportaciones de ambos cónyuges al matrimonio. A este respecto, la Patrística proclama y defiende determinadas consecuencias de la igualdad material, como la paridad de condición económica⁶, la aportación de dote por la mujer en compensación de la actividad productora del marido⁷ y la contradote del marido⁸. Los principios sobre la plena comunidad de vida llevan en el campo patrimonial a la comunidad de bienes durante el matrimonio⁹.

4. *Dilectissima mihi in domino conserva*, Tertuliano, *Ad uxor* 1.1. Vid. BARTSCH, *Die Rechtstellung der Frau als Gattin und Mutter* (Leipzig, 1903), p. 72 ss., y ROBERTI, *Le origini* cit., p. 162 ss., que se refiere a la nueva consideración cristiana del celibato y del matrimonio y a la influencia que en la elevación de la mujer tiene el culto a la Virgen María.

5. *Apud nos quod non licet feminis aequae non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur*, San Jerónimo, *Ep.* 73 (MIGNE, *Patr. Lat.* 22, c. 458); *nemo sibi blandiatur de legibus hominum. Omne stuprum adulterium est, nec viro licet quod mulieri non licet. Eadem a viro, quae ab uxore debetur castimonia*, San Ambrosio, *De Abrah.* 1, c. 2 (MIGNE, *Patr. Lat.* 14, c. 452); *non enim, sicut iuris publici ratio est, sola mulier adultera est, quae habet alium, maritus autem si plures habeat*, Lactancio, *De vero cultu* 6, 23 (MIGNE, *Patr. Lat.* 6, c. 719).

6. *Divitias magis in uxoribus eligi solet quam pudicitiam et multos non oculis sed digitis uxores ducere; mulierem pauperem alere difficile est; divitem ferre, tormentum*, San Jerónimo, *Adv. Jovin.* 1.312, 316 (MIGNE, *Patr. Lat.* 23 c. 288 s.). Vid. ROBERTI, *Le origini* cit., p. 175 ss.

7. SAN ISIDORO (*Etym.*, 50.9) observa que cuatro cosas son necesarias para una esposa: *pulcritudo, genus, divitiae, mores*, pero ya en DONATO, comentarista de Terencio, se encuentra la máxima así: *Quattuor sunt quae sponsis quaerentur: forma, probitas, dos, nobilitas*. Cfr. ROBERTI, *Le origini* cit., p. 181, n. y p. 182, que recoge también las normas referentes a la obligación de dotar del Decreto de Graciano.

8. Vid. ROBERTI, *Le origini* cit., p. 110 ss. y 183 ss., y ANNE, *Op. cit.*, p. 453 ss.

9. Vid. ROBERTI, *Le origini* cit., p. 197 ss., que expone interesantes particularidades de la doctrina agustiniana sobre la comunidad conyugal y la disposición de bienes por parte de la mujer.

b) El sometimiento de la mujer al marido ¹⁰, que se considera por la Patrística como el *gubernator* de los bienes de la mujer ¹¹. Esta supremacía del marido que no rompe el principio de la igualdad de los esposos en el matrimonio, tiene un contenido moral y se justifica por la necesidad de protección de la mujer y la exigencia de la unidad de la familia personificada por el marido ¹²

I. DERECHO ROMANO DEL BAJO IMPERIO

1.—En la capacidad jurídica y situación personal de la mujer existe una constante influencia de los principios cristianos que, acogidos por los emperadores, llevan a una modificación de los principios clásicos y contribuyen decisivamente a la equiparación de los sexos y a la legislación protectora de la mujer ¹³.

El principio de la igualdad de rango de los esposos durante el matrimonio, que tiene ya precedentes clásicos ¹⁴, viene cla-

10. Según San Pablo (*Eph.*, 5.22) el marido es *caput mulieris* de la misma forma que Cristo es *Caput Ecclesiae*. En *Col.*, 5:18 el apóstol manda a las mujeres: *subdite estoꝛe viris, sicut oportet in Domino*

11. Según San Ambrosio: *Hex.* 5.19 (MIGNE, *Patr. Lat.* 14, c. 228) Dios quiso al hombre *gubernatorem sexus inferioris*. Tertuliano usa la expresión *dilectissima mihi in domino conservata* (*Ad ux.* 1.1.). San Agustín (*Conf.* 9.9) afirma de Santa Mónica: *tradita viro, servavit veluti domino*, y en otro lugar (*sermo* 37.6) dice: *coniux bona maritum suum dominum vocat et corde sentit*. Vid. también San Agustín, *De Serm. Dei* 1.16; San Jerónimo, *Ep.* 13; San Gregorio Nacianceno, *orat.* 27 in *Math.* 6; San Juan Crisóstomo, *hom.* 20.

12. Vid. ROBERTI: *Le origini* cit., p. 194 ss.

13. A partir de esta indudable influencia del Cristianismo se observa una evolución de los principios romanos que se orientan a la liberación y protección de la mujer. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 141 ss.

14. ULPIANO: D. 1.9.1: *consuetudinem uxores*. La mujer tenía el mismo domicilio y foro del marido. ULPIANO: D. 5.1.6.5: *exigere dotem mulier debet illi ubi maritus domicilium habeat*; Papirio Sexto, D. 50.1.38.3: *mulierem (nuptam) incolam eiusdem civitatis videri*; Diocleciano, C. Th. 5.4.10. Durante la época clásica, las matronas romanas disfrutaban de los honores y privilegios de los maridos e indirectamente influían en la vida pública. Vid. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme* (Paris, 1885); SCHULZ: *Classical Roman Law* (Oxford, 1951), p. 302 ss.

ramente afirmado en una constitución del año 392 de Valentiniano I, Teodosio I y Arcadio ¹⁵. Estos emperadores conceden a la mujer el mismo rango del marido y le señalan el mismo foro y domicilio. La *interpretatio* es más extensa que el texto que comenta y habla de *honor* y de *dignitas* y, en lo referente al foro, especifica *pro negotiis suis* con referencia a los particulares negocios que la mujer realizaba.

En cuanto a la supremacía del marido sobre la mujer en la dirección del hogar, los emperadores siguen la orientación cristiana y en una constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 450 (C.I. 5.14.8) se utiliza, con referencia a los bienes parafernales dados en administración al marido una expresión muy semejante a las usadas por la Patrística: *Quamvis enim bonum erat mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari* ¹⁶.

El principio de la *fragilitas sexus*, que se invoca ya en las decisiones jurisprudenciales clásicas ¹⁷, inspira las normas protectoras de la mujer en esta época. En una constitución de Honorio y Teodosio II del año 414, las mujeres y los menores son considerados especialmente ¹⁸. Es importante destacar la

15. C.Th. 2.1.7, *Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius Martiniano Comiti Orientis; Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus. Iisdem forma ex eorum persona statumus et domicilia mutamus.*

Interpretatio: Feminas secundum honorem, quem viri earum meruerit, volumus appellari, ut, ad curus domum nubia transierit, eius proficit dignitate et pro negotiis suis in eodem foro, ubi est maritum secuta, respondeat.

16. Sobre esta constitución: vid. *Ius Vxorium* cit., p. 37 ss.

17. GAYO: 1.144, *levitas animi*; CICERÓN: *Pro Murena* 12.27: *infirmitas consilii*; D. 16.1.2.3 y C.I. 4.29.5: *infirmitas feminarum*; D. 16.1.1.2: *sexus imbecillitas*.

18. C.Th. 2.16.3; *Imppp. Honorius et Theodosius Juliano II proconsuli Africae: Et mulieribus et minoribus in his, quae vel praetermiserint vel ignoraverint, innumeris auctoritatibus constat esse consultum.*

Interpretatio: Minoribus mulieribus sicut et viris ita in causis omnibus subvenitur. Maioribus vero mulieribus pro fragilitate sexus in multis rebus, quas per ignorantiam praetermiserint, sicut lex ipsa loquitur, iubet esse consultum; id est, ut, si fideiussores pro quibuscum-

extensa interpretación que el comentarista da a esta constitución y su referencia a las normas clásicas de protección a la mujer. Ante todo, el interprete señala el alcance de la disposición fijando el sentido de *mulieres et minores*. Tratándose de menores, afirma que las mujeres, lo mismo que los varones, son protegidas *in causis omnibus*. Destaca, después, que existe una protección especial para las *maiores mulieres*, en razón de la *fragilitas sexus*, para aquellos negocios que *per ignorantiam praeiormiserint* repitiendo una de las expresiones usadas en la constitución. La mención que a continuación hace, en vía de ejemplo, a la *fideiussio* es sin duda una referencia a la prohibición del Senadoconsulto Veleiano, del que no existe mención alguna en el Código Teodosiano y que tenía una finalidad protectora de la mujer ¹⁹ que el intérprete tiene en cuenta. En la interpretación del *ignoraverint* de la constitución, el comentarista extiende la protección de la mujer a aquellos supuestos de dificultad o de ignorancia del derecho y de la ley (*in difficilioribus causis ius vel leges nescientes*), tratándose de negocios propios de la mujer ²⁰, como en el caso del mandato que la mujer hace ignorando las circunstancias y consecuencias y que motiva un fraude. La protección se excluye en los contratos que la mujer realiza con las solemnidades prevenidas ²¹.

2.—En cuanto a la capacidad jurídica de la mujer, las fuentes de esta época, si bien recogen algunas reglas clásicas de limitación de capacidad, interpretan y dan una mayor importancia a los principios sobre la libre disposición de los bienes y sobre

que accaserint, pro ipsa fideiussione non teneantur obnoxiae. Et si in difficilioribus causis ius vel leges nescientes mandatis chartulam pro negotiis suis forti subscripserint, ut earum, cui mandaverint, negotium exequatur et illa in charta non solum procuratorem sed et dominum rescripserit, deceptis per hanc fraudem mulieribus subvenitur. Reliqui autem contractus, quos firma aetate publice et solemnibus scripturis gesserint, in sua firmitate perdurent.

19. Vid. *Ius Vxorium*, p. 154 ss.

20. Cuando se trataba de negocios propios de la mujer se excluía en derecho clásico la *exceptio Senatusconsulti Velleiani*. Vid. los textos citados en *Ius Vxorium*, p. 155, n. 5.

21. MOMMSEN corrige *firma aetate* por *firmitate*.

la necesidad del consentimiento de la mujer para la gestión de su patrimonio por el marido.

En la *Consultatio* se refieren tres cuestiones respecto a la validez de los actos celebrados por el marido en nombre de la mujer sin su expreso consentimiento. En la primera consulta (Cs. 1.1-5) se trata de un pacto divisorio hecho entre la mujer y su hermano, que la mujer suscribe ignorando sus condiciones y coaccionada por el marido, por lo que el jurisconsulto lo considera nulo (*tale pactum nullius indicatur esse momenti*). En 1.9 se recoge una constitución de Diocleciano y Maximiano (C. Greg. 2) que considera nula y sin efecto la caución efectuada por el marido sin el conocimiento y la anuencia de la mujer. En una segunda consulta (2.1-5) y a propósito de una división de bienes efectuada *sine conscientia uxoris*, se afirma el mismo precepto: *respondi maritum in negotiis uxoris sine mandato non recte aliquid definire*. La tercera respuesta (8.1 y 3), en la que se considera al marido *procurator* de la mujer como un extraño que debe atenerse a los términos de la *procuratio*, se funda en una constitución del año 393 de Teodosio I y Arcadio ²² Deben observarse las diferencias de redacción de la constitución y de la *interpretatio*. En la constitución se trata de la *procuratio* como administración de bienes, en general, en la que se incluye el supuesto de la administración de bienes de la mujer por el marido ²³ que se considera como un caso normal de administración sin especialidad alguna. La expresión *licet maritus sit* indica que el marido debe actuar como un *procurator* ordinario, efectuando sólo los actos incluidos expresamente en la *procuratio*, y limita los amplios poderes de disposición de que el marido usaba. El texto interpretativo

22. C.Th. 2.12.4 (Cs. 8.2): *Imppp. Theodosius et Arcadius et Honorius Victorini proconsuli Asiae. Procurator, licet maritus sit, is solum exequi debet, quod procuratio emisa praescripserit.*

Interpretatio: Qui uxoris suae negotium fuerit prosecutus, quamvis maritus sit, nihil aliud agat, nisi quod ei agendum per mandatum illa commiserit.

23. Según LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obliganenrecht* (Weimar, 1956), p. 66, el emperador se refería a la administración de bienes de la mujer por el marido y no a la representación procesal.

tiene, en cambio, un sentido más restringido ya que se refiere, más que a la *procuratio*, en general, al supuesto concreto de la administración por el marido. Después de la expresión *negotium uxoris suae*, el uso de *quamvis maritus sit* es reiterativo y superfluo y sólo se explica por el deseo de imitar el texto comentado. De otra parte, el intérprete contempla el caso especial de la posible realización por el marido de actos no previstos, en cuyo caso no puede actuar de no existir un concreto mandato. La norma general sobre la *procuratio* de los emperadores viene, pues, aplicada por el intérprete a un caso especial de administración por el marido.

Los textos antes mencionados de la Cs. se mantienen dentro de la tendencia marcada por las constituciones imperiales de considerar la administración del marido como un caso ordinario de administración. Debe destacarse el acusado carácter escolástico de consultas y respuestas de estos textos, que son interpretativos de las normas de los emperadores.

En el Epítome visigótico del Código Gregoriano (EGW 3.6.5 y 3.7.2) se recogen dos constituciones de Diocleciano y Maximiano, que se refieren también a la exigencia del consentimiento de la mujer para los actos de disposición del marido sobre su patrimonio. En la primera constitución, del año 287, los emperadores declaran que se permite a la mujer, con la intervención del gobernador de la provincia, el reivindicar la cosa cuya posesión ha sido enajenada por el marido sin el mandato de ella y sin su consentimiento posterior. El año precedente 286 los mismos emperadores, en el rescripto recogido después, afirmaron que si el marido había comprado en nombre de la mujer, pero había pagado con dinero propio y poseía la cosa, el gobernador de la provincia debía prohibir que se hiciera violencia en su posesión. La *interpretatio* recoge el principio de que quien compra en nombre de la mujer o en nombre ajeno, en general, no tiene derecho a retener la cosa, sino sólo a recuperar el dinero pagado. Estos rescriptos imperiales siguen, pues, la tendencia de que el marido que administra bienes de la mujer debe considerarse como un administrador ordinario.

3.—Especial mención merecen las normas que sobre la tutela de la mujer se encuentran en estas fuentes postclásicas. *Epitome Ulpiani* nos da noticia de los principios que perviven sobre la *tutela mulieris* una vez que desaparece la tutela legítima de la mujer que suprime la *lex Claudia* ²⁴; *Fragm. Dositheanum* 15 se refiere a la necesidad de la *auctoritatis interpositio* del tutor en el caso de que la mujer realizase una mancipación. Es evidente, que la no exigencia de la *auctoritas tutoris* en el caso de la *manumissio vindicta*—en la que tratándose de un proceso era exigible la asistencia del tutor según el EU—, no pudo ser la regla clásica. La asistencia del tutor de la mujer aparece en estas fuentes como una formalidad vacía de contenido que sólo por el respeto de la tradición clásica puede explicarse. *Fragmenta Vaticana* 259 ofrece el ejemplo de un supuesto en el que la mujer dona un predio estipendiario *sine tutoris auctoritate*.

Con respecto a la facultad de la mujer de ejercer la tutela sobre sus hijos, una interesante constitución de Valentiniano, Teodosio I y Arcadio (CTh. 3.7.4) del 398 admite la facultad de la mujer mayor de edad de pedir la tutela sobre sus propios hijos en el caso de que falte tutor legítimo o se excuse el tutor o sea removido y no se encuentre una persona idónea al desempeño de la tutela, con tal de que prometa *in actis*, que no contraerá nuevas nupcias.

4.—En las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Bajo Imperio destaca una nueva e importante institución que surge en esta época y que tendrá gran influencia en la evolución jurídica posterior. Nos referimos a la *donatio ante nuptias* o *sponsalicia largitas* ²⁵. La nueva figura jurídico-patrimonial que tiene algún precedente en Derecho hebreo y en los Derechos orientales ²⁶, tuvo una gran difusión en la sociedad

24. EU 11.1, 8, 18, 20, 25 y 27. *Ius Vxorium* cit., p. 142 ss.

25. La bibliografía sobre este tema es muy abundante. Vid. la citada por BONFANTE, *Corso di diritto romano I Diritto di Famiglia* (Roma, 1925), p. 379 ss., y ANNE, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire* (Louvain, 1941), p. XIII ss.

