

# Los antecedentes históricos de la reserva vidual

## Historical Backgrounds of Widow Reserve

Araceli DONADO VARA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil

Facultad de Derecho - UNED

adonado@der.uned.es

Recibido: 6 de noviembre de 2009

Aceptado: 26 de noviembre de 2009

### RESUMEN

Las segundas nupcias siempre han preocupado a los diversos legisladores y, dependiendo del momento temporal que consideremos, las soluciones legislativas fueron variando según las necesidades de cada momento. Sin embargo, los intereses patrimoniales de los hijos del primer matrimonio, ante las segundas nupcias de uno de sus progenitores, fueron tenidos en cuenta únicamente a partir de los emperadores romanos cristianos. Una de estas preocupaciones tiene que ver con la figura de la reserva vidual —institución tradicional en nuestro Derecho civil, que hunde sus raíces precisamente en Roma— creada con la pretensión de no desviar los bienes provenientes de una familia hacia otra con ocasión de un segundo matrimonio por parte del cónyuge viudo. En este trabajo estudiaremos la evolución que ha sufrido esta figura a lo largo del tiempo, tanto en el Derecho romano como finalmente en nuestro Derecho histórico, hasta llegar a nuestro actual Código Civil.

**PALABRAS CLAVE:** matrimonio, segundas nupcias, cónyuge superviviente, derecho de sucesiones.

### ABSTRACT

The remarriage of the widow has always concerned the different legislators and depending on the time that we consider, the legislative solutions have changed to accommodate to the necessities of the moment. Nevertheless, the economic interests of the first marriage's children have only been treated since the rule of the Christian roman emperors. One of the issues was in regard with the institution of the "*reserva vidual*", a traditional figure in our Civil Law, that has its roots precisely in Rome. This figure was created to prevent that one family could receive some goods that came from a different family (the first marriage's relatives) and had no relationship with the second marriage of the widow. We will study the evolution of the institution at the time of the Roman Law until our Historic Law.

**KEYWORDS:** marriage, second marriage, widow, inheritance.

### RÉSUMÉ

Le deuxième mariage a toujours préoccupé aux divers législateurs et, d'accord avec le moment temporaire à mettre en considération, les solutions législatives ont varié selon les nécessités de chaque moment. Toutefois, les intérêts patrimoniaux des fils du premier mariage, en relation avec le deuxième mariage d'un de leurs progeniteurs, ont été pris en considération uniquement à partir des empereurs

romains chrétiens. Une de ces préoccupations est en relation avec la figure de la réserve des veufs - institution traditionnelle dans notre Droit civil, qui a ses racines précisément à Rome - créée avec la prétention de ne pas dévier les biens provenant d'une famille vers une autre à l'occasion d'un second mariage par le conjoint veuf. Dans ce travail nous étudierons l'évolution qui a souffert cette figure tout au long du temps, tant dans le Droit romain comme finalement dans notre Droit historique, jusqu'à arriver à notre actuel Code Civil.

**MOTS CLÉ:** mariage, secondes noces, époux survivant, droit des successions.

## ZUSAMMENFASSUNG

Die Wiederverheiratungen haben schon seit jeher ganz unterschiedliche Gesetzgeber beschäftigt. Abhängig von der zu untersuchenden Epoche variierten die gesetzgeberischen Lösungen je nach den Bedürfnissen der jeweiligen Zeit. Gleichwohl wurden die Vermögensinteressen der Kinder aus erster Ehe vor der Wiederverheiratung einer ihrer Erzeuger erst von den römischen Kaisern berücksichtigt, die sich zum Christentum bekannten. Eine der Anliegen hat mit dem Witwen-Pflichtteil zu tun. Diese in unserem Zivilrecht traditionelle Institution, deren Wurzeln genauer gesagt in Rom untergingen, war dazu geschaffen worden, dass die Sachen, die aus einer Familie stammten, aus Anlass einer Wiederverheiratung des verwitweten Ehegatten nicht in eine andere Familie umgeleitet würden. In vorliegendem Beitrag wird der Entwicklung nachgegangen, die diese Institution im Laufe der Zeit sowohl im Römischen Recht als auch in der diesem nachfolgenden Rechtsgeschichte bis zur heutigen Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch erfahren hat.