26. Vid. VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, en *Cristiane-*

romana, sobre todo por la influencia del Cristianismo²⁷, antes de ser objeto de regulación por los emperadores²⁸.

La primera disposición sobre esta donación fué la de Constantino del año 319 (CTh. 3.5.2-Cl. 5.3.15), que dispuso que las donaciones esponsalicias se sometían legalmente a la condición de que el matrimonio se realizara. Esta constitución contemplaba la ruptura de los esponsales en los dos supuestos de ruptura por *repudium* o por muerte prematura de uno de los esposos. En el primer caso, si el esposo rompe deliberadamente el compromiso pierde todo lo que había ya donado a la esposa y debe entregarle también los restantes bienes que le había destinado, pero que no le había aún entregado. La esposa debe también restituir todo lo que ha recibido si la ruptura es imputable a ella o a sus padres. Igual régimen se aplica en el caso de donación efectuada por la esposa. En el segundo caso, de muerte de uno de los esposos, si el que muere es el donante, el que sobrevive debe devolver todo lo que ha sido donado a los padres del donante o a los hijos de su primer matrimonio. En ausencia de estos sucesores, el donatario o donataria adquiere definitivamente los bienes donados, mientras que los bienes que recibió el esposo premuerto de-

simo e diritto romano (Milano, 1935), p. 297 ss. Sobre los precedentes de la *donatio ante nuptias* en la práctica provincial, vid. MITREIS, *Reichsrecht und Volkrecht*, p. 265 ss. En los papiros, vid. DE RUGGERO, *Studi papirologici sul matrimonio e divorzio nell'Egitto greco-romano* en BIDR 14 (1902), p. 179 ss., y ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹² p. 461, n. 2.

27. Vid. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, en *Scritti*, I (1931), p. 119 ss.; VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto classico e nelle fonti cristiane*, en *Cristianesimo* cit., p. 338 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, p. 106 y 354 ss.

28. Observa BRANDILEONE, *Sulla storia* cit., p. 119 ss., que la donación nupcial se desarrolló y configuró en la práctica y que en la legislación imperial sólo se recogen determinados aspectos de esta institución. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 381, pone en relación la donación nupcial con todo un sistema de bienes que denomina «sistema del donativo marital» y que distingue del sistema del «donativo paterno e familiare» como sería el régimen romano de la *manus*. En el sistema primitivo romano, se conjugan, sin embargo, ambos sistemas. Vid. *Ius Vxorium*, p. 160 ss.

ben siempre volver al donante ²⁹. Esta segunda parte de la disposición fué modificada por otra constitución de Constantino del año 336 (CTh. 3.5.6), en la que limita la devolución a todos los herederos por muerte del esposo a la mitad de los bienes donados en el supuesto de *osculo interveniente*, reservando la otra mitad a la esposa o a sus herederos. Según la interpretación de ANNE, que nos parece acertada, esta constitución no se refiere a todos los bienes donados, sino se limita a los bienes que fueron entregados el mismo día de los esponsales con ocasión del beso de ritual ³⁰.

La donación nupcial en la legislación imperial se presenta como una aportación del marido que tiene la finalidad de constituir un patrimonio familiar, que puede servir en su día a la viuda y que debe reservarse a los hijos ³¹. Esta institución tiene una evolución paralela en Oriente y en Occidente, y se implanta como consecuencia de un uso social muy difundido en la vida familiar romana de la época postclásica ³².

29. Contra la tesis de KOSCHAKER, *Zur Geschichte der Arrha sponsalicia*, en ZSS, 33 (1912), 392 ss. que, aceptando la hipótesis de MITTEIS, afirma que con esta constitución aparece por primera vez el instituto oriental de las arras esponsalicias, VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia*, en RISG, 2 (1927), p. 659 ss., afirma que se trata de una donación por causa de matrimonio, aunque no excluye que en cuanto a la primera parte de la constitución, referente a la ruptura de los esponsales por repudio, hayan influido en la disposición constantiniana las costumbres jurídicas orientales.

30. ANNE, *op. cit.*, p. 300 ss., traduce la frase de la constitución constantiniana que se refiere al ósculo interviente de la siguiente forma: «Si se han ofrecido bienes por el esposo a la esposa con ocasión del beso y uno de los dos muere antes de la conclusión del matrimonio, la mitad de los bienes donados se hace del superviviente, mientras que la otra mitad debe ser atribuida a los herederos del difunto o de la difunta de modo que la donación se hace irrevocable por la mitad.» Apoya ANNE esta interpretación en las distintas interpretaciones al CTh., como la de LRW, la *Epitome cod. Guelpherbytani*, la *Scintilla* y el *cod. Vat. graec.* 845.

31. Sobre la finalidad de la *donatio ante nuptias* de atender a la subsistencia de la viuda, vid. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit. p. 381 ss.

32. Cfr. ANNE, *op. cit.*, p. 479 ss. Nos oponemos a este autor en cuanto patrocina una evolución independiente y autónoma de la *donatio ante nuptias* en Occidente y en Oriente. Vid. infra. n. 53.

Las normas imperiales, más que dar una regulación completa de esta institución, la presuponen y se ocupan sólo de delimitar aquellos aspectos o cuestiones que podrían dar lugar a controversias a la disolución del matrimonio.

5.—Una primera fase en la historia de la *donatio ante nuptias* marca, después de la constitución mencionada de Constantino ³³, la legislación de Valentiniano I y Teodosio I. Estos emperadores regularon el destino de la donación nupcial en caso de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.

Una constitución de Valentiniano I, Valente y Graciano, probablemente del año 368 (CTh. 3.5.9) dispone que muriendo la mujer antes que el marido, las cosas donadas deben volver al donante y que los herederos de la mujer no tienen derecho alguno a la donación. Una vez muerta la mujer a la que la donación se destinaba, pierde esta aportación patrimonial su razón de ser, porque su finalidad es atender a la subsistencia de la mujer en caso de viudedad. Esta especial finalidad la aparta del régimen ordinario de la donación.

Un importante paso adelante en la configuración de la donación nupcial como patrimonio familiar da la constitución *Feminae* del año 382 de Graciano, Valentiniano I y Teodosio I (CTh. 3.8.2).³⁴ Esta constitución, ante todo, debe ponerse en relación con la legislación imperial sobre las segundas nupcias ³¹. El año precedente 381 (CTh. 3.8.1) los mismos emperadores dispusieron que la viuda que contrayese segundas nupcias antes del año de la muerte del primer marido perdía todos los bienes que de él procediesen, ya se tratase de bienes objeto de la donación nupcial o de bienes dejados en testamento. En la constitución *Feminae*, Teodosio I impone

33. La constitución constantiniana del 321 (CTh. 9.42.1), referente a los bienes que se devuelven a la mujer en caso de deportación del marido, no se refiere especialmente a la donación nupcial, y la expresión *largitio viri* designa indistintamente todas las donaciones del marido, sean antes o después del matrimonio. Vid. ANNE, *op. cit.*, p. 306 ss. Observa este autor que, según Constantino, la mujer adquiere la propiedad definitiva sobre los bienes donados a menos que una convención especial no venga a limitarla.

34. Vid. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 394 ss.

a la mujer que contrae segundas nupcias la obligación de reservar a los hijos del primer matrimonio todo lo que había percibido del marido, sea por donaciones nupciales o por donaciones *mortis causa*, por testamento o por cualquier otro acto de liberalidad, concediéndole sólo el derecho de usufructo³⁵. Todas las enajenaciones que la madre efectuase de estos bienes durante el segundo matrimonio carecerían de efecto y si vende, dona o lega alguno de ellos deberá ser reemplazado por otra propiedad de la madre. La mujer podría dar preferencia entre sus hijos al que quisiese, pero en el caso de que el hijo preferido muriese, los bienes pasarían a sus hermanos y no a la madre. Solamente en el supuesto de no existencia de hijos del primer matrimonio, o de que muriesen antes que la madre, ésta tendría la plena propiedad de los bienes procedentes del marido. En el último párrafo se aconseja pero no se impone al marido este régimen de reserva para el caso de que pasase a segundas nupcias. De esta disposición resultaba, pues, una situación legal de injusta disparidad y discriminación entre marido y mujer a la que puso fin más tarde Teodosio II.

En el Código de Justiniano (5.9.3) esta constitución aparece interpolada para limitarla al caso de que la viuda pasase a segundas nupcias antes de transcurrir el *tempus luctui statum*. Por esa limitación del alcance de la norma, no se recoge en la última parte el consejo al marido.

Otra constitución de Teodosio I del año 392 (C.I. 5.10.1), disponía que si el marido había dejado a la mujer el usufructo de todos sus bienes y ella pasaba a segundas nupcias perdía el usufructo a favor de los hijos del primer matrimonio, dejando siempre a salvo el usufructo sobre la donación nupcial. En este mismo sentido se pronuncian Arcadio y Honorio en una constitución del 398 (C.Th. 3.9.1). En la *interpretatio* del

35. ANNE, *op. cit.*, p. 317, conjetura que, en la práctica, las viudas seguirían este mismo régimen también en el caso de que no pasasen a segundas nupcias, y que Teodosio I, como buen legislador, no preveía más que el caso en que estimaba que la sola obligación moral y las costumbres no bastaban para respetar los deseos del cónyuge difunto y el interés de los hijos.

Breviario, a esta ley se distingue claramente entre el usufructo de los bienes del marido que él deja a la mujer y el usufructo sobre la donación nupcial impuesto por la constitución del 382³⁶.

6.—A la disparidad de tratamiento entre el viudo y la viuda que contraían nuevas nupcias, pone fin Teodosio II con una constitución del año 439 (Nov. XIV)—precedida de otras dos en que marido y mujer tienen paridad de régimen³⁷—, que transforma la obligación moral a reservar a los hijos los bienes procedentes de la mujer en obligación legal. Esta larga Novela pretende regular, no sólo la donación nupcial, sino también el destino de todas las aportaciones de los cónyuges como integrantes del patrimonio familiar que debe pasar a los hijos. La primera parte de la disposición extiende al marido el mismo régimen de reserva de bienes que la constitución del año 382 imponía a la mujer en el caso de que pasase a segundas nupcias. El marido, si contraía nuevo matrimonio, debía reservar a los hijos la propiedad de la dote y de todos los otros bienes procedentes de la mujer. La reserva se impone también al marido en el caso de que otra persona haya dado por el marido la *donatio ante nuptias*, o por la mujer la *dos*. A continuación sigue en la Novela un principio que creemos de gran interés. Teodosio II contempla la situación frecuente—*ut adsolet fieri*—de que las *res ante nuptias donatae* sean dadas por la mujer como dote, en cuyo caso se impone también la reserva de estos bienes³⁸. La

36. A la concesión del derecho de usufructo sobre la donación nupcial a la viuda que pasa a segundas nupcias se refiere también una constitución de Teodosio II del año 412 (CTh. 3.8.3) y LRB 16.

37. CTh. 8.18.10 y 5.1.8. Estas constituciones de Teodosio II y Valentiniano III del año 426 concedían sólo el usufructo de parte de los bienes hereditarios del hijo premuerto al padre o madre superviviente cuando contrajeran segundas nupcias.

38. Teodosio II, con una constitución anterior (CTh. 3.5.3. a. 428), había suprimido la formalidad de la *traditio* para los bienes ofrecidos a la esposa, y dispensa de la *insinuatio* las donaciones no superiores a doscientos sueldos de oro. No es extraño que por esta disposición el emperador quisiera legalizar la práctica de la transformación de la dona-

interpretatio da un mayor alcance a lo que, en la constitución, es sólo la referencia a una situación frecuente con la expresión *nam permisit*, aclarando que cuando *proprium mulier nihil habeat* podrá dar al marido lo que recibió de él como *sponsalicia donatio*. Creemos que debe darse especial relieve a esta práctica, ya atestiguada en esta Novela teodosiana, que probablemente representa el primer paso de la adaptación posterior de la dote romana a la dote marital de las fuentes visigodas³⁹. Es evidente que Teodosio II distingue ya entre la dote propia, aportada por la mujer, y esta otra clase de dote que tiene por objeto las mismas cosas de la donación nupcial, al disponer que, si el matrimonio se disolvía por culpa de la mujer, el marido retenía toda la donación *non partes ut in altera dote*. Indudablemente, el emperador se refiere con la expresión *altera dos* a la dote clásica y al régimen de las *retentiones*⁴⁰.

La Nov. confirma también la facultad de los padres, ya reconocida a la madre por Teodosio I en el año 382 (CTh. 3.8.2), de dividir libremente los bienes entre los hijos o preferir a alguno de ellos. Se precisa después que en el supuesto de que los hijos no llegasen a adir la herencia del premuerto, el cónyuge bínubo podría retener los bienes que procedían de aquél. La Nov. establece, a continuación, el pleno derecho del cónyuge viudo

ción en dote, ya que en este caso la *traditio* no se efectuaba. De otra parte debe observarse que frecuentemente los bienes objeto de la donación se confundían con el patrimonio del marido. A este supuesto se refiere una disposición de Arcadio (CTh. 9.42.15): *Ea etiam, si forte cum proscripti bonis mixti sunt, non negentur, quae ab innocuo adhuc marito ante nuptias titulo donationis acceperit.*

39. Vid. infra Cap. II.

40. ANNE, *op. cit.*, p. 330, n. 1, por su lado, interpreta la expresión *altera dos* como referente a la donación *ante nuptias*, observando que todo el principio *nam-retinebit* rompe el curso de ideas de lo precedente y lo que sigue, lo que le lleva a dudar de la autenticidad de esta frase. No vemos el motivo para dudar y creemos que precisamente el emperador introdujo probablemente este inciso para poner en relación la donación nupcial con la práctica de devolver la donación en dote y para contraponer esta nueva dote así formada con la dote clásica y con el régimen de *retentiones*. El que este fragmento no esté recogido en el CI. no es una prueba para negar su autenticidad, como hace el autor.

que no pasa a segundas nupcias de disponer libremente de los bienes procedentes del otro cónyuge, como propietario, y la facultad de los hijos que no quieren adir la herencia del padre o madre superviviente de recibir sólo los bienes paternos o maternos considerados con independencia de la herencia ⁴¹. En el caso de premuerte de hijos *in potestate*, por los que el padre no adquiere ni la donación ni la dote ⁴², los bienes objeto de una u otra atribución pasan a los hijos de ellos *iure hereditatis* y no al padre *iure peculii*. Sin embargo, en el caso de disolución del matrimonio por muerte y de que el cónyuge viudo esté sometido a la patria potestad de su padre o abuelo, el emperador le obliga a ceder al *paterfamilias* el usufructo de todos los bienes que le haya dejado el otro cónyuge (CI. 6.61.2). Además tratándose del supuesto de marido superviviente, su *pater familias* recobra la propiedad de la donación nupcial y de todo aquello que donó a la mujer difunta en nombre de su hijo. El emperador declara que quería evitar con esta disposición que la idea de una cesión irrevocable y completa impidiese la generosidad de los padres hacia sus hijos. Tratándose de la supervivencia de la mujer y de que ésta sea aún *filiafamilias*, debe ceder también a su padre el usufructo de la donación y de todos los bienes procedentes del marido hasta el día de su emancipación, con la particularidad de que en este día el padre deduce una cierta cantidad en el acto de devolución de los bienes. De todo este complejo régimen se deduce que mientras Teodosio II asegura la propiedad y libre disposición de sus bienes y aportaciones nupciales a los cónyuges, incluso si están sometidos a la patria potestad, reserva estos bienes, a la disolución del matrimonio, a

41. ANNE, *op. cit.*, p. 327, afirma que si los hijos se niegan a aceptar la herencia del padre premuerto se les permite reivindicar, por una ficción de derecho, los *bona paterna* que se encuentran en manos de su madre «como si verdaderamente perteneciesen a esta última». No se trata, sin embargo, en este texto de una ficción, sino sólo de la aplicación de un principio o regla de derecho. Sobre los caracteres y diferencias que distinguen la ficción romana de otros medios de técnica jurídica y de la aplicación de preceptos, vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción romana*, en AHDE, 27 (1957-58), 305 ss.