**SCHLÜSSELWÖRTER:** Eheschließung, Wiederverheiratung, überlebender Ehegatte, Erbrecht.

**SUMARIO:** I. Orígenes y antecedentes; 1. Consideraciones previas; 2. La situación de la viuda en Occidente: origen y evolución posterior de la reserva viudal en el Derecho romano; 2.1. Antecedentes en el Derecho quirritario y la promoción de la natalidad en la época del Emperador Augusto: las Leyes *Julia* y *Papia Poppea*; 2.2. La modificación del sistema matrimonial en la época de los Emperadores Cristianos: las *poenae secundarum nuptiarum*; A) Origen de la reserva viudal: la Ley *Feminae* (CTH. 3.8.2) de Teodosio I; B) Las modificaciones posteriores de la Ley *Feminae* hasta la Novela 14 de Teodosio; a) La Ley Única CI. 5.10 de Valentiniano, Teodosio I y Arcadio; b) La Ley Única CTH. 3.9 de Arcadio y la Ley CTH. 3.8.3 de Honorio; c) La Ley CI. 5.9.4 de Honorio; d) La Ley CTH. 3.13.3 de Honorio; e) La Ley *Mater* (CTH. 5.1.8) de Valentiniano III; f) La Ley CTH. 8.18.10 de Teodosio II y Valentiniano III; C) La extensión de la reserva a los bínubos: regulación de la Ley *Generaliter* o Novela 14 de Teodosio II; 2.3. La situación de los cónyuges viudos en Occidente y en Oriente; A) La Novela 35 de Valentiniano III; B) La Novela 6 de Mayoriano: supresión de la facultad de mejorar; C) La Novela 1 de Libio Severo: mantiene la supresión; D) La Ley *Hac Edictali* de León I y Antemio; E) La Ley de Zenón C. 5.9.7: no revoca la facultad electiva; F) Las modificaciones postclásicas: regulación del sistema matrimonial en las Novelas de Justiniano; a) La Novela 2; b) La Novela 12; c) La Novela 22; d) La Novela 98 y e) La Novela 127; II. La evolución de la reserva desde la época visigoda hasta la codificación; 1. Nociones básicas en el Código de Eurico, la *Lex Romana*: la reiteración del Derecho romano; 2. Evolución del Derecho de Castilla hasta la codificación: la ampliación de la reserva viudal al hombre viudo; 2.1. El Fuero Juzgo: la viuda y las arras; 2.2. El Derecho local: los fueros castellanos; 2.3. El Fuero Real: la viuda y las arras; 2.4. Las Partidas: aparece el vocablo "reservar"; 2.5. La extensión al viudo de la reserva y la exclusión en la reserva de los bienes gananciales: las Leyes 14 y 15 de Toro y su posterior regulación en la Nueva y Novísima Recopilación; 3. El mantenimiento de la reserva viudal en el Código Civil de 1889; 4. El caso catalán y valenciano; 4.1. El Usatge *Vidua*; 4.2. La bínuba en los Furs de Valencia; III. Conclusiones.

## I. Orígenes y antecedentes

### 1. Consideraciones previas

En la antigüedad la situación de la viuda era de por sí dura aunque no contrajera nuevas nupcias, situación que se agravaba en el caso de casarse nuevamente. Las segundas nupcias de la viuda en algunos lugares estaban mal vistas, o incluso se prohibían, como a continuación veremos. Existía una gran diferencia respecto al viudo que contraía un segundo matrimonio, porque éste no veía limitados sus derechos, y socialmente se consideraba conveniente y aceptado que para el bien de la prole el viudo tuviera una nueva esposa, que cuidara de la casa y educara a los hijos<sup>1</sup>.