42. Sobre la adquisición de dote y donación por los hijos en potestad vid. CTh. 8.18.6 y 8.19.1. y LRB 22.2.

los hijos o, a falta de ellos, al *paterfamilias* por la parte que procede de él.

Teodosio II regula también el destino de la donación nupcial a la disolución del matrimonio por divorcio. La primera disposición limitadora del repudio unilateral es de Constantino (CTh. 3.16.1), que establece sanciones contra los que repudiarán sin justa causa, y entre ellas la pérdida de la dote y de la donación nupcial. En un primer momento, Teodosio II recoge en su código (CTh. 3.16.2) la disposición de Constantino y una constitución de Honorio sobre los distintos grados de culpabilidad por el divorcio y las sanciones de la pérdida de la dote y de la donación por el repudio injustificado. Más tarde, sin embargo, en una extraña disposición del año 439 (Nov. XII), deroga esas constituciones para volver a las antiguas leyes de Augusto y de los Antoninos y a las respuestas de los juristas clásicos. Inexplicablemente vuelve en el año 449 (Cl. 5.17.8) al régimen anterior que había derogado. Estos cambios frecuentes en las ideas del emperador resultan un tanto extraños y mucho más si se observa que en la Nov. XIV, posterior sólo en unos meses a la Nov. XII, sostiene el mismo criterio de los emperadores precedentes al tratar del repudio imputable a la mujer.⁴³

En lo que respecta a la dote y donación nupcial, el emperador, sostiene, de acuerdo con la legislación precedente, que el repudio injustificado o el dar motivo al divorcio por parte de la mujer le acarrea la pérdida de la dote y de la donación nupcial. Si el culpable es el marido, o a él se debe el repudio injustificado, debe devolver la dote a la mujer y pierde la donación. Tanto al marido como a la mujer inocente, en caso de divorcio, se impone la obligación de reservar a los hijos los bienes adquiridos como dote o donación (*quidquid ex nuptiis lucratum est*)⁴⁴.

43. Por todas estas razones, más que dudar de la genuinidad de la Nov. XIV, como hace ANNE, *op. cit.*, p. 330, n. 1, se debe dudar de la redacción actual de la Nov. XII y de que ella se deba realmente a Teodosio II que mantiene un criterio distinto en sus otras disposiciones.

44. A esta legislación de Teodosio II sobre el divorcio se refieren LRB 21.3 y ET 54.

En resumen, las disposiciones de Teodosio II con respecto al destino de la donación nupcial en caso de disolución del matrimonio se pueden agrupar así: en caso de disolución por muerte de la mujer, la donación se devuelve al marido y, en caso de muerte del marido, la viuda conserva la propiedad sobre la donación nupcial, y si se transformó en dote se devuelve a título de dote. En el caso de que la viuda contraiga nuevo matrimonio tendrá sólo el usufructo sobre la donación nupcial. Si la disolución del matrimonio es por divorcio o repudio injustificado, si la mujer es culpable, pierde la donación que se devuelve al marido y no recupera la dote, pero, si el culpable es el marido, la mujer adquiere la donación, cuya propiedad debe reservar a los hijos y el marido debe devolverle la dote.

7.—Una nueva fase en la historia de la *donatio ante nuptias* puede señalarse con las innovaciones que introducen los emperadores de Occidente Honorio, Valentiniano III, Mayoriano y Livio Severo.

Honorio, en una primera constitución (CTh. 3.16.2); completa la legislación de Constantino en materia de divorcio, estableciendo distintas sanciones patrimoniales que afectan a la dote y a la donación en los casos en que el repudio no esté justificado o lo esté sólo parcialmente. Si la mujer que repudia no alega causa alguna de divorcio o se basa en culpas leves del marido pierde la dote y la donación; en cambio, si aduce y prueba la comisión de faltas graves por el marido conserva la dote y la donación. Si es el marido el que repudia arbitrariamente perderá también dote y donación, pero recobrá la donación y adquirirá la dote si se basa en faltas graves de la mujer. Si la mujer es de costumbres viciosas podrá recobrar la donación, pero deberá devolver la dote. En una segunda constitución (CI. 5.9.4), Honorio dispone que los hermanos uterinos sólo tienen derecho a la donación que hizo su padre respectivo, y no pueden reclamar las donaciones que la madre obtiene en otros matrimonios que se reservan a los hijos nacidos en ellos.

De mayor importancia es la labor legislativa de Valenti-

niano III que, además de publicar en Occidente el Código y las novelas de Teodosio II, introduce fundamentales innovaciones en la donación nupcial. En una novela del año 452 (Nov. XXXV. 8-10), Valentiniano III dispuso que en el caso de que vivan los ascendientes y no existan hijos del matrimonio debe pasar la mitad de la donación o de la dote a los padres del cónyuge premuerto. El emperador establece el derecho de los ascendientes del cónyuge premuerto a hacer suya la mitad de la aportación que, en el supuesto normal, procedía de ellos. En el caso de que no vivan los ascendientes del marido, la viuda hace suya toda la donación *pro pudore percepta*⁴⁵. En cuanto a la dote, que el emperador quiere sea igual a la donación nupcial, a fin de que ninguno de los cónyuges se perjudique por el matrimonio, se impone el mismo régimen de devolución de la mitad a los ascendientes de la mujer. En el caso de existencia de hijos, si la mujer muere intestada, el marido tendrá el usufructo y la administración de todos sus bienes hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad.

Para evitar litigios entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto, Valentiniano promulgó y aplicó la Novela XIII de Teodosio II del año 444, que disponía que los frutos consumidos durante el matrimonio no podrían ser reclamados por los herederos del marido o de la mujer difunto. En cuanto a la reserva a los hijos de los bienes aportados al matrimonio el emperador aplicó la Novela XIV de Teodosio II.

45. ANNE, *op. cit.*, mientras que en la p. 303, n. 1, pone en relación esta expresión *pro pudore percepta* de Valentiniano III, así como la usada por Constantino: *quia pudicitiae praemio cessit* (CTh. 9,42,1), con el *pretium pudicitiae*—ofreciendo abundantes testimonios literarios de que también era costumbre entre los romanos ofrecer un presente después de la primera noche de matrimonio—; después, en la p. 383, n. 1, afirma que la expresión de Valentiniano III más que a un verdadero *pretium pudicitiae* se refiere simplemente a los bienes donados *matrimonii causa*, e interpreta también la frase de Constantino en este sentido general. Aunque en la *interpretatio* la expresión *pro pudore percepta* indique la *sponsalicia donatio* simplemente, entre estas dos opiniones nos inclinamos por la primera, es decir, que las constituciones citadas se refieren al *pretium pudicitiae* que es una expresión que se generaliza y sirve para designar la donación nupcial.

Después de la Novela XXXV de Valentiniano III, que impone la igualdad entre dote y donación, el patrimonio familiar se integra por la aportación igual de los cónyuges ⁴⁶, destinado a las necesidades del matrimonio.

Mayorano en la Novela VI del año 458 da un nuevo paso adelante al considerar la igualdad de aportaciones como una condición de validez para el matrimonio. Mayorano dispone que en el contrato matrimonial deben establecerse condiciones iguales (*par conditio*) para ambos cónyuges, añadiendo que todos los que se uniesen en matrimonio sin que se realizara entrega de dote, además de ser sancionados con la nota de infamia, no contraerían legítimo matrimonio ni los hijos se considerarían legítimos. Esta disposición que parece obligar a la constitución dotal, en todo caso, se refiere, en cambio, como sostiene Anne, sólo a aquellos matrimonios en que el marido ha efectuado una *donatio ante nuptias* ⁴⁷. Una segunda innovación de esta Novela es la de considerar los bienes objeto de la donación nupcial como *bona paterna* reservados a los hijos. Caes sostiene que es Mayorano el autor de la iniciativa de obligar a la viuda a conservar a los hijos comunes la *sponsalicia largitas*, en todo caso, e independientemente de que pasara o no a segundas nupcias, con lo que la donación nupcial comienza a considerarse como un verdadero y propio patrimonio familiar reservado a los hijos ⁴⁸. Mayorano obliga a la viuda, en caso

46. Es dudosa la interpretación de la frase de la Nov. *quam dari preasentis oraculi decernit auctoritas* (XXXV 7) que parece ya referirse a la obligatoriedad de la dote que más tarde impone Mayorano en la Nov. VI, por lo que es más acertado limitar su alcance y sentido a la igualdad entre dote y donación. Vid. ANNE, *op. cit.*, p. 378, n. 1.

47. Según ANNE, *op. cit.*, p. 379 ss., el texto de la constitución en su parte dispositiva se refiere a la igualdad entre dote y donación, y lo que sigue sobre la obligatoriedad de la dote no es más que la sanción. En apoyo de su interpretación este autor aduce el *Epitome Aegidii*, que se refiere sólo al caso de desigualdad de aportaciones para decretar la nulidad del matrimonio, la Nov. IV de Marciano del año 454 sobre el matrimonio de los senadores con mujeres nobles y pobres, que no menciona la obligación de dotar, y otros importantes testimonios.

48. Vid. CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue a la mere veuve sui iuris selon la Nov. 6 de Majorien et la Nov. I de*

de petición de los hijos, a garantizar mediante *cautiones* la conservación de los bienes. En el fragm. 8, el emperador abolió el derecho de preferencia de la madre a favor de uno de los hijos que habían concedido los emperadores a partir de la constitución *Feminae* de Teodosio I.

La Novela I de Livio Severo del año 463 deroga las disposiciones de Mayorano que califica de injustas, con excepción de las que se fundamentan en la autoridad de las antiguas leyes imperiales. Severo limita los derechos de la viuda, contraiga o no nuevas nupcias, al usufructo sobre la donación nupcial y reserva la propiedad de ella a los hijos, al mismo tiempo que dispensa a la viuda de la obligación de prestar fianza impuesta por Mayorano, ya que considera que el derecho de los hijos está suficientemente garantizado con los bienes o expectativas de la misma madre, y ello también en el caso de que contraiga nuevo matrimonio. Confirma la abolición de Mayorano del derecho de preferir a uno de los hijos, en cuanto a la reserva de la nuda propiedad, que se impone obligatoriamente a favor de todos los hijos por igual, pero se declara la libertad de la madre de hacer atribuciones al hijo que prefiera valiéndose de las facultades de su derecho de usufructo ⁴⁹.

8.—Como consecuencia de estas disposiciones imperiales que obligaban al cónyuge viudo a reservar la aportación nupcial del

Severe. Contribution à l'étude du régime juridique de la donation pour cause de mariage, échue à la mere veuve sui iuris depuis la loi Feminae (a. 382) de Théodose I jusqu'à la Nouvelle I (a. 463) de Severo (Courtrai, 1949.) Este autor sostiene que el derecho concedido a la viuda por la Nov. VI de Mayorano es más extenso que el simple derecho de usufructo de las constituciones precedentes. No nos parece, sin embargo, que de las expresiones usadas en la Nov. pueda desprenderse se trata de un derecho más extenso que el simple usufructo y la exigencia de *cautiones* es decisiva a este respecto. CAES, *La destinée de la Nov. Majorien 6 d'après la formula de publication de la Nov. Sev. I*, en *Mélanges de Visscher*, III (1950) 223 ss., se plantea la cuestión de si la Nov. de Mayorano ha sido publicada ya, junto con la Nov. de Severo, corregida y enmendada por Basilio, con lo que esa disposición tendría un contenido diverso del actual.

49. La madre podía revocar la donación por ingratitud del hijo, pero no si pasaba a segundas nupcias. Vid. CTh. 8.13.1 y 4 y LRB. 22.2.

premuerto a los hijos o a devolver la mitad a los ascendientes de él, se generaliza en Occidente una costumbre que había tenido una gran difusión en Oriente: la de fijar en los documentos matrimoniales mediante pacto (*pactum de lucranda donatione*) la parte que la mujer adquiriría de la donación en caso de premoriencia del marido. La abolición por Livio Severo de la igualdad entre dote y donación impuesta por Valentiniano III y Mayorano favoreció la difusión de esta práctica. Anne niega que el *pactum de lucranda donatione* tuviese aplicación en Occidente⁵⁰, pero contra esta opinión puede aducirse el testimonio del fragmento de la LRW. atribuido a Papiniano que se refiere probablemente a esta clase de pactos⁵¹. Debiendo negarse que la actual redacción de este texto sea de Papiniano⁵², la frase final *ut neuter coniugium locupletior fiat* parece inspirada en la misma tendencia que lleva a Valentiniano a declarar la igualdad de dote y donación *ne placita futuraque coniunctio uni lucrum, alteri faciat detrimentum* (Nov. XXXV. 9). Es probable, por tanto, que el texto atribuido a Papiniano en la LRW. recoja algún comentario de un jurista postclásico que se refería a los pactos sobre el destino de la donación nupcial. La constante relación entre Oriente y Occidente y la difusión en una y otra parte del Imperio de las normas sobre el régimen jurídico-patrimonial de la mujer excluye

50. Cfr. ANNE, *op. cit.*, p. 382, n. 3 y 735 s. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 386, relacionó la Nov. de Valentiniano III con la introducción de los *pacta de lucranda donatione* en Occidente, ya que por medio de estos pactos los cónyuges podían sustraer el régimen de su matrimonio a las disposiciones de Valentiniano III. En este mismo sentido, VISMARA, *La donazione nuziale* cit., p. 403.

51. 1. *Papiniani lib. I. responsorum. I. de pactis inter virum et uxorem. Inter virum et uxorem pacta non solum verbis, sed et voluntate contrahentium constituuntur, ut neuter coniugium locupletior fiat.*

52. La existencia de estos pactos se aviene difícilmente con el régimen clásico. Sólo a partir de Teodosio se reconoce el *pactum dotis* que en el derecho justiniano sustituye a la *dictio dotis*. De otra parte, PS. 1.1.6 y Cs. 4.3 disponen: *Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat*. La redacción del texto atribuido a Papiniano excluye que en él se tratase del *pactum de restituenda dote* o del *pactum de lucranda dote* en vigor durante la época clásica

el que los *pacta de lucranda donatione* fueran desconocidos en Occidente ⁵³.

A la regulación de los *pacta de lucranda donatione* en Oriente contribuye decisivamente una constitución de León I del año 468 (CI. 5.14.9). Esta disposición viene a establecer un límite al régimen de libertad de convenciones matrimoniales y a la difundida práctica oriental de los pactos *de lucranda donatione* ⁵⁴. León I impone una igualdad de proporción entre las aportaciones de ambos cónyuges; es decir, dote y donación tenían que ser iguales respecto de la cuota (la mitad, la tercera, la cuarta parte, etc.), pero no respecto de la cuantía que se atribuía al cónyuge sobreviviente. Toda convención contraria a esta disposición se declarar nula. En ausencia de pacto, León I dispone, en una constitución recogida en el Libro siro-romano de derecho (LS. 92), que la viuda sólo tiene derecho a su dote y a la mitad de la donación, pero esta disposición parece se refería a las viudas que no hubiesen tenido hijos en el matrimonio ⁵⁵. En definitiva, León I aplica la Nov. XXXV. 8, de Valentiniano III sobre la reserva de la mitad de la donación a los padres del marido premuerto en el caso de no existencia de hijos. Este emperador, considerando que la donación nupcial forma parte

53. Puede reprocharse a ANNE, *op. cit.*, p. 239 ss., el haber realizado en su libro una separación demasiado tajante entre la evolución de la donación nupcial en Oriente y la evolución en Occidente, manteniendo una historia autónoma y separada de la institución en las dos partes del Imperio que le lleva a considerar las normas de Justiniano en la evolución oriental. Aparte de los evidentes contactos e influencias, que hemos venido poniendo de relieve, la historia de la donación nupcial tiene un mismo punto de partida en Oriente y en Occidente: la legislación de Constantino y Teodosio I y una etapa de configuración definitiva: el régimen justiniano, que puede considerarse como un sistema que acoge tanto las normas procedentes de los emperadores de Oriente como las procedentes de Occidente.

54. Según ANNE, *op. cit.*, p. 276 ss., a partir de la segunda mitad del siglo quinto, la práctica de convertir en dote la donación ante nupcial comienza a declinar, al generalizarse el uso de redactar convenciones especiales para cada uno de los esposos.

55. Vid. ANNE, *op. cit.*, p. 335 ss., que combate la opinión de MITTEIS, *Reichsrecht* cit., p. 309, que sostiene que la disposición tuvo un alcance general.

de los *bona paterna*, la somete a la obligación de la *collatio*. Lo que en derecho clásico se preceptuaba para la dote ⁵⁶ lo extiende el emperador a la donación nupcial siguiendo la tendencia imperante en esta época de equiparar dote y donación ⁵⁷.

9.—Justiniano da una regulación definitiva a la donación nupcial y a su paralelismo con la dote. Ya Justino admitió que lo mismo que podía ser aumentada la dote durante el matrimonio por la mujer, podía el marido aumentar la donación nupcial en proporción a la dote ⁵⁸. Justiniano dispuso que se pudiesen no sólo aumentar estas aportaciones, sino incluso efectuarse después de celebrado el matrimonio, sin que ello afectase a la prohibición de donaciones entre cónyuges. Por ello, cambia el nombre de *donatio ante nuptias* en *donatio propter nuptias* ⁵⁹. Insistiendo en el paralelismo entre dote y donación que le lleva a afirmar *et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio* considera válida la donación en cuanto es una contraprestación a la dote y sea proporcional a ella. Si el matrimonio se disuelve por muerte del marido, la mujer adquiere la donación en la proporción fijada en el pacto ⁶⁰. A

56. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 70.

57. León I (CI. 6.61.4 pr., 1 a 3) dispuso también que en caso de que la viuda que pasa a segundas nupcias pierda al marido y recaiga en la potestad paterna, pasará el derecho de usufructo sobre los bienes del primer marido a su *paterfamilias*, mientras que la propiedad continúa siendo reservada a los hijos. Si muere un hijo del primer matrimonio su parte en los *bona paterna* pasará a sus descendientes y, en su defecto, a sus hermanos germanos o a los uterinos. Por último, las disposiciones de Teodosio II sobre la hija *in potestate* y la adquisición de la donación por ella se aplica también a la novia por los bienes recibidos como *sponsalicia largitas* o como legado. Cfr. ANNE, *op. cit.*, p. 340.

58. CI. 5.3.29. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 102.

59. CI. 5.3.20. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 102. Un cuadro resumen de las innovaciones de Justiniano en esta materia hace ANNE, *op. cit.*, p. 489 ss.

60. En el caso de no existencia de pacto sobre lucros nupciales, BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., siguiendo a BRANDILEONE, afirma que Justiniano retornaba al sistema antiguo del lucro completo de la donación.

este respecto, Justiniano recoge en el Código la constitución de León I sobre la igualdad de los pactos nupciales, añadiendo que cuando los pactos fuesen desiguales se debían reducir ambos a la medida menor ⁶¹.

En las Novelas, Justiniano abandona el criterio proporcional de la igualdad en los pactos para acoger el de la igualdad aritmética entre dote y donación introducido por Valentiniano III y por Mayorano y abolido por Livio Severo ⁶². Sin embargo, en la Nov. 98 pr. 1 del año 539, y con respecto al derecho atribuido a la viuda con hijos, restaura el régimen impuesto por la Nov. de Livio Severo concediéndole sólo el usufructo. Más tarde, en la Nov. 127.3 del año 548 le otorgó nuevamente, en conformidad con el derecho anterior a la Nov. de Severo, la propiedad, pero sólo sobre una cuota viril de la donación junto con los demás hijos. Justiniano mantiene también la abolición de la preferencia de la madre entre sus hijos, atribuyéndoles por igual la donación ⁶³. Con todas estas disposiciones tomadas en gran parte de las constituciones precedentes y con las innovaciones que introduce, sobre todo respecto al perfecto paralelismo entre dote y donación ⁶⁴, Justiniano trazó las líneas maestras de un nuevo régimen jurídico-patrimonial entre cónyuges, susceptible de una nueva evolución hacia la comunidad de bienes.

10.—En la regulación de la dote las fuentes del Bajo Imperio introducen frecuentes modificaciones destinadas a adecuar la estructura y efectos de la dote clásica a la nueva concepción de la dote como una aportación al patrimonio familiar reservada a los hijos. En las colecciones vulgarizadas de *iura*, los principios clásicos aparecen a veces fielmente recogidos y a veces deformados para hacerlos compatibles con las nuevas concepciones dominantes en esta época.

61. Cl. 5.14.10; 5.3.20.7; Nov. 22.20 pr.

62. Nov. 97 pr. 1 y 2.

63. Nov. 2. 1.

64. Sobre los puntos de coincidencia y de divergencia entre dote y donación en derecho justinianeo, vid. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 391 ss.

En cuanto a la pertenencia de la dote a la mujer, un texto de los FV. recogen un fragmento, probablemente de Paulo, en el que se afirma *ut autem de dote sua, quam apud maritum habet, mulieri testari liceat, inutiliter convenisse videri*⁶⁵. También PS. 4.1.1. afirma que la mujer a la que se deja un *praelegatum dotis, proprium recipere videtur*. La LRB. 6.2., en el supuesto de hijos en potestad que contrajesen matrimonio, aplica las constituciones de Teodosio I del 379 (CTh. 8.18.6) y de Teodosio II y Valentiniano III del 426 (CTh. 8.19.1) y dispone que las donaciones y la dote que consiguieran el hijo y la hija *in familia positi* se hacen de su propiedad y no son adquiridas por el padre⁶⁶.

En EGW 2.4.1. se recoge una constitución del año 235 que dispone que la dote, que *vivente patre bonis eius fuit separata*, no se puede computar en la cuarta hereditaria. Se continúa, pues, en estas fuentes la tendencia clásica de considerar la dote como un especial *patrimonium filiae*⁶⁷. Dentro de la tendencia clásica se mantiene también PS. 1.1.6 y Cs. 4.3. que declaran que la función de la dote no puede modificarse por pacto⁶⁸.

Un pasaje de PS (2.21b.1b) transmitido por D. 23.3.73 establece las causas por las que se admite la devolución de la dote *manente matrimonio*. D. 23.3.73 se ha considerado itp. por razones sustanciales y formales⁶⁹, sobre todo, porque la relación de las causas de restitución no concuerda con la que da el mismo Paulo en D. 24.3.20. Supuesto que la redacción de las PS. ha sido íntegramente recogida en el Digesto, nos incli-

65. FV 98. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 66.

66. La constitución de Teodosio II del 426 está recogida también en CI. 6.61.1. Una constitución de León y Antemio del 472 (CI. 6.61.4. pr.) dispuso que cualquier bien que el hijo o hija adquiriese por diversos títulos se hace suyo, prohibiéndose al padre la disposición. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 19 s.

67. Sobre la dote como *patrimonium filiae*, vid. *Ius Vxorium* cit., p. 68 ss.

68. Vid. supra n. 61.

69. Vid. *Index interpolationum*. BONFANTE: *Diritto di famiglia* cit., p. 336, afirma que este paso en su estilo bizantino (*non perditurae uxori*) está en relación con Ulpiano D. 24.3.22.1, considerado itp. por Czyhlarz.

namos a pensar que más que de una alteración de los compiladores se trata de una reelaboración efectuada tomando como base el comentario de Paulo a Sabino, quizá ya por el redactor del estrato A de las PS ⁷⁰.

II.—La restitución de la dote a la disolución del matrimonio sufre especiales modificaciones en la legislación imperial, introducidas para acomodar el régimen clásico a las nuevas concepciones sobre el destino del patrimonio familiar.

La nueva concepción de la dote no es, sin embargo, precisa ni clara, ya que los emperadores la consideran, especialmente en las disposiciones penales sobre el repudio y sobre las segundas nupcias, y se ocupan de ella junto con la donación nupcial englobándola en el destino a los hijos del patrimonio familiar.

En una constitución de Honorio, recogida por Teodosio II (CTh. 3.16.2), se dispone que la mujer no puede reclamar la dote del marido si da el repudio sin causa que lo justifique o si resulta ella culpable, aparte de la sanción que se le aplica de la pérdida de la donación ⁷¹.

En otra constitución del 422 (CTh. 3.13.3), estos mismos emperadores pretenden dar una regulación a la restitución de la dote, disponiendo que la dote constituida *ex uxoris facultatibus* debe volver a la mujer a la muerte del marido. En el caso de disolución del matrimonio por muerte de la mujer, la disposición establece que el marido lucra la dote en todo caso—incluso si es profecticia ⁷²—, pero se le prohíbe la enajenación de los bienes dotales que deben reservarse a los hijos ⁷³. La *interpretatio* distingue entre el usufructo que pertenece al padre y la nuda propiedad que es de los hijos, consolidándose el derecho de éstos a la muerte del padre.

En la Nov. XIV.7, el mismo Teodosio II prohíbe la enaje-

70. Sobre los distintos estratos de las PS, vid. LEVY: *Pauli Sententiae. A Palingenesis of the Opening Titles*, New York-Ithaca, 1946.

71. Vid. *supra*, par. 5.

72. Cfr. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 348.

73. La constitución teodosiana está dividida en dos en CI. 5.18.11 y 5.19.1 itp.

nación de los bienes dotales por el marido, pero sólo en el caso de que contraiga nuevo matrimonio: *si res vel maritus vel uxor non consumpserit vel alienaverit (quod eis ad secundas nuptias non venientibus quasi rerum dominis concessum est non dubium est)*.

La Nov. de Mayorano VI. 9—que impuso la obligación de constituir la dote bajo pena de infamia—y la de Livio Severo no modificaron este régimen de la dote, pues estas disposiciones se referían sólo a la mujer, con respecto a la *donatio ante nuptias*, pero no al marido con respecto a la dote ⁷⁴.

La Nov. de Valentiniano III, XXXV. 9, atribuía en caso de ausencia de hijos la mitad de la dote al padre y madre de la mujer ⁷⁵.

En el Libro siro-romano se recogen dos disposiciones de Teodosio II y de León (LS. 29 y 92). Según la disposición de Teodosio II, la dote se restituye a la disolución del matrimonio y por cualquier causa ésta ocurra. Si el matrimonio se disuelve por muerte de la mujer, el marido adquiere la dote, pero siempre en nombre de los hijos; en el caso de falta de hijos, se impone una división de la dote entre el marido y el padre de la mujer, en la que se tiene en cuenta el número de hijos premuertos y los años de duración del matrimonio. La ley de León dispone que el marido se lucra de toda la dote en nombre de los hijos sólo si el padre de la mujer ha muerto; si éste vive, en el caso de existencia de hijos, la dote se divide por mitad entre el marido y el titular de la patria potestad; en caso de no existencia de hijos, si la mujer es *sui iuris*, la dote se divide entre el marido y la mujer divorciados. Si el matrimonio se disuelve por muerte del marido se devuelve toda la dote a la mujer ⁷⁶. En la concepción de la dote en la legislación imperial deben tenerse presente las normas sobre el paralelismo entre dote y donación, ya examinadas, así como la

74. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 348, n. 2, afirma que, en cuando al marido, la Nov. Th. XIV.7 debe considerarse vigente durante el derecho antejustiniano.

75. Vid. supra par. 7.

76. Vid. también LS. 123.

práctica de la entrega por la mujer en dote de los bienes recibidos como donación nupcial, en cuanto suponen nuevas concepciones de la dote e indican la decadencia de la institución en la legislación del Bajo Imperio.

12.—Como consecuencia de estas fundamentales reformas en las aportaciones nupciales, se modifican las normas sobre los derechos sucesorios de la viuda y el uso difundido en la época clásica de los legados a favor de la mujer ⁷⁷ se sustituye por la práctica de la *donatio ante nuptias* que viene a asumir la misma función.

Las restricciones de los derechos sucesorios de la *uxor* están en relación con la legislación sobre las segundas nupcias de la viuda ⁷⁸: En el año 426, Teodosio II dispuso que si la madre sucedía *ab intestato* a un hijo, en concurso con los hermanos de éste, debía tener sólo el usufructo de los bienes procedentes del padre, cuya nuda propiedad pertenecía a los otros hermanos herederos (CTh. 5.1.8). León I en el año 429 (CI. 5.9.6. pr. 1) prohibió al viudo o viuda, que contraía nuevo matrimonio, el conceder por acto de última voluntad al nuevo cónyuge más de cuanto había concedido al hijo menos favorecido del matrimonio anterior ⁷⁹. Por último, Justino en el año 527 (CI. 5.3.19 in fine) prohibió toda disminución de la dote y de la donación en el segundo matrimonio para proteger el derecho de los hijos del primer lecho.

La ley Papia sobre la limitación de los derechos sucesorios de los cónyuges sin hijos se abolió por una constitución de Arcadio y Honorio del 396 (CTh. 8.17.2) que disponía: *Maritus vel uxor sibi invicem derelinquant quantum superstes amor exegerit.*

En cuanto a la sucesión *ab intestato* una constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 428 (CTh. 5.1.9) ex-

77. Vid. *Ius Uxorium*, p. 106 ss.

78. Cfr. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 396 s.

79. Zenón, en el año 489 (CG. 49.6.2), impuso al padre que pasaba a segundas nupcias la *cautio legatorum servandorum causa*, de la que estaban dispensados los padres respecto a los legados a favor de los hijos.

cluía de la sucesión a marido y mujer siempre que existiesen parientes (*propinqui*), pero heredaban con preferencia al Fisco. Una disposición precedente de Arcadio y Honorio (CTh. 4.21.1) obligaba al marido a devolver los bienes de la mujer, muerta sin testamento, a sus parientes consanguíneos.

De otra parte, el régimen de la sucesión *ab intestato* de la mujer en general sufre importantes modificaciones. Como afirma D'Ors, a la vista de la corrupción del viejo sistema (PS. 4.8.3-13-17), se diría hubo una contaminación entre la postergación de los cognados (parientes *per feminam*) y la incapacidad de las mujeres de heredar más allá del segundo grado colateral, lo que suponía la exclusión de la mujer de la sucesión *ab intestato* de los colaterales⁸⁰.

II. DERECHO VISIGOTICO

1.—La capacidad y situación personal de la mujer casada en derecho visigótico debe situarse dentro del ámbito de las dos tendencias que tradicionalmente imperan en la evolución romana: de una parte, la limitación de los derechos y facultades de la mujer, especialmente de los que suponen una definitiva disposición del patrimonio familiar que continúa reservándose a los hijos y parientes; de otra, el reconocimiento de la función que la mujer como esposa y madre desempeña en la familia y de su autonomía para disponer de sus bienes frente a los posibles abusos por parte del marido.

Dentro de la concepción de considerar a la mujer como una sometida al marido, tanto en su persona como en sus bienes, podemos considerar la disposición del CE. 323: *Sed vir, qui uxorem suam secundum sanctam scripturam in potestate habet, similiter et in servis eius potestatem habebit*. El marido tiene, pues, potestad sobre la persona y los bienes de la mujer, que no puede considerarse como la *manus* romana o

80. Vid. D'ORS, *Estudios Visigóticos* II. *El Código de Eurico*. Edición, *Palíngenesia*, *Indices*. Cuadernos del Instituto Jurídico Español en Roma núm. 12, p. 251. Agradecemos al Prof. D'ORS el habernos permitido conocer el original de esta obra antes de su aparición.

el «mundio» germánico, sino que es una especial potestad de gobierno y administración basada en un fundamento religioso ⁸¹.

De otra parte, una importante limitación de la capacidad de la mujer en general establecen las normas sucesorias del Código Euriciano al disponer que la mujer concurriendo con varones hereda sólo el usufructo de los inmuebles y no la propiedad y al atribuir sólo el derecho de usufructo a la viuda ⁸². Estas normas, que continúan la línea evolutiva ya trazada en el Bajo Imperio, muestran cómo en las fuentes visigóticas sigue perviviendo la tradicional tendencia romana de limitar la capacidad femenina. Las limitaciones a la definitiva atribución del patrimonio familiar a la mujer pueden considerarse como el último reducto de la *tutela mulierum* clásica en cuanto limitan la capacidad femenina en beneficio de los hijos y parientes.