A continuación veremos con cierto detenimiento la evolución de las segundas nupcias en el Derecho romano, siendo concretamente en la disposición *Feminae* del emperador Teodosio I, donde encuentre su raíz la institución de la reserva viudal<sup>2</sup> recogida en los artículos 968 y siguientes de nuestro Código Civil.

Después de estudiar ampliamente las distintas leyes romanas que regulan las segundas nupcias y, en concreto, el origen de la institución de la reserva viudal, pasaremos a analizar la evolución que ha sufrido la figura en nuestro Derecho histórico, para, finalmente, llegar a la institución según la conocemos en la actualidad.

La reserva viudal tiene como finalidad la protección de los intereses patrimoniales de los hijos de un primer matrimonio que con ocasión de unas posibles segundas nupcias por parte de su progenitor viudo, permiten suponer la eventualidad de que los bienes que provenían de una familia (la del cónyuge premuerto) finalmente acaben con ocasión del nuevo enlace matrimonial en una familia extraña a la de su procedencia. El legislador da por supuesto que éste sería el deseo del cónyuge premuerto, y de ahí el establecimiento de la obligación legal de reservar que pesa sobre el cónyuge viudo desde que contrae el nuevo matrimonio, así como otros supuestos de hecho que el legislador considera que podrían desviar del cauce hereditario deseable a los bienes reservables, como el tener el viudo un hijo no matrimonial o el adoptar a alguien. En definitiva, que los bienes que procedían del progenitor premuerto o de su familia finalmente sean adquiridos por los hijos habidos en esa unión matrimonial, y no sean compartidos con la prole habida por el cónyuge sobreviviente en

---

<sup>1</sup> Sobre el Derecho de la persona, *vid.* por todos, Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba, *Derecho de la persona*, Madrid, 2008, 1ª edición.

<sup>2</sup> Para un estudio completo sobre la materia, *vid.* Araceli Donado Vara, *La reserva viudal*, Prólogo de Carlos Lasarte Alvarez, Colección *Familia y Derecho*, Madrid, 2009. Sobre la regulación y posterior derogación de la reserva viudal en Francia, *vid.* Araceli Donado Vara, “La reserva viudal en Francia”, *E-Legal History Review*, 7, 2009; mientras que para un recorrido histórico de la reserva en Italia, *vid.* Araceli Donado Vara, “La reserva viudal en Italia: Perspectivas de futuro”, *Libro-Homenaje al Profesor Dr. D. Manuel Cuadrado Iglesias*, Gómez Gállego (coord.), Madrid, 2008, Volumen II, pp. 1.547-1.562.

otros matrimonios ulteriores, en síntesis, que los bienes no salgan de la rama familiar de su procedencia.

En el recorrido legislativo que veremos a continuación, tanto en el Derecho romano como en nuestro Derecho histórico, resaltaremos la situación de la mujer viuda que, en muchas ocasiones y para idénticas circunstancias, ha sido objeto de un tratamiento discriminatorio con respecto al hombre viudo. Finalmente, a lo largo de esta evolución legislativa llegaremos al momento actual en el que las diferencias de trato son inexistentes, ya no existe un tiempo de luto en el que se prohíbe a la viuda contraer un nuevo matrimonio ni tampoco las penas por vulnerar dicha prohibición.

## 2. La situación de la viuda en Occidente: origen y evolución de la reserva viudal en el Derecho romano

### 2.1. Antecedentes en el Derecho quiritarario y la promoción de la natalidad en la época del emperador Augusto: las Leyes *Iulia* y *Papia Poppea*

Existen tres momentos, bien distintos y diferenciados, en lo relativo a las segundas nupcias en la legislación romana. El primero llegaría hasta el emperador Augusto, el segundo, desde la época augustea en adelante, hasta llegar a un tercero, que se correspondería con la época de los emperadores cristianos, que empieza con el emperador Constantino.