Con respecto a la posibilidad de que la madre sea tutora de sus hijos, la LV. 4.3.3 le concede esta facultad si permanece viuda. Comparando esta ley de Chindasvinto con la constitución de Teodosio I del 309 (CTh. 3.7.4) ⁸³, que concedió a las madres la tutela de los hijos, se observa que la facultad que, en la disposición imperial, se limita al supuesto de la no existencia de tutor legítimo o de persona idónea para el desempeño de la tutela se concede en la ley visigoda a la madre en todo caso con la sola condición de que no contraiga nuevo matrimonio. Por tanto, la concesión a la madre de la tutela, que sólo se efectuaba como excepción en la ley romana, la convierte esta ley en un supuesto normal.

Como norma protectora de la libertad de disposición de la mujer sobre sus propios bienes, contra los eventuales actos lesivos del marido, podemos citar una ley de Chindasvinto (LV.

81. ZEUMER, en su edición del CE, cita Génesis 3.16 como la *sancta scriptura* a que se refiere la ley. Vid. DAHN, *Westgothische Studien, Entstehungsgeschichte, Privatrecht, Strafrecht, Civil- un Straf-Process und Gesamtkritik der Lex Visigothorum* (Mürzburg, 1874), p. 122, que observa como la analogía con la potestad sobre los no libres no es acertada.

82. CE. 320.322.332. Vid. infra, par. 9.

83. Vid. supra, cap. I, par. 3.

3.6.1) ⁸⁴. Esta disposición se refiere en la parte final a la mujer que actuaba en su perjuicio coaccionada por el marido—sупuesto al que también se refieren algunos textos de la *Cs.* ⁸⁵—, y que, convencida o engañada por el marido, le cede mediante documento alguna de las cosas que recibió de él ⁸⁶, disponiendo que el documento no tenga algún valor y que la mujer pueda reivindicar siempre las cosas que entregó en estas circunstancias. En definitiva, como en la legislación imperial y en sus comentarios, se acoge el principio de que la mujer es completamente libre de disponer de sus propios bienes durante el matrimonio, y que, en el caso en que el consentimiento de la mujer no sea libre por la coacción del marido, la enajenación de los bienes no tiene algún valor.

2.—La innovación más importante que ofrecen las leyes visigodas en esta materia es la de la dote marital, aportación de bienes del marido destinada a formar, junto con las otras aportaciones nupciales, el patrimonio familiar. La dote visigoda se nos presenta como una institución compleja en la que influyen, indudablemente, las normas y principios del derecho romano del Bajo Imperio que regulan la *donatio ante nuptias*, y quizá también principios germánicos ⁸⁷. La nueva dote toma

84. LV. 3.6.1: *Certe si maritus uxorem iniuste reliquerit, et donationem dotis amittat...* (cfr. infra, n. 108). *Quod si mulier sub metu viri, consistens, quocumque argumento persuasa vel decepta aliquam de suis rebus nomine illius viri, qui eam relinquit, scripturam conscripserit, huiusmodi scriptura nullam, omnimodo firmitatem habebit, sed uniuersa, que per eandem scripturam mulier dederat, iuri suo perenniter vindicabit.*

85. Vid. supra, cap. I, par. 2.

86. El Fuero Juzgo traduce: «Si la mulier, seyendo en poder del marido, por enganno o por arte le diere la quarta parte dun dinero al marido que la lexó, non le vala aunque ge lo dé por escripto; mas quanto diera la mulier por aquel escripto, todo deve tornar a ella.» El *aliquam de suis rebus* se cambia, pues, en la «quarta parte dun dinero».

87. Consideran la dote visigótica como una mezcla de la dote ex marito germánica y de la *donatio ante nuptias* romana, DANIEL, *Westgothische Studien* cit., p. 118 ss.; LONDON, *Quaestiones de historia iuris Familiae quod in lege Visigothorum inest* (Regimontii, 1875), p. 68 ss.; HINOJOSA, *Sobre la condición de la mujer casada en la es-*

de la *donatio ante nuptias* la finalidad de dotar a la mujer de un patrimonio para atender a su subsistencia en caso de viudedad, las normas que lo protegen y también las limitaciones referentes a la reserva de estos bienes a los hijos. Por ello, aunque es probable la influencia de elementos germánicos en la institución visigótica⁸⁸, se puede considerar en lo esencial como la consecuencia de la simplificación y definitiva vulgarización de las normas romano-imperiales. Entre la práctica del Bajo Imperio de que la esposa devuelva la donación recibida del esposo como su dote⁸⁹, y el nuevo régimen que considera como dote la aportación del esposo, sólo mediaba un paso que fué dado tal vez a impulso de los principios germánicos que intervienen como factores de vulgarización⁹⁰. Estos principios germánicos proceden ya de una etapa avanzada en la que

fera del derecho civil, en *Obras*, II (Madrid, 1955), p. 356 ss., y MEREZ, *Dois estudos sobre a dote no Direito medieval* (Coimbra, 1943), p. 3 ss.

88. Cfr. MEREZ, *Dois estudos...* cit.

89. Vid. supra cap. I, par. 6.

90. BRÜNNER, *Die fränkisch-romanische dos*, en *Sitz. Berliner Akademie*, 1894, p. 545 ss., afirmó que el origen de la dote marital pudo estar en la *donatio ante nuptias in dotem redacta* en relación con la obligatoriedad de la donación. El hecho singular de que la LRB. considere la donación en lugar de la dote, que había impuesto obligatoriamente Mayorano reputándola requisito esencial del matrimonio, deja entrever el camino por el que el derecho romano vulgar cambia la dote de aportación al marido en aportación del marido. De ello deduce que el *in dotem redigere* se cambia fácilmente de acto de la mujer en acto del marido y que el esposo designe la donación nupcial como dote. Para VACCARI, *Note per la storia de la donatio ante nuptias*, en *Scritti di storia del diritto privato italiano*, p. 73 ss., BRÜNNER fija con demasiada insistencia su atención sobre la *donatio in dotem redacta*, y debe observarse que la práctica de la dote estaba destinada a aclipsarse hasta su definitiva desaparición en algún territorio del antiguo imperio, y que en la LRB. no es posible ver ya la asignación marital entregada después por la mujer como dote. Estas y otras reservas que se hicieron a la tesis de BRÜNNER sobre la obligatoriedad de la dote marital en territorio franco deben tenerse en cuenta, pero no puede negarse el acierto de BRÜNNER en aproximar la *donatio in dotem redacta* y la dote marital de la que sólo la separaba el paso del cambio de terminología.

se había cumplido la evolución que va del precio a la dote ⁹¹.

La dote se entregaba por el esposo o su padre al padre de la novia o a esta misma en el acto de los esponsales ⁹² y debía ser conservada hasta la celebración del matrimonio. En las nupcias nobles, que eran las bendecidas por la Iglesia, la dote se consideraba como requisito necesario ⁹³. En un principio, parece que no existió limitación alguna a la cuantía de la

91. Cfr. MEREÁ, *Dois estudos* cit., p. 3. Según HINOJOSA, *Sobre la condición de la mujer casada* cit. p. 335, n. 11, del uso del nombre de *pretium* en las leyes, para designar la dote y de la comparación del matrimonio con la compra en una de las fórmulas (form. 19: *in quantum maritandis ordinibus erit comparanda mercatio*) no se infiere sino que los visigodos consideraban el matrimonio como un contrato remuneratorio; en manera alguna que fuere para ellos la dote el precio real de venta de la mujer.

92. En los esponsales de la *puella* se pacta el usual *pretium dotis* (LV. 3.1.10; 3.1.2; 3.4.7). Vid. DAHN, *Westgothische Studien* cit., p. 116 ss. Con respecto a las formalidades y efectos jurídicos de los esponsales en la LV, no se encuentra ningún precepto relativo al cambio tradicional del beso (*ósculo interviniente*), pero sí se encuentra, en cambio, en el Fuero Juzgo, 3.1.5: *Si algun esposo muriere por ventura fechas las esposaias, y el beso dado, é las arras dadas, estonze la esposa que finca deve aver la meeta de todas las cosas quel diera el esposo, y el otra meeta deven aver los herederos del esposo quales que quiere que devan aver su buena. E si el beso non era dado, y el esposo muriere, la manceba non deve aver nada daquellas cosas. E si el esposo recibe alguna cosa quel de la esposa, é muriere la esposa, si quier sea dado el beso, si quier non, tod aquellos deve seer tornado á los herederos de la esposa.* LARDIZÁBAL sostiene que se trata de una antigua costumbre española que se recogió en la LRV, y pasó después al Código godo de donde fué traducida al español. Vid. PACHECO, *Introducción* al vol. I de *Los Códigos españoles concordados y anotados*² (Madrid, 1872). HINOJOSA, *Sobre la condición de la mujer* cit., p. 357, refiere también este precepto a LV. Es poco probable, sin embargo, que esta disposición haya sido recogida en LV, y debe pensarse que pasó directamente de LRV,—donde se recogió la constitución de Constantino referentes al ósculo interviniente (CTh. 3.5.6)—al Fuero Juzgo.

93. LV. 3.1.1.: *Ne sine dote coniugium fiat, Nuptiarum opus in hoc dinoscitur habere dignitatis nobile decus, si dotalium scripturarum evidens praecesserit munus. Nam ubi dos nec data est, nec confirmata, quod testimonium esse poterit in coniugii dignitate futura, cuando nec contumctionem celebratam publica roborat dignitas, nec dotalium tabularum adcomitatur honestas.*

aportación dotal del marido y la fórmula 20 ofrece un ejemplo de constitución de dote, en tiempos de Sisebuto, de la mitad de los bienes del marido ⁹⁴. Que la aportación marital consistiera en la práctica en una parte importante del capital del marido resulta también de la disposición limitadora de la dote de Chindasvinto que hace referencia a los litigios y altercados que se suscitaban por la dote, a los que puso término. La disposición de Chindasvinto (LV. 3.1.5) se refiere a la limitación de la dote, que no podía exceder en ningún caso de la décima parte de los bienes del esposo y, además, a la reminiscencia tradicional del morgengabe por la que se permite hacer a los nobles una donación consistente en objetos de ajuar por valor de mil sueldos y también diez siervos, diez siervas y veinte caballos ⁹⁵. Esta ley de Chindasvinto es importante porque en ella se trata de las facultades de disposición de la mujer sobre la dote ⁹⁶. La mención de la donación tradicional que en la redacción de Recesvinto se hace al principio, en la de Ervigio

94. Form. 20: *Ecce decem inpremis pueros totidemque puellas|Tradimus atque decem virorum corpora equorum,|Pari mulos numero damus inter caetera et arma,|Ordinis ut Getici est et morgingeba vetustli|Rusticos impendam famulos per nostra manentes|Rura tibi, terris, vineis et pradiae, olivis,|Omnibus in rebus, silvis ac pascua, lymphis|Immobiles res seu mobiles, tam omne pecusque,|Argentum, aes, lystem, vas fictile et aurum...|Te dominam in medijs cunctisque per omnia rebus|Constituo donoque tibi vel confero, virgo,|Singula quippe supra vult conscripta iucundo|Adprehendas, habeas, teneas, post multa relinquas|Secula posteris in iure, carissima, nostris,|Aut inde facere vestra quodcumque voluntas|Elegerit, directa tibi est. vel certa potestas/... Vid. esta interesante fórmula en *Formulae Visigothicae*, ed. ZEUMER, en *Monumenta Germ. Hist. Legum Sectio V. Pars. I-II*, p. 583 ss.*

95. Probablemente está en relación con el morgengabe el texto de Tácito, *de moribus Germ.* 18,9, que menciona la dote del esposo con un contenido en parte económico (boves) y en parte simbólico. (*frenatum equum et sentum cum franea gladioque*) y la donación de las armas hecho por la esposa como contracambio. SCHRÖDER, *Deutsche Rechege-schichte*^o, p. 340, explica la dote marital de Tácito recurriendo a las formas simbólicas de adopción y especialmente a la donación del adoptante al adoptado. Vid. VACCARI, *Il matrimonio germanico*, en *Scritti di storia del diritto privato* (Padova, 1956), p. 11 ss.

96. LV. 3.1.5.

se hace al final. En el caso de que, violando esta disposición, el esposo o sus familiares prometiesen más del límite legal establecido, no estaban obligados a entregar lo que de él excediera la dote y, si lo habían entregado, tenían la facultad de repetirlo. Cuando este límite legal no se respetaba por negligencia o en virtud de compromiso previo o juramento, se facultaba a los parientes del esposo para retener o repetir la cantidad excedente⁹⁷. Una excepción a la regla del límite legal existía en el caso de estupro anterior a la celebración del matrimonio, ya que entonces se permitía a la esposa o a sus parientes fijar la cuantía de la dote⁹⁸. Sobre estos bienes dotales la mujer tiene la plena propiedad y todas las facultades de disposición que ello supone⁹⁹. Sin embargo, la posibilidad de

red. Rec.

...non amplius in puellae vel mulieris nomine dotis titulo conferat vel conscribat, rebus omnibus intromissis, quam quod adpretiatum rationabiliter mille solidorum valere summam constiterit, adque insuper X pueros X puellas et caballos XX sit ille conscribendi dandique concessa libertas; ita ut de his omnibus rebus in coniugio mulier adsunta, si non reliquerit filios, facere quod voluerit liberam se noverit habere licentiam; aut si intestata decesserit, ad maritum aut ad propinquos mariti heredes eadem donatio redeat...; aut si forte, iuxta quod et legibus Romanis recolimus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponsi dare elegerit, quantum sibi ipsa dari poposcerit.

red. Ervig.

...non amplius unusquisque in puellae vel mulieris nomine dotis titulo conferat vel conscribat, quam quod decimam partem rerum suarum esse constiterit. Quod si contingerit ut quidumque parentum pro filio suo in nurus suo nomine dotem conscribere debeat, eodem modo de id, quod eidem filio post obitum parentum suorum in portione venire poterat, decimam exinde partem per dotis titulum conferat, quod mulier vel puella nuptiis traditura obtineat, atque insuper decem pueros decemque puellas et caballos XX, seu ornamentis quantum mille solidorum summa esse constiterit, dare deberit. Ita ut de his omnibus rebus in coniugium donatio redeat. Aut si forte dari poposcerit.

97. Form. 15 y 16. Cfr. LONDON, *Quaestiones cit.*, p. 68 ss.

98. LV. 3.4.7. Vid. SCHRÖDER. *Geschichte des ehelichen Güterrecht*, I, p. 72.

99. Aunque las leyes visigodas se refieren sólo al caso de disposición *mortis causa* de la dote por la mujer, es indudable que puede

disponer libremente de estos bienes por testamento se limita al supuesto de no existencia de hijos. Extendiendo a la dote la disposición leovigildiana referente a la donación (LV. 5.2.5), si la mujer moría sin testar, los bienes dotales pasaban al marido o a sus herederos, independientemente del destino de los otros bienes objeto de la herencia de la mujer. La disposición de Chindasvinto permite, además, que la mujer dé al marido como donación la misma cantidad que había recibido de él como dote, refiriéndose explícitamente a las normas imperiales romanas sobre la igualdad de dote y donación¹⁰⁰. El sentido de una y otra aportación cambia del derecho romano imperial al derecho visigótico, en cuanto lo que en el primero era donación del marido y dote de la mujer pasa a ser en las leyes visigóticas dote del marido y donación de la mujer con arreglo a la nueva terminología.

Según LV. 3.1.6, el padre tiene la facultad de exigir la dote y de conservarla para su hija, y, en su defecto, pueden pedirla la madre o los hermanos¹⁰¹. La expresión *potestas conservandi* indica la facultad de administración de la dote por el padre, facultad que, aunque no resulte explícitamente del texto, parece tenía también la madre; en cambio, los hermanos sólo tenían la *potestas exigendi* y debían entregar la dote a la hermana¹⁰².

Importantes preceptos de la LV. se refieren al destino de la dote. Ante todo, los principios referentes a la definitiva atribución de la dote a la mujer, con la consiguiente facultad de disponer de ella por testamento, han sufrido un importante cambio en el derecho visigodo. En una primera etapa, la mujer

disponer de ella por negocios *inter vivos*, y así lo admiten los autores. Vid. LONDON, *Quaestiones* cit., p. 72, y MERA, *Dois estudos* cit.

100. Vid. supra, cap. I, par. 7 y 10.

101. LV. 3.1.6: ... *Ut dotem puella pater exigat et conservet. Dotem puella traditam pater exigendi vel conservandi ipsi puella habeat potestatem. Quod si pater vel mater defuerint, tunc fratres vel proximi parentes dotem, quam susceperint, ipsi consorori suae ad integrum restituant.*

102. En el caso de estupro de la mujer, que la ley 3.4.7 llama adulterio, el texto afirma explícitamente que la dote se entregaba a los padres de la esposa (*pretium dat parentibus*).

podía disponer de la dote entregada por su marido con entera libertad; atribuyéndola en su testamento a quien quisiese. Esta originaria libertad de disposición *mortis causa* de la dote está atestiguada, además de por las fórmulas 20 y 24¹⁰³, por dos leyes de Chindasvinto: la primera (LV. 4.5.1), que declara abrogada una precedente disposición que disponía: *de dote sua facere mulier quod elegisset in arbitrio suo consisteret*, y la segunda, que le sigue, en la que hace referencia a un régimen anterior que modifica con la obligación de la reserva de la cuarta parte a los hijos¹⁰⁴. Esta última disposición supone la recepción de los principios que inspiran la legislación del Bajo Imperio sobre la reserva de la aportación del marido a los hijos o sobrinos, si bien—quizá como un influjo del régimen de libertad de disposición de la viuda que antecede—, la obligación de reserva se limite a las tres cuartas partes de la atribución patrimonial del marido y no comprenda la totalidad, deducido el usufructo, como en la legislación imperial. La recepción de las normas dictadas por los emperadores romanos

103. Form. 24: *quatenus exinde qui de nobis superadixerit, quicquid facere voluerit, liberam pro solo Domino fruatur in omnibus ac firmissimam potestatem*. Vid. *Monumenta Germ. Hist. Legum Sectio V, I-II*, p. 587, y LONDON, *Quaestiones cit.*, p. 72.

104. LV. 4.5.2. *De quota parte licet mulieribus iudicare de dotibus suis. Quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus iudicare quod voluissent, quaedam reperiuntur, 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 adsumptum coniugium. Denique constituentis decernimus, ut de dote sua mulier habens filios, aut nepotes, seu causa mercedis ecclesiis atque libertis conferre, sive cuicumque voluerit, non amplius quam de parte quarta potestatem habeat. Nam tres partes legitimis filiis, aut nepotibus, seu sit unus, sive forsitan plures, absque dubio relictura est. De tota interim dote, tunc facere quod voluerit erit mulieri potestas, quando nullum legitimum filium, filianive, seu nepotem vel neptem superstem reliquerit. Veruntamen feminae quas contingerit duobus viris, aut 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 filiae, nepos aut neptis, ex ipsa linea procreati, dotem quam avus, aut pater eorum concesserat, post mulieris obitum per omnia consequenturi sunt.*

es más patente en la última parte de la ley visigoda sobre la asignación a los hijos de los sucesivos matrimonios de la aportación del padre, en lo que se sigue la constitución de Honorio (CI. 5.9.4) ¹⁰⁵. Esta recepción se operó en tiempos de Chindasvinto, que la hace patente con esta disposición ¹⁰⁶, que deroga el régimen precedente de atribución definitiva de la dote a la mujer. En el régimen visigodo primitivo, la mujer podría disponer también por testamento de la dote aportada por el marido, que perdería todo derecho sobre ella, ya que sólo en el caso de que la mujer muriese intestada, la dote se devolvería al marido o a sus herederos. Después de la ley de Chindasvinto, por tanto, la libre disposición de la mujer sobre la totalidad de la dote queda limitada al supuesto de que no dejase hijos o sobrinos.

3.—El título sexto del libro tercero de la LV trata del repudio y divorcio y de sus consecuencias patrimoniales respecto a la dote y a los otros bienes de la mujer. Estas disposiciones proceden de Chindasvinto. El repudio de la mujer sólo se admite por causa de adulterio ¹⁰⁷, y si el marido la repudia injustamente, es decir, por cualquier otra causa que no sea el adulterio, pierde la *donatio dotis* y no puede retener nada de los bienes de la mujer y si enajenase alguno de ellos debe restituirlo ¹⁰⁸. En el supuesto de que sea la mujer la que abandone al marido, LV. 3.6.2, establece que debe ser conducida de nuevo

105. Vid. supra, cap. I, par. 7.

106. MEREÁ, *Dois estudos cit.*, atribuye fundadamente la recepción a Chindasvinto en contra de la opinión de BRÜNNER que la situaba en la revisión de Leovigildo.

107. LV. 3.6.2: *...nullus virorum, excepta manifesta fornicationis causa, uxorem suam aliquando relinquat, et neque per testem neque per scripturam, seu sub quocumque argumento facere divortium inter se et suam coniugem audeat.*

108. LV. 3.6.1: *Certe si maritus uxorem iniuste reliquerit, et donationem dotis amittat, quam ei contulerat, eidem mulieri procul dubio profuturam, et de rebus eiusdem mulieris nihil, se habiturum esse cognoscat. Sed quidquid etiam de facultatem mulieris vel alienasse vel defraudasse dinoscitur, ad integrum, distringente iudice mulieri restituat...* (cfr. supra, n. 84).

bajo la potestad del varón *cum omnibus rebus suis* y sufre la misma sanción patrimonial que se aplica al marido, es decir, que pierde todos los bienes que donó al marido y debe restituirle la dote y todos los bienes que recibió de él. En esta legislación sobre el repudio injustificado influyeron probablemente las normas dictadas por Constantino y Honorio sobre las sanciones patrimoniales aplicables al cónyuge que repudiase sin fundamento o diese motivo al divorcio ¹⁰⁹.

Las disposiciones de Chindasvinto sobre el repudio son aplicadas por Recesvinto también a los esponsales, una vez que se han cambiado las recíprocas promesas de matrimonio y se han entregado las arras esponsalicias ¹¹⁰.

En resumen, la dote visigótica se constituye por los parientes del novio o por él mismo en el acto de los esponsales, y se entrega a la mujer o a sus parientes. Durante el matrimonio, la mujer tiene la plena facultad de disposición y administración. A la disolución del matrimonio por muerte del marido, la mujer conserva la dote como un especial patrimonio a ella destinado y dispone de la aportación dotal libremente. Originariamente, podía disponer de ella por testamento, pero a partir de Chindasvinto debe reservar las tres cuartas partes a los hijos. Sólo en el caso de que la mujer muera sin hacer testamento y no deje hijos, la dote se devuelve al marido o a sus herederos. En caso de divorcio, si la mujer se separa del marido, o da lugar al divorcio por adulterio, debe restituir la dote al marido y, si es el marido el que la repudia injustamente, debe restituir a la mujer la donación y todos los bienes de ella recibidos.

4.—Junto a la normas que regulan la dote, existen otras importantes leyes referentes a las donaciones que se hacen mutuamente los cónyuges antes del matrimonio o durante el matrimonio. En estos preceptos sobre donaciones podemos descubrir también la marcada influencia de la legislación romano-imperial.

A la entrega de dote del esposo podía acompañar una do-

109. Vid supra, cap. I, par. 7.

110. LV. 3.6.3.

nación por parte de la mujer, a la que se refiere la misma ley de Chindasvinto que limita la cuantía dotal ¹¹¹. Con referencia explícita a las leyes romanas ¹¹², Chindasvinto impone también la igualdad entre donación y dote, disponiendo que la mujer dará al esposo de sus propios bienes la misma cantidad que él dió a ella. Esta donación de la esposa paralela a la dote, o donación del esposo, se efectúa en los esponsales y siempre antes del matrimonio.

De las donaciones durante el matrimonio trata a continuación la misma ley de Chindasvinto ¹¹³. El rey visigodo aplica la prohibición romana de donaciones entre cónyuges sólo al primer año de matrimonio en el que puede haber un mayor peligro de excesivas liberalidades de los cónyuges ¹¹⁴. Esta prohibición afecta tanto al marido como a la mujer y sólo deja de aplicarse, durante ese primer año, en caso de peligro de muerte. Una vez transcurrido este período, los cónyuges pueden hacerse recíprocamente las liberalidades que tengan por conveniente sin limitación alguna.

De gran interés con respecto a la práctica de la donación nupcial es una disposición de Ervigio, que se añade a la ley de Chindasvinto. *De postumis* ¹¹⁵, en la que se trata de una do-

111. LV. 3.1.5: *...Aut si forte iuxta quod ex legibus romanis recolumus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponso dare elegerit, quantum sibi ipsa dari poposcerit.*

112. Vid. Nov. Valentiniano III, XXXIV.9; Nov. Mayorano, VI; Nov. Justiniano XCVII. Vid. supra, cap. I, pars. 7 y 10.

113. *Certe si iam vir habens uxorem, transacto scilicet anno, pro dilectione vel merito coniugalís obsequii ei aliquid donare elegerit vel voluerit, licentiam incunctanter habebit. Nam non aliter infra anni circulum maritus in uxorem, seu mulier in maritum, excepta dote, ut praedictum est, aliam donationem conscribere poterint, nisi gravati infirmitate periculum sibi mortis imminere perspexerint.*

114. Según LONDON, *Quaestiones* cit., p. 67 s., la misma razón jurídica que hacía prohibir a los romanos las donaciones entre cónyuges servía a los legisladores visigodos

115. LV. 4.2.19: *Quod si vir et uxor in coniugio positi antequam filios habeant, invicem sibi unos in alterius nomine de facultate propria donationis faciunt scripturam, et post huius testationis ordinem filios talibus habere contingat, talis parentum testatio, si filii ipsi supprestes extiterint, omnino non valeat, sed ex toto huius tam indiscre-*

nación recíproca, probablemente de toda la *res familiaris*. En ella se refieren dos supuestos: en el primero se trata de una donación *mortis causa* efectuada durante el matrimonio que se anula en caso de nacimiento posterior de hijos; en el segundo supuesto, en cambio, se trata de una donación que los esposos se hacen recíprocamente antes de contraer matrimonio y que conserva siempre sus efectos, independientemente del nacimiento posterior de hijos. Esta donación nupcial proporcionaría, pues, a los cónyuges durante el matrimonio y a su disolución un patrimonio propio no sometido a las reservas legales.

5.—Las normas referentes a las donaciones entre cónyuges del tít. II del libro V de la LV., que se ocupa de las donaciones en general, tratan especialmente del régimen de las donaciones *mortis causa*. Debe observarse que los reyes visigodos legislan, tanto en la donación como en la dote, atendiendo al destino de estos bienes después de la muerte de los cónyuges, ya que es entonces cuando se planteaba el problema de la atribución de estos bienes que habían sido usados en común durante el matrimonio. El estudio particularizado de estas leyes nos permitirá observar, en efecto, cómo regulan o verdaderas donaciones *mortis causa* o el destino de las donaciones *inter vivos* a la muerte del donante ¹¹⁶. Es ésta una de las materias donde puede apreciarse la evolución histórica de la legislación visigótica con las siguientes etapas: Código Euriciano, *revi-*

tae ordinationis voluntate disrupta, debitam sibi omnem parentum facultatem filii capiant et adsumant: de quinta tantum parte parentibus, si aliquid inde testasse contingerit, potestate concessa habebunt. Ceterum si unus ex ambobus, id est vir aut uxor, antequam unius copulae societatem adirent, quicumque ex ambobus in alterius nomine scripturam de rebus suis probatus fuerit conscripsisse, omni vigore validura persistat, et talis testatio per eorum vocem qui postea ex illis nati fuerint, non erit ullo modo convellenda.

116. Según LONDON, *Quaestiones* cit. no es extraño que testamento y donación *inter vivos* y *mortis causa* se traten en estas leyes sin alguna diferencia, pues en tanto testamento y donación m.c. pueden ser revocados, estos institutos se equiparan en la LV. Sin embargo, ni este autor ni los otros citados insisten lo bastante en el destino m.c. de estas donaciones.

sión de Leovigildo, LV. redacción de Recesvinto y LV. redacción de Ervigio. En estas sucesivas redacciones se tiende a confundir el régimen particular de donaciones con el general de sucesiones.

En el CE. se encuentran varias normas referentes a las donaciones *mortis causa* entre cónyuges. La c. 307 regula la forma en que deben efectuarse estas donaciones¹¹⁷. En ella se dispone que tanto las donaciones que el marido hace a la mujer como las que ésta hace al marido deben hacerse en documento escrito y firmado por el donante y por dos o tres testigos. El empleo del término *voluntas* (*voluntas ipsius, de uxoris voluntate*) indica que se trata de una disposición *mortis causa*. La forma documental que se prescribe es, en definitiva, el testamento del que se trata en este capítulo de donaciones¹¹⁸.

La disposición que sigue se refiere a la donación *inter vivos*

117. Para la comparación entre las redacciones de CE. y de LV., que haremos después, recogemos ambas:

CE. 307.

Maritus si uxori suae aliquid donaverit, de hoc, quod voluerit scriptura sua manu signo sive subscriptione confirmet, ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores accedant; et sic voluntas ipsius habeat firmitatem... 3. Voluntas autem, si necessitas est, coram duobus aut tribus testibus ore promulgari potest. 4. Similis de uxoris voluntate, quae in maritum conferre voluerit, donationis forma servetur.

LV. Antiqua 4.2.7.

Maritus si uxori suae aliquid donaverit, de hoc, quod ipsa sibi habere voluerit, scriptura manus suae subscriptione vel signo confirmet. Ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores vel signa facientes accedant, et sic voluntas ipsius habeat firmitatem. Similis et de uxoris voluntate, quae in maritum conferre voluerit, donationis hec forma servatur, si tamén violenter a viris non fuerit exacta donatio; servata legum in omnibus sanctione, quae in decernendis facultatibus dinoscitur ordinata consistere.

118. Vid D'ORS, *La territorialidad del derecho de los visigodos*, en *Estudios Visigóticos*, I (Roma-Madrid, 1956), p. 116 y, sobre todo, *El Código de Eurico*, p. 236 s., donde frente a MEREY y LEVY, afirma que esta ley no habla propiamente de irrevocabilidad sino más bien de validez (*firmitas*), en relación con una forma de donación que es la forma general de donación *mortis causa*, es decir, la forma del testamento; se trata, por tanto, de donaciones testamentarias a favor del cónyuge.

y a su diferencia con la *mortis causa* respecto a la facultad de revocación ¹¹⁹. Eurico declara irrevocable la donación *inter vivos* realizada mediante simultánea *traditio* a no ser que exista alguna justa causa probada. En cambio, considera revocable la *donatio mortis causa*, a semejanza del testamento, aun sin motivo legal, con referencia explícita a la revocación por ingratitud del donatario (*laesum*) ¹²⁰. Mientras CE. 307 nos da la forma de las donaciones testamentarias, CE. 308 refleja la de las donaciones *inter vivos* que se perfeccionan por la simultánea *traditio* ¹²¹.

CE. 319 relaciona el régimen de la donación m. c. con el comportamiento de la mujer tras la muerte del marido ¹²². En el caso de que la mujer tuviese un comportamiento honesto —que aquí probablemente hacía referencia también a la prohibición de pasar a segundas nupcias antes del año ¹²³— se hace propietaria de la donación y puede disponer de ella por testamento; en caso de adulterio o de *inhonesta coniunctio*, pierde la donación a favor de los herederos del marido. La posibili-

119. CE. 308: *Res donata, si in praesenti traditur, nullo modo a donatore repetatur, nisi causis certis et probatis. 2. Qui vero sub hac occasione largitur, ut post eius mortem ad illum cui donaverit res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam quando voluerit, etiam si in nullo laesum fuisse se dixerit.*

120. Cfr. D'ORS, *El Código de Eurico* cit. p. 235 s. Para este autor la distinción entre *donatio inter vivos* o directa y *donatio mortis causa* o testamentaria refleja precedentes romanos como *interp.* a CTh. 8.12.1: *Donatio aut directa est aut mortis causa conscribitur. Donatio directa est ubi in praesenti res donata traditur.*

121. Cfr. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., p. 238.

122. CE. 319: *Maritus si uxori suae aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulterii fuerit conversata, sed in pudicitia permanserit, aut si certe ad alium maritum honesta coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem. 2. Sin autem per adulterium seu inhonestam coniunctionem se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti sui fuerat consecuta, totum incunctanter amittat et ad heredes donatoris legitimos revertatur.*

123. CE. 322 sanciona las segundas nupcias de la madre. Vid. infra LV. 3.2.1 que se refiere expresamente a las segundas nupcias contraídas antes de transcurrido el año de la muerte del marido. Según D'ORS,

dad de que la mujer se lucre o no de la donación se hace depender, por tanto, de su comportamiento. El uso en esta ley de la misma expresión inicial de la 307 (*maritus si uxori suae aliquid donaverit*), y también de *post obitum mariti*, demuestra que se hace referencia especialmente al régimen de la donación *mortis causa*.