En la primera época, las segundas nupcias no fueron un problema que preocupara a los emperadores, dado que ni las miraban con recelo ni las favorecían. El matrimonio<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> En Roma coexistían tres formas de matrimonio, al principio el *usus*, mediante el cual, la mujer tras un año de convivencia con el marido caía bajo su potestad, sin embargo, existía el derecho *del trinoctium*, mediante el cual si abandonaba la vivienda conyugal durante tres noches seguidas, permanecían dueñas de sí mismas. Este matrimonio disminuirá y desaparecerá con las costumbres con el progreso de la civilización. La segunda forma fue la venta, *coemptio per aes et libram*, que quiere decir, con balanza y metal o moneda. Originariamente, el marido compraba su mujer, que pasaba a estar bajo su *manus*. Posteriormente, esta venta se redujo a un símbolo, y así duró hasta el tercer siglo cristiano. La tercera forma era la *conferratio*, matrimonio usado por los patricios y por los sacerdotes, cuyo nombre procedía de una hogaza de farro ofrecida a los dioses. Únicamente en la *conferratio* formaban parte los sacerdotes del estado, en las otras dos formas, era suficiente para la finalidad religiosa el sacerdocio doméstico (*vid.* Giuseppe Fornari, *La festa delle nozze nell'antica Roma*, Napoli, 1892, pp. 24-25). Por lo cual, en la Roma más antigua todos los matrimonios eran *cum manu*, esto es, tras el matrimonio la mujer entraba a formar parte de la familia agnaticia del marido, pasando, por estar *in manu* de él, a tener la condición de *alini iuris* respecto de éste, de su suegro o de su abuelo, si el marido también era *alieni iuris*. En el caso de que la mujer, antes del matrimonio, fuera *alieni iuris*, salía de la *potestas* paterna para estar bajo la *manus* del marido; mientras que si era *alieni iuris*, perdía con motivo de la *conventio in manum* todos sus derechos, en los que subentraba su marido como si se tratara de una sucesión universal *inter vivos*, análoga a la sucesión hereditaria. El matrimonio acompañado de la *conventio in manum*, perfectamente en consonancia con la antigua familia patriarcal, fue progresivamente presentando graves problemas que surgieron como consecuencia de la ruptura de ésta: parecía exagerado obligar en todo caso a la mujer a entrar en la familia agnaticia del marido. De este modo, se

era un deber ético del ciudadano, siendo no tanto la ley, cuanto la vigilancia de los censores la que iba contra los célibes<sup>4</sup>.

Únicamente las segundas nupcias de la mujer estaban mal vistas, y sobre todo, existen testimonios a través de las inscripciones funerarias, donde se resaltan cualidades de la esposa amada como honesta o *univira*, mientras que la cualidad de la que llegó virgen y casta al matrimonio, no se destaca. En relación con el viudo, éste podía contraer nuevas nupcias sin estar mal vistas ni criticadas<sup>5</sup>.

extendió el matrimonio *sine manu*, que seguía siendo un matrimonio *iustum*, pero sin *conventio in manum mariti*. En este matrimonio, el marido no adquiría ningún poder sobre su mujer, que si era *alini iuris* seguía bajo la potestad paterna y mantenía todos los derechos inherentes a su familia de origen; mientras que si era *sui iuris* conservaba su autonomía personal y patrimonial (*vid.* Cesare Sanfilippo, *Istituzioni di Diritto romano*, Messina, 1996, 9ª edición, pp. 177 y ss.). Por otro lado, entiende Jean Gaudemet que para la conclusión del matrimonio en la época preclásica únicamente intervenía la voluntad del *paterfamilias*, por regla general, sin que se soliera consultar el parecer de la mujer. Hasta la época clásica no pasará a ser un derecho la costumbre de consultarla (probablemente por la tendencia que se produjo hacia el individualismo y la emancipación de los miembros de la familia). Anteriormente, se dejaba a la arbitrariedad del *pater* la decisión (y no se solía consultar a la mujer), probablemente porque la regulación del matrimonio se dejaba a las costumbres domésticas que se centran en la familia patriarcal (*vid.* “La conclusion des fiançailles à Rome à l’époque pré-classique”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité (RIDA)*, Año 1º, tomo 1, 1948, pp. 93 y ss.).

<sup>4</sup> *Vid.* Alberto Del Vecchio, *Le seconde nozze del coniuge superstite*, Firenze, 1885, p. 11.

<sup>5</sup> En el matrimonio *cum manu*, si premoría el marido, la mujer al encontrarse respecto de éste en la posición de una hija, heredaba como *sua heredes* junto con los hijos en una cuota viril, permaneciendo la dote en el patrimonio familiar. Si no tenía otros hijos, heredaba toda la herencia. Si premoría la mujer, la dote o los bienes aportados por la mujer, al haber entrado en el patrimonio familiar, siguen en él. Así es la situación desde el Derecho primitivo y que persiste en las Doce Tablas. Al aumentar el número de matrimonios libres, o *sine manu*, en los cuales la mujer conserva una independencia jurídica importante respecto a su marido, tanto en sus relaciones personales como patrimoniales, al debilitarse las costumbres y aumentar la corrupción, al finalizar la República y comenzar el Imperio. Aparecerán posteriormente la necesidad de *cautiones* que aseguraran a la mujer, que concurría con extraños (y no con sus hijos) la devolución de la dote en caso de premoriencia del marido, si éste no había recogido en su testamento la devolución o entrega de alguna cuota, llegándose finalmente a devolver la dote, para asegurar la posición de la viuda. Si habían convenido entre el marido y el que se la entregó la devolución de la dote, ésta se devolvía en base a la *actio ex stipulatu*. La *actio rei uxoriae*, que se ejercía al disolverse el matrimonio por divorcio o por muerte del marido, era independiente de cualquier convención hecha para su restitución. Se trata de una acción intransmisible a los herederos, da lugar a retenciones por parte del marido o sus herederos, se encuadra en las acciones que nacen *quasi ex contractu*, y es una acción *bonae fidei*, es una acción de derecho de familia que produce efectos patrimoniales (y no es dada sus particularidades realmente patrimonial). Por lo cual, si no había ninguna estipulación, la mujer podía con la *actio rei uxoriae* recobrar la dote, pero era habitual que el marido le dejara algo en el testamento a la mujer, pudiendo ésta recobrarlo con la *actio ex testamento*, sin embargo, que la mujer pudiera mediante las dos acciones solicitar, si no había ninguna cláusula en el testamento que no expresara su intención de que a la mujer aparte de restituírle la dote debiera recibir lo que le dejaba de su herencia, de ahí que el pretor en el *edictum de alterutro* prohibió que la mujer pudiera ejercitar de manera conjunta la *actio rei uxoriae*, para recobrar la dote, y la *actio ex testamento* para obtener lo que el marido, sin una expresa cláusula que le entregara una liberalidad en especial, lo que le dejó; pero únicamente podía ejercitar una de éstas. En el caso de que existiera una convención sobre la restitución

Sin embargo, tras la segunda guerra púnica y en los comienzos del siglo II, las buenas costumbres romanas de antaño se empezaron a debilitar, así como las virtudes domésticas comenzaron a decaer. Los romanos pasaron de la simplicidad al exceso; la depravación de la voluntad, la sensualidad sin pudor y la lujuria del mal triunfan en todas las capas sociales, acabando con la virtud privada y la moral pública: a los ciudadanos ya no les agradan tanto las uniones legítimas; el celibato tiene mucha consideración, al permitir que cada uno viva según desea. El matrimonio disminuye y aumentan las separaciones matrimoniales<sup>6</sup>. Ya Julio César intentó aumentar las uniones legítimas dando premios a los que dieran a la patria descendientes; pero al fallecer éste sus indicaciones no habían cumplido su objetivo que era aumentar la población, muy disminuida por las guerras civiles. Será con el emperador Augusto cuando se produzca un importante cambio desde el punto de vista legislativo, si se comparara con la etapa precedente de “desinterés” normativo.