6.—A la donación nupcial en general se refiere una ley de Leovigildo (LV. 5.2.4), que recoge Recesvinto y que deroga la precedente ley de Eurico ¹²⁴. Esta disposición tiene el más

El Código de Eurico cit., p. 135 el respeto del *tempus lugendi* pudo muy bien recogerse ya en CE.

124. LV Antiqua 5.2.4. *De rebus extra dotem uxori a marito conlatis.*

Redac. Recesv.

Si mulier a marito extra dotem de quibuscumque rebus quacumque donatione vel profligatione conquistis 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 tantundem parte earum rerum faciendā quod voluerit potestatem obtineat; post obitum vero suum reliqua integra et intemerata filiis ex ipso viro procreatis derelinquat, et nulla occasione exinde, excepto, ut dictum est, quintam partem, quidquam aliud mulier alienare presumat. Quod si ex ipso coniugio filii non fuerint procreati, quidquid mulier de rebus suis donatis facere elegerit, liberam habeat potestatem. Ceterum si intestata discesserit, ad maritum eius, si supresti extiterit, donatio revertatur. Sin autem maritus non fuerit, ad heredes mariti, que donationem fecit, eadem donatio pertinebit. Simili ratione et de viris precipimus custodiri de his quae ab

Redac. Ervig.

Si mulier extra dotem a marito de quibuscumque rebus quacumque donatione vel profligatione conquistis, aut illi debitis, quoquo tempore, quodcumque donatum acceperit, si filii de eodem coniugio fuerint procreati, mulier usque ad diem obitus sui secundum voluntatem vel ordinationem testatoris secura possideat. Fructus tamen, sicut testator ipse, qui hoc testavit, expendendi vel utendi potestatem habere poterit. Ita et illa, quae usu hoc ad possidendum percepit, omnia, dum advixerit, sine cuiuslibet inquietudine suis incunctanter utatur expensis; si tamen idem testator aliquam specialem testationem de ipsis fructibus non instituerit post obitum ... exinde mulier, exceptis fructibus, alienare praesumat de rebus suis donatis iuxta prescriptum testatoris ordinem facere... Ceterum si intestata

..... (redacción coincidente)

amplio contenido, pues se refiere a toda clase de bienes que el marido entregue a la mujer, o, según la disposición final, también la mujer al marido por cualquier título y en todo tiempo y circunstancia, con la sola excepción de la dote. La mujer poseerá estos bienes hasta el día de su muerte y tendrá sólo la facultad de disposición de una quinta parte de ellos, en el caso de existencia de hijos del matrimonio, a quienes los bienes irán a la muerte de la madre. En el supuesto de no existencia de hijos, la mujer podrá disponer de todos esos bienes que, en el caso de morir intestada, se devuelven al marido o a sus herederos. Este mismo régimen se aplica a los bienes que el marido recibió de la mujer. Leovigildo acoge, pues, las normas imperiales sobre la reserva de la donación nupcial, extendiéndola, de una parte, a toda clase de donación, sea *inter vivos* (antes o durante el matrimonio), sea *mortis causa*, y, de otra parte, limitándola a las cuatro quintas partes del total de los bienes. El que, en esta disposición general, se deje fuera la dote parece indicar que sobre ella la mujer tenía para Leovigildo la plena facultad de disposición, lo que además confirma la referencia explícita de Chindasvinto a un régimen anterior que esta ley deroga. Con ello se tendría, pues, una primera recepción de las normas romano-imperiales sobre la reserva de los *bona paterna* a los hijos en el *Codex revisus* de Leovigildo, que las aplica extensivamente a toda clase de donación del marido con excepción de la dote, y una segunda recepción en el régimen que instaura Chindasvinto que extiende también esta reserva a la dote.

La tradicional tendencia a dejar una parte de los bienes (1/5 de la donación o 1/4 de la dote) a la libre disposición de la mujer tenía probablemente la finalidad de permitirle disponer de la «cuota del alma» a favor de la Iglesia ¹²⁵.

uxoribus tempore quocumque donata perceperint. perceperint.

125. Según Bruck, *Kirchenväter und soziales Erbrecht Wanderungen religiöser Ideen durch die Rechte der östlichen und westlichen Welt* (Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1956), p. 149 ss., la quinta leovigildiana supondría la primera referencia legal entre los visigodos a la cuota del alma, pues tal disponibilidad debería entenderse como a favor del alma

Para adaptar CE. 319 al nuevo régimen instaurado por esta ley (I.V. 5.2.4), Leovigildo modifica y altera sustancialmente la norma euriciana en la redacción de I.V. 5.2.5, acogida por Recesvinto. En la revisión leovigildiana se introduce una primera interpolación: *si filios non habuerit* que cambia todo el sentido de la ley euriciana, ya que la facultad plena de disposición que ésta concedía a la mujer en todo caso se limita sólo al supuesto de no existencia de hijos. Se interpola después toda la frase *Ceterum-pertinebit*¹²⁶ y, en virtud de esta alteración, los bienes que la mujer recibiese del marido se devuelven a él o a sus herederos en el caso de que, no dejando hijos, la mujer muera sin testar. Por último, en el párrafo final se añade *vel ad filios legitimos*, con lo que se dispone que, en el caso de comportamiento deshonesto de la mujer, la donación se devuelve a los hijos legítimos del matrimonio, que serían también los *heredes donatoris*, de conformidad con las disposiciones sobre la reserva de estos bienes a los hijos.

La ley de Eurico 307 sobre la forma de la donación es recogida también con alteraciones en I.V. *Antiqua* 5.2.7. La primera alteración de Leovigildo consiste en la inserción de *ipsa sibi habere*, con lo que la frase *de hoc quod voluerit* queda modificada en *de hoc quod ipsa sibi voluerit*. Esta interpolación cambia el sujeto de *voluerit*, que en la redacción de Eurico era el marido, mientras que en esta revisión leovigildiana es la mujer. Con esta alteración se pretendió recalcar la idea de que todo lo que la mujer quería tener para sí de la donación del marido después de la muerte de éste debía constar en el testamento. La expresión citada indica que no existe en la I.V. una norma similar a la *praesumptio Muciana* del derecho ro-

de la viuda. La destinación de la quinta a favor de la Iglesia parece deducirse de la ley de Chindasvinto. I.V. 4.5.1 y también de 4.5.2, donde, con referencia a los bienes dotales, la viuda con hijos o sobrinos podía disponer de una *quarta*. Vid. las observaciones de D'ORS en AHDE, 27-28 (1957-58), p. 1183 s.

126. I.V. 5.2.5... *Ceterum si filios non reliquens intestata disceserit, aut ad maritum eius, si suprestis extiterit, aut ad heredes mariti, qui donationem conscripsit, eadem donatio pertinebit.*

mano clásico ¹²⁷. Mientras se omite la referencia euriciana a la forma testamentaria oral, en relación con la donación testamentaria de la mujer, se añade en la redacción de la LV. *si tamen violenter consistere* ¹²⁸, con lo que se insiste en la libertad de disposición de la mujer, que no puede ser coaccionada por el marido y en el tratamiento igual de la ley para uno y otro sexo.

CE. 308 sirve de base para la redacción más extensa de LV. 5.2.6 de Chindasvinto, que nos ofrece nuevos y atrayentes aspectos en la doctrina de la donación directa o *inter vivos* y de la donación *mortis causa* sometida a revocación. El *in praesenti traditur* de la redacción euriciana, se convierte en *in praesentia testium*, lo que da ocasión al reelaborador visigodo para tratar de la donación efectuada mediante escritura. Pasa después a tratar de la *donatio mortis causa*, en la que se destaca la característica esencial de la revocación de esta donación, que se compara también con el testamento, y la consecuencia de que la donación no tiene efecto si el donatario muriese antes que el donante. Si se trata, en cambio, de una donación directa y perfecta, aunque el donatario muriese antes que el donante, podría el donatario disponer de ella por testamento y, en el caso que muriese sin testar, pasaría a sus herederos. Chindasvinto distingue, pues, la *donatio inter vivos perfecta* y la *donatio mortis causa* con adquisición diferida a la muerte del donante.

Ervigio efectúa nuevas modificaciones y alteraciones en las *Antiquae* 5.2.4 y 5.2.5 acogidas por Recesvinto. En su revisión de LV. 5.2.4 modifica la ley de Leovigildo cambiando la norma sobre la facultad de la mujer de disponer de la quinta parte de la donación por la referencia expresa a un derecho de usufructo sobre todos los bienes que en la ley leovigildiana la

127. La *praesumptio Muciana*, referente al régimen de legados dejados por el marido a la mujer, consideraba que todos los objetos en poder de la mujer le habían sido donados por el marido, debiendo los herederos de éste probar lo contrario para que no se considerasen comprendidos en el legado. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 119 ss.

128. Vid. supra, par. 5.

mujer ya poseía. Comparando las dos redacciones recesvindiciana y la ervigiana de LV. 5.2.4, se observan las siguientes alteraciones ¹²⁹: Interpolación de *secundum voluntatem vel ordinationem testatoris* y *iuxta praescriptum testatoris*; sustitución de *et de quinta-obtineat* por *fructus tamen-non instituerit* y de *excepto-quadquam aliud* por *exceptis fructibus*. Con estas alteraciones, Ervigio no introduce ninguna idea nueva, sino simplemente deroga la reserva a la mujer de la quinta parte de la donación y se remite a la tradicional práctica de que el marido le deje en el testamento sólo el usufructo de la donación. En LV. 5.2.5 Ervigio efectúa algunas alteraciones encaminadas a limitar aún más las disposiciones *mortis causa* de la mujer sobre las donaciones del marido. En su revisión, interpola también *secundum voluntatis testatoris*, que se refiere como en la ley anterior al testamento del marido, con lo que la disposición sobre la facultad dispositiva de la mujer queda así redactada: *si filios non habuerit, reliquendi cui voluerit secundum voluntatem testatoris habeat potestatem*. Con estas modificaciones de las leyes leovigildianas, Ervigio pretende uniformar el régimen de la donación nupcial concediendo a la mujer sobre ella sólo un derecho de usufructo, aplicando con ello la norma ya dictada por Eurico sobre el usufructo del cónyuge viudo sobre los bienes del premuerto (CE.322).

El estudio del régimen de donaciones nupciales en el derecho visigodo nos lleva a la conclusión de que, en esta materia, las ideas y principios romanos que se encuentran en la LV. proceden en su mayor parte del Código de Eurico, y que en las sucesivas elaboraciones de los monarcas visigodos perviven bajo distintas apariencias las mismas ideas romano-imperiales que divulga el Breviario Alariciano.

7.—En cuanto a los derechos sucesorios de la mujer, respecto al patrimonio del marido, se acogen también en gran parte las normas de la legislación romana-imperial.

Como régimen general aplicable a la mujer, se admite su capacidad hereditaria, pero se le impone una inhabilitación para

129. Vid. supra, n. 124.

disponer de los bienes inmuebles en beneficio de sus herederos legítimos a los que se reserva la propiedad ¹³⁰. Así, se dispone para las hijas que concurren con sus hermanos ¹³¹, probablemente para las *sorores* que concurren con otros *fratres* ¹³², y con extensión a todos los bienes, sean inmuebles o muebles, se establece en CE. 322 para la *uxor* que concurre con sus hi-

130. Cfr. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., p. 252.

131. CE. 320: *Si parentes testati decesserint... de ea... eas ad facultates... sorores... accipient... cum fratribus suis in terris vel in aliis rebus aequalem habeant portionem. 2. Quod si aliqua sine viro fuerit relicta, et ad coniugium expertens sponte transierit, totam portionem quam acceperat suis fratribus vel eorum heredibus reliquat. 3. Quod si ipsa virgo permanserit, quamdiu advixerit in rebus vel in culturis cum fratribus habeat portionem; post obitum vero eius terras ad heredes superioris comprehensos sine mora revertatur, reliquas facultates cui voluerit donatura. 5. Quod si parentes sic transierit ut nullum fuerit testamentum, ea puella inter fratres aequalem in omnibus habeat portionem, quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, post obitum vero suum terras suis heredibus relinquat; de reliqua facultate faciendi quod voluerit in eius potestate consistat.*

Según D'ORS, *El Código de Eurico*, cit., p. 256 s. lo que resulta legible es compatible con el principio de que las hijas, en la sucesión testada, heredan como sus hermanos todo lo que se les dejó en el testamento, tanto en los inmuebles como en las demás cosas y en una proporción igual si el testador no dispuso otro cosa. Sobre la hija soltera: a) si contrae matrimonio sin consentimiento de los hermanos, pierde su cuota hereditaria; b) si permanece soltera, conserva la disposición sobre los bienes muebles y los inmuebles deben pasar a sus hermanos o hijos de ellos. En la sucesión intestada, las hijas heredan la misma porción que sus hermanos, pero sobre los inmuebles no pueden realizar actos de disposición, pues deben quedar para los sucesores legítimos de ellas.

132. Según D'ORS, *El Código de Eurico*, cit., p. 252, esto diría probablemente el perdido CE. 330. Añade que Eurico daba preferencia más allá del segundo grado a los colaterales agnados sobre los cognados, pero sólo a los varones, pues las mujeres eran siempre cognadas. Leovigildo suprimió esa postergación de las mujeres y equiparó al mismo tiempo todos los agnados con los cognados. Se aplicaría el mismo principio de que la propiedad de los inmuebles heredados por las mujeres debía reservarse a sus herederos legítimos, quedando ellas como simples usufructuarias. Esta regla general sería la que vendría a establecer el capítulo 332 perdido y sin correspondencia con la ley de Chindasvinto 4.2.9 (p. 270).

jos a la herencia del marido. En virtud de esta limitación, la viuda sólo hereda el usufructo sobre una parte de los bienes del marido igual a la porción que reciben en propiedad los hijos ¹³³. Es indudable en esta ley euriciana la influencia de las constituciones imperiales. Eurico, de una parte, favorece con la cuota usufructuaria a la viuda que no pasa a segundas nupcias, acogiendo con ello las disposiciones de los emperadores que imponían sanciones patrimoniales a la viuda que contraía nuevo matrimonio ¹³⁴. El mismo régimen se aplica en CE. 321 al viudo que contrae nuevo matrimonio, al que se priva de todo derecho sobre los *bona materna* ¹³⁵. De otra parte, Eurico aplica a esta limitada cuota de usufructo principios procedentes de la Nov. I de Livio Severo; como son la reserva de la propiedad a los hijos—que se impone obligatoriamente a favor de todos los hijos por igual—y la facultad de la viuda de ceder a uno o varios de sus hijos el ejercicio de su derecho de usufructo.

La ley euriciana se recoge en la *Antiqua* 4.2.14 con algunas modificaciones. Ante todo, *usufructuariam (portionem)* se cambia por *usufructuario iure de facultate mariti*, con lo que se

133. CE. 322. *Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vendere nec uni ex filiis conferre praesumat... 3. Nam usufructum quam ipsa fuerat perceptura dare cui voluerit, filio vel filiae, non vetetur. 4. Verum si ex ea usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciatur. 5. Post obitum vero matris, portio quam acceperat ad filios equaliter revertatur, quia non possunt de paterna hereditate fraudari...*

134. Vid. supra, cap. I, par. 5 y 6.

135. A diferencia de la madre viuda que sólo tiene el usufructo sobre una parte de los *bona paterna*, CE. 321 dispone que el padre viudo tiene el usufructo sobre la totalidad de los *bona materna*, que quedará reducido más tarde en las siguientes partes: 1) Cuando el hijo o hija contraigan matrimonio, debe entregarle los bienes y retiene un tercio del usufructo. 2) A la mayoría de edad del hijo o hija entrega la mitad y retiene la otra en usufructo. Es importante poner de relieve que, según esta ley euriciana, la hija puede disponer de una parte importante de los bienes maternos cuando contrae matrimonio o cuando alcanza la mayoría de edad.

quiere explicar que la mujer obtiene esos bienes del patrimonio del marido, independientemente de otras aportaciones, por derecho de usufructo, aunque ello resulta una repetición innecesaria supuesto el *usufructuario iure* que sigue después. En la redacción de LV. se introduce después de *Nam usufructum non vetetur: Sed et quod de ipso usu sibi debito iuste conquirere potuerit, faciat quodcumque illi omnimodis iustissime placuerit*. Con la introducción de esta frase se quiere insistir en que la madre, no sólo puede atribuir la porción hereditaria en usufructo al hijo o hija que prefiera, sino que puede disponer de ella libremente y en la forma que quisiese.

En el caso de que no existan hijos del matrimonio, una ley de Chindasvinto (LV. 4.2.20) concede la más amplia libertad de disposición sobre sus bienes a favor de quien quisiese y, por tanto, también a un cónyuge a favor del otro ¹³⁶.

A las donaciones testamentarias del marido a favor de la mujer se refieren las leyes que antes examinamos (CE. 307, 308. 2, 319) ¹³⁷. Es importante destacar que, a partir de Ervigio ¹³⁸, los cónyuges pueden efectuar, con anterioridad al matrimonio, pactos documentados en los que se donan recíprocamente todos sus bienes, que conservan sus efectos en todo caso y que eluden las limitaciones y reservas legales.

Con respecto a la sucesión *ab intestato*, Eurico (CE. 334) mantiene el llamamiento romano *unde vir et uxor* cuando falten otros herederos ¹³⁹. La constitución de Teodosio II del año

136. LV. 4.2.20. *Ut qui non reliquerit filios, faciendi de rebus suis quod voluerit, habeat potestatem. Omnis vir ingenuus atque femina, sive nobilis, seu inferior, qui filios, vel nepotes aut prenepotes non reliquerit, faciendi de rebus suis quidquid voluerit indubitante licentiam habeat, nec ab aliis quibuslibet proximis, ex superiori vel ex transverso venientibus, poterit ordinatio eius in quocumque convelli. Quia recta linea decurrens non habet originem, quae cum successione naturae haereditatem possit accipere. Ex intestato autem, iuxta legum ordinem, sibi debitam haereditare poterunt iure successionem.*

137. Vid. supra, par. 5.

138. LV. 4.2.19. Vid. supra, n. 115.

139. CE. 334.

LV. Antiqua 4.2.11.

Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant quando nu-

Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant, quando nu-

428¹⁴⁰, excluía de la sucesión a marido y mujer siempre que existiesen otros parientes y en ETh. se llama también al marido o mujer después de todos los parientes con preferencia al Fisco. A diferencia del c. 320, Eurico llama aquí a la mujer a heredar en plena propiedad¹⁴¹.

En relación con c. 322 está la ley que le sigue CE. 323 recogida con algunas alteraciones en LV. 4.2.15. Esta ley euriciana considera que pertenecen a los *bona paterna* las ganancias obtenidas por el padre *in expeditione*, ya sea con esclavos propios, ya con esclavos de la mujer. Estas ganancias no pueden ser reclamadas por la mujer, y la propiedad del marido sobre ellas se justifica con una cita bíblica y también por el principio de que esas ganancias compensan los posibles daños y pérdidas que pueden ocasionar los siervos por los que el dueño debe pagar la *compositio*¹⁴².

8. Consideración especial merece la cuestión de la existencia de una comunidad de adquisiciones durante el matrimonio en derecho visigodo.

Ante todo, es necesario destacar que los principios de la legislación visigoda en esta materia suponen sólo una nueva fase en la evolución histórica que del régimen de separación de bienes conduce a la comunidad universal de bienes entre cónyuges: Si en derecho romano clásico, en que rige el sistema de estricta separación de patrimonios, puede hablarse de comunidad de uso de los bienes de los cónyuges¹⁴³, en la legislación romano imperial se establecen las bases de la comunidad matrimonial de bienes mediante las normas que imponen la igualdad de las aportaciones de marido y mujer. Los dos sistemas

Illus usque ad septimum gradum illa adfinitas usque ad septimum gradum de propinquis aut quibuscumque gradum de propinquis eorum vel parentibus invenitur. parentibus inveniri.

140. CTh. 5.1.9. Vid. supra, par. 12.

141. D'ORS, *El Código de Eurico*, cit., p. 267, afirma que, sin embargo, la mujer no podía disponer quizá de los inmuebles cuya propiedad se reservaría a los herederos legítimos.

142. Cfr. D'ORS, *El Código de Eurico*, cit., p. 261; vid. infra par. siguiente, y supra par. 1 (cap. II).

143. Cfr. *Ius Vxorium* cit., p. 97.

de igualdad de dote y donación, impuestos por la Nov. 35 de Valentiniano III y por la Nov. VI de Mayorano ¹⁴⁴, y de igualdad de proporción en los pactos nupciales entre lo que lucraba el marido y la mujer sobre donación y dote, que impone la constitución de León I ¹⁴⁵, son acogidos por Justiniano en el Código y en las Novelas ¹⁴⁶ y constituyen las bases y fundamentos del nuevo régimen de comunidad de bienes en el matrimonio.

En la legislación visigoda se acogen estos principios, que en su desarrollo y aplicación práctica originan la comunidad de adquisiciones. Chindasvinto (LV.3.1.5.), de una parte, limita la cuantía de la dote imponiendo la obligación de reservarla a los hijos y acoge la igualdad de aportaciones de los cónyuges y, de otra parte, admite las liberalidades entre ellos después de transcurrido el primer año de matrimonio, medidas éstas que favorecen el régimen de comunidad. Recesvinto (LV. 4.2.16), admite la libertad de pacto sobre la distribución de las adquisiciones comunes, imponiendo un régimen legal supletorio, y Ervigio (LV. 4.2.19) da libre entrada al régimen paccionado de comunidad universal de bienes al admitir las donaciones recíprocas del patrimonio de los cónyuges en pactos anteriores al matrimonio.

El texto más importante del que se deduce la comunidad de adquisiciones en el derecho visigótico es LV. 4.2.16. El texto trata del modo de repartirse las adquisiciones obtenidas durante el matrimonio por la colaboración personal y patrimonial de los cónyuges. Los autores dan distintas interpretaciones a la ley de Recesvinto. Para unos, esta disposición implanta nuevamente o acoge el régimen de comunidad de adquisiciones que habría instaurado Eurico en CE.325 ¹⁴⁷, mientras otros autores estiman que

144. Vid. supra, cap. I, par. 7.

145. Vid. supra, cap. I, par. 8.

146. Vid. supra, cap. I, par. 9.

147. SCHRÖDER, *Geschichte* cit., I, pág. 135, considera la ley res-convintiana como producto de una innovación legislativa que, corrigiendo el régimen de unión de bienes o usufructo marital, instaura la comunidad de adquisiciones. CÁRDENAS, *Estudios Jurídicos*, II (Madrid, 1884), p. 63 ss., afirma que la comunidad de adquisiciones que

no establece una verdadera comunidad de adquisiciones¹⁴⁸. Según Merèa, Recesvinto con esta disposición pretendió resolver las dificultades sobre la liquidación de adquisiciones aceptando como presunción legal que para los *augmenta et profligationes* habían concurrido los patrimonios de marido y mujer, por lo que el reparto debía ser hecho proporcionalmente a la importancia de ellos¹⁴⁹. En el texto podemos distinguir tres partes principales: en la primera se trata de la forma de dividir los lucros comunes; en la segunda, de la libertad de los cónyuges de fijar mediante escritura el reparto de estos bienes y, en la tercera, de las adquisiciones de los cónyuges que no pueden considerarse comunes.

En la primera parte del texto, tratándose de un matrimonio legítimamente contraído, Recesvinto resuelve la cuestión de cómo deben repartirse las ganancias y los aumentos de los bienes de los cónyuges, en cuya adquisición habían participado, en comunidad de vida (*pariter viventes*) los cónyuges y sus respectivas aportaciones patrimoniales. La solución que da Recesvinto es que las ganancias y aumentos deben ser atribuidos a los cónyuges en proporción a su respectivo patrimonio. Si el patrimonio de marido y mujer eran iguales, o se diferenciaban en una cantidad mínima, la solución era simple y estos lucros se dividían por igual. En el caso más frecuente, sin embargo, de que los patrimonios aportados por los cónyuges fuesen desiguales, los lucros se dividían en proporción a la cuantía del patrimonio respectivo y, sobre la parte que le correspondía, el

refleja esta ley forma parte del tradicional patrimonio germánico. HINOJOSA, *Sobre la condición* cit., p. 357, sostiene que la comunidad adquisiciones debió existir antes de Recesvinto, como existió en León y Castilla después de la invasión árabe bajo la forma de participación en partes iguales de los bienes adquiridos.

148. FICKER, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, IV (Innsbruck, 1899), p. 313, afirma que el sistema que instaura LV. 4.2.16. representa la tradición germánica de la completa separación de bienes. LEFEVRE, *Droit des gens mariés*, p. 122 ss. (cit. por MEREA, *Sobre a comunhao* cit., p. 101), afirma que esta ley efectúa una extensión de los principios romanos de la *societas*.

149. Cfr. MEREA, *Sobre a comunhao de adquiridos do direito visigótico*, en AHDE. 26 (1945) 110.

marido o la mujer tenía la plena facultad de disposición *mortis causa*. Obsérvese que toda la cuestión planteada desembocaba en la atribución de los bienes a la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges y a la disposición *mortis causa* por ellos. Es lógico que el legislador visigodo se preocupase de resolver la cuestión práctica de la división de estos bienes, ya que durante el matrimonio ningún problema solía plantearse en cuanto los bienes eran gozados y usados en común y normalmente todo el patrimonio familiar era administrado por el marido ¹⁵⁰.

En la segunda parte del texto, Recesvinto establece que en el caso de que los cónyuges hubiesen redactado una escritura en la que pactasen la proporción en la que uno y otro lucrarían las adquisiciones comunes, esta proporción así establecida debía seguirse en la liquidación. El monarca visigodo concede, pues, la más amplia libertad a los cónyuges para pactar sobre las adquisiciones durante el matrimonio y sólo a falta de pacto escrito impone el régimen de reparto proporcional al capital de marido y mujer.

En la parte final del texto, se excluyen del régimen de reparto proporcional aquellos bienes adquiridos exclusivamente por uno de los cónyuges, como lo que el marido adquiere *in expeditione pública*, o como *extraneorum lucra* ¹⁵¹, o por regalos del príncipe, del patronato o de amigos. A las donaciones

150. Según MERA, *Sobre a comunhao* cit., p. 107 y 110, no puede dejar de admitirse como cosa vulgar que los dos cónyuges enajenasen bienes conjuntamente, citando a este respecto algunos papiros de la colección de Ravenna y un diploma del 491 que habla de una donación hecha por los dos cónyuges de una casa propiedad de ambos. Destaca este autor que la intención de Recesvinto fue no tanto introducir una nueva concepción de las relaciones patrimoniales entre cónyuges como fijar criterios para solucionar las dificultades sobre la liquidación de las adquisiciones hechas durante el matrimonio.

151. Según MERA, *Sobre a comunhao* cit., p. III, n. 35, el sentido de estas palabras *extraneorum lucris* no es claro. Puede pensarse en adquisiciones a título gratuito u oneroso que el marido obtiene exclusivamente de terceros, sin utilizar para ello los bienes de la mujer ni los familiares.

del rey se refiere especialmente LV. *Antiqua* 5.2.3, que dispone que sobre los regalos del rey a uno de los cónyuges no tiene derecho a pretender nada el otro cónyuge, a no ser que el marido lo hubiese atribuido en dote o que fuese objeto de la donación de la mujer.

En la legislación visigoda posterior a Chindasvinto encontramos, por tanto, una marcada tendencia hacia la comunidad de adquisiciones, que se pone en práctica, sobre todo, mediante los pactos nupciales.

Es dudosa, en cambio, la existencia de esta comunidad en época euriciana. Nada preciso puede deducirse del ilegible c. 325, que, según Zeumer, trataría también de las adquisiciones comunes durante el matrimonio ¹⁵². CE. 323, que también se cita, es un complemento de 322 y, como observamos ¹⁵³ tiene por objeto atribuir a la masa de *bona paterna* las ganancias obtenidas por el padre con los esclavos de la mujer. Mientras la ley euriciana parece limitarse al supuesto concreto de las adquisiciones *in expeditione publica*, o sea en la guerra, en la nueva redacción de LV. el precepto se generaliza para comprender toda adquisición del marido con esclavos de la mujer, mediante la interpolación *aliquid adquisierit vel*. Esta interpolación de Leovigildo no es meramente formal, como lo es *unde bene iubetur*, sino que debe considerarse como una alteración sustancial, pues con ella la disposición se extiende a todo género de adquisiciones del marido con esclavos de la mujer ¹⁵⁴. La ley euriciana

152. ZEUMER, en CE. 325, reconstruye el *simul la...* como *simul laborare*. Para este autor no es posible reconstruir el contenido del precepto, pero es lícito presumir que las palabras que quedan sean piezas sueltas de la más antigua fuente sobre la comunidad germánica de adquisiciones.

153. Vid. supra, par. anterior.

154. ZEUMER, *Neues Archiv*, 26 (1900), p. 122 ss., considera la expresión *aliquid adquisierit vel* como un mero ornamento estilístico e interpreta esta ley como un precepto excepcional respecto al régimen general de adquisición de bienes. Frente a este autor, MEREA, *Sobre a comunhao de adquiridos do direito visigotico*, en AHDE, 26 (1945), 103 (*Estudos de Direito privado visigotico*), considera la interpolación como una extensión efectuada de propósito por Leovigildo para generalizar el precepto casuístico de Eurico.

presupone un régimen de comunidad de uso ¹⁵⁵, y de ella nada puede deducirse con seguridad sobre la comunidad de adquisiciones, pues puede interpretarse sea como una excepción al régimen de adquisiciones comunes, sea como una consecuencia del uso común de bienes de los cónyuges en el régimen de separación de bienes. De todos modos, es evidente que las tendencias hacia la comunidad, ya patentes en la legislación imperial romana, debieron estar también presentes en el Código euriciano.

En conclusión, el régimen de comunidad de adquisiciones y de bienes en derecho visigótico se introduce mediante la difusión de los pactos nupciales documentados, que llevan a la generalización del régimen de comunidad que aparece en las fuentes medievales ¹⁵⁶. La legislación visigoda constituye, pues, la última y definitiva fase de unión entre el régimen de separación de bienes, en trance de desaparecer, y el régimen de comunidad que pervive en una extensa evolución histórica.

MANUEL GARCÍA GARRIDO

155. También en derecho romano clásico, marido y mujer podían servirse de los esclavos de uno u otro, y las *operae* de estos esclavos se consideraban pertenecían a quien los utilizaba, como resulta de Paulo, D. 24.1.22.8. *Ius Vxorium* cit., p. 86 s.

156. El régimen de gananciales a partes iguales entre los dos cónyuges era el régimen más difundido en todos los Estados cristianos de la Reconquista. Vid. los interesantes documentos árabes, que contienen referencias a muchos negocios jurídicos en los que actúan conjuntamente marido y mujer, citados por GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, vol. preliminar (Madrid, 1930), p. 327 ss. Sobre las compraventas de bienes efectuadas durante el matrimonio en los Fueros vid. FERNÁNDEZ ESPINAR, *La compraventa en el derecho medieval español*, en AHDE, 25 (1955), p. 391 ss. Del régimen de gananciales en los Fueros y documentos medievales trata MARRÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principios de los cuerpos legales de León y Castilla* (Madrid, 1808), p. 205 ss. HINOJOSA, *Sobre la condición* cit., p. 358 ss.; GUALLART, *Documentos para el estudio de la condición jurídica de la mujer leonesa hace mil años*, en *Cuadernos Historia de España*, VI, 1946; FONT RÍUS, *La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico*, en *Academia Matritense del Notariado*, 8 (1954), p. 192 ss.