En este momento es aconsejable para la nación, dadas las bajas que suponen las guerras en las que está luchando el pueblo romano, que la población aumente, de ahí que a partir de este momento las segundas nupcias pasarán a ser una de las prioridades legislativas en el régimen augusteo. Este emperador dictará una serie de leyes y disposiciones con la finalidad de remodelar la moral de los romanos, así pretendió frenar el celibato, realzar la dignidad del matrimonio, así como animar a los ciudadanos a aumentar la natalidad y llenar el imperio de descendencia legítima.

La exaltación de las nupcias es de tal grado que promulgó su Ley *Iulia de adulteriis coercendis et de pudicitia* (año 737 de Roma = 18 a.C.), más tarde enmendada y aprobada por los comicios (año 757 de Roma = 4 d.C.), disponiendo que tendría vigor al pasar un trienio. Esta ley se conocería con el título de su primer capítulo, Ley *Iulia de maritandis ordinibus*<sup>7</sup>. Con esta ley las nupcias, primeras o sucesivas, pasarían de ser un deber ético a un deber jurídico, en la medida en que se impone a las mujeres y a los hombres el contraer segundas nupcias, para no sufrir las penas establecidas en la ley, siempre que no hubieran llegado a una determinada

de la dote, subsistía para ella una *cautio*, porque se consideraba que el marido expresamente quiso entregar una liberalidad a su mujer, por lo cual no se aplicaba el edicto. La mujer podía recobrar la dote así como lo que le dejó en el testamento. Subsistirá hasta Justiniano que derogó la *actio rei uxoriae* y sustituyó la rigurosa *actio ex stipulatu* por la demanda de la dote, privó a este edicto de eficacia (C. 5.13 § 3; vid. Emilio Costa, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel Diritto romano classico*, Bologna, 1889, pp. 18 y ss.). Sobre la dote en Roma, vid. por todos, Mario Lauria, *La dote romana*, Napoli, 1938.

<sup>6</sup> Vid. Alberto Del Vecchio, *Le seconde...*, pág. 17. En cuanto al matrimonio y divorcio en Roma, vid. también, Carlo Castello, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano, 1940, y Aldo Colaiacomo y Teresa Pescatore, *Matrimonio e divorzio nell'Antica Roma*, Roma, 1981.

<sup>7</sup> Por algunos capítulos de la Ley relativos a la cuota de los cónyuges en sus respectivas sucesiones, también se la llamó *leges decimariae*, dado que el cálculo para fijar la cuota disponible entre los cónyuges se hacía en décimas.

edad en la que se eximía pasar a nuevas nupcias. Aquí se establece una distinción entre el hombre y la mujer. El viudo debería casarse inmediatamente, mientras que para la mujer<sup>8</sup> se establece, en la Ley *Iulia*, un plazo para ello, *vacatio*, dentro del año, en el caso de premoriencia del marido, y de seis meses, en el caso de disolución del matrimonio por divorcio.

Estos plazos se vieron ampliados más tarde, con la Ley *Papia Poppea*, presentada en el año 762 de Roma = 9 d.C., por los cónsules M. Papius Mulitus y Q. Poppaeus Secundus, pasando a ser de dos años y de 18 meses respectivamente. El hombre no tenía un plazo concreto, sin embargo, se estableció un periodo de cien días para casarse de nuevo, desde la apertura del testamento o desde el cumplimiento de la condición establecida en la liberalidad. Si el viudo o divorciado se casaba dentro de este tiempo, readquiría su capacidad para adquirir los bienes dejados en testamento; totalmente, si tenía hijos de una anterior unión, en la mitad, si no los tenía. En el caso de que pasasen los cien días sin haberse casado de nuevo, la disposición testamentaria pasaría a ser caduca, y otros se verían beneficiados de ella. En el caso de no cumplir este plazo y desatender las leyes, los ciudadanos incurrían en las penas del celibato. En esta ley posterior se modifican algunas disposiciones de la anterior, suavizando la severidad de algunos preceptos, así como aumentaba los premios. Estas dos leyes fueron unidas y los juriconsultos las conocían como una única, la Ley *Iulia et Papia*, se mantuvieron en vigor mucho tiempo, y fueron muy importantes en el derecho matrimonial romano.

Estas medidas estaban encaminadas a conseguir un aumento de la natalidad. Para ello se incitó, llegando incluso a obligar contraer matrimonio, en el caso de ser solteros, mientras que, en el caso de los viudos, se obligaba a que pasaran a ulteriores nupcias. Esta nueva legislación pretendía que los ciudadanos romanos contrajeran matrimonio, sancionando pecuniariamente a quien no lo hiciera, pasando a ser éstos incapaces de un modo más o menos absoluto de ser herederos o legatarios, de disfrutar de las disposiciones hereditarias hechas en su favor. De este modo, los bienes que ellos no podían percibir pasaban a ser *caduca*, y se entregan a modo de recompensa a las personas instituidas en el testamento que tuvieran descendencia legítima, y en caso de no existir personas con ésta, irían al fisco. A los ciudadanos romanos se les dividió en tres clases según recibieran alguna liberalidad testamentaria: *caeli-*

---

<sup>8</sup> Con la intención de aumentar los matrimonios, Augusto también legisló en relación con la dote. La dote facilitaba que una mujer contrajera matrimonio, por lo cual, era necesario que la viuda tuviera su dote, porque si le faltaba (*illocata*), era casi probable que no se casara nuevamente, y siguiera en el celibato. Este emperador dispuso varias normas con la finalidad de conservar o restituir la dote a la mujer tanto en el caso de divorcio como si fallecía su marido. En la Ley *Iulia de adulteriis* redactó varias medidas para impedir que la dote desapareciera bajo la custodia del marido, por eso, prohibió la enajenación del fundo dotal; así como declaró privilegiada de entre todas las acciones personales, la *actio rei uxoriae*, que tenía la mujer para rescatar su dote, otorgándole la preferencia a la mujer sobre todos los acreedores no hipotecarios del marido (*vid.* Alberto Del Vecchio, *Le seconde...*, pp. 26-27).

*bes, orbi* y *patres*. Los *caelibes* eran los hombres que nunca se habían casado, los viudos y los divorciados que no contrajeron más matrimonios, a los cuales se les declara incapaces de recibir cualquier liberalidad *mortis causa* que se les hubiera dejado. Los *orbi*, por su parte, son los que actualmente están unidos en matrimonio, pero no tienen hijos, éstos perderían la mitad de lo que se les hubiera dejado. Y, por último, los *patres*, los que están casados y con al menos un hijo, vivo o concebido, cuando se les llama para recoger una liberalidad testamentaria, éstos como han cumplido como buenos ciudadanos con la nación, aparte de percibir la totalidad de lo que se les hubiera dispuesto testamentariamente, también se verían beneficiados para conseguir las partes o cuotas de herencias y legados privadas a los *orbi* y a los *caelibes*, instituidos en ese mismo instrumento. En cuanto a la posición jurídica de las mujeres en estas leyes, también se les aplican las mismas normas, únicamente que éstas para disfrutar de las ventajas de los *patres*, tendrán que haber dado a luz tres veces, en el caso de ser ingenuas (mujer nacida libre), y cuatro si son libertas (mujer nacida esclava y posteriormente liberada de la esclavitud). En definitiva, se beneficia y premia a los casados que tienen hijos legítimos, se castiga a los casados sin hijos, y más severamente a los que no están casados o no lo han vuelto a estar<sup>9</sup>. La finalidad de estas leyes es que los romanos (hombres entre 25 y 60 años y mujeres entre 20 y 50) se casen y tengan un número mínimo de hijos, tres o cuatro, dependiendo de si la mujer es ingenua o liberta. Existe una situación intermedia entre los *caelibes* y los *orbi*, con perjuicios económicos, y los *patres*, privilegiados, se trata de los *solidi capaces*, los cuales aún no son penados por la ley, pero tampoco gozan de sus ventajas. En esta categoría se incluían las personas por su edad, jóvenes o mayores, a los cuales se les eximía contraer matrimonio. De este modo, los impúberes, que tenían prohibido el matrimonio, no podían ser sancionados por esta ley. La edad mínima considerada por la Ley para tener hijos era 25 años para los hombres y 20 para las mujeres y la máxima era de 60 y de 50, respectivamente. Así como tampoco era posible sancionar como *orbi* a las personas que eran ya mayores para tener descendencia<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Además de estos privilegios sucesorios, los casados que tienen hijos tienen otros beneficios, por ejemplo, son preferidos en los actos públicos; tienen asientos especiales en el teatro; a veces se les dispensa de algunos deberes públicos, como por ejemplo la tutela, y tienen beneficios hereditarios, sea en la sucesión de su otro esposo, sea en la sucesión de los libertos con su patrón (*vid.* Alberto Del Vecchio, *Idem*, p. 22).

<sup>10</sup> Más tarde, un senadoconsulto emanado bajo el mandato de Tiberio, llamado S.C. Persiciano, no incluyó a los sexagenarios o las mujeres mayores de 50, que llegaran a esta edad sin haberse casado, dentro de la categoría de los *solidi capaces*, sino que estarían regulados por las normas comunes. El S.C. Claudiano, emanado bajo Claudio, distinguió entre el hombre y la mujer, estableciendo que si un hombre sexagenario se casaba con una mujer menor de 50 años, se le consideraría para dispensarle de las penas de los *orbi*, y que si una mujer mayor de 50 se casaba con un hombre que aún no era sexagenario, no se le debería considerar fuera de las penas del celibato (*vid.* Alberto Del Vecchio, *Idem*, p. 24).

Si no realizaban lo prescrito en las leyes, se verían sometidos a una serie de penas, en el plano sucesorio, aparte de sufrir la injuria<sup>11</sup>. Sin embargo, a pesar de la rigidez de este sistema, se otorgaba potestad al Senado o al Príncipe para conceder a modo de privilegio el *ius trium vel quattuor liberorum*, esto es el derecho de pretender la presencia de tres o cuatro hijos, también a los que no estuvieran en regla con la Ley *Iulia et Papia*<sup>12</sup>.

Las segundas nupcias también se vieron favorecidas con una nueva regulación de las disposiciones testamentarias entre cónyuges. De este modo, en el caso de que el matrimonio tuviera tres hijos comunes, los cónyuges podían transmitirse todos sus bienes. La Ley *Papia*, también conocida como *Decimarum*, por las cuotas, en previsión de que esos viudos o viudas que tenían tres o cuatro hijos comunes no contrajeran más nupcias, estableció otros beneficios a la fecundidad, completando las leyes caducarias con las leyes decimarias. El matrimonio entre los cónyuges de por sí daba a los cónyuges el derecho de instituirse herederos en un décimo del total de sus bienes. En el caso de que el cónyuge donatario tuviera hijos de un anterior matrimonio, su capacidad aumentaba en tantas décimas según el número de hijos que tuviera<sup>13</sup>.

En conclusión<sup>14</sup>, estas leyes que propiciaban los matrimonios y el aumento de la población, sin considerar ninguna dispensa física, moral ni familiar, para su crítica debe ser diferenciado su lado político, del lado moral. En relación con el aspecto político, se ha dicho que se trata de una obra de arte, al ser tan difícil espantar los peligros que azotaban la sociedad romana, ésta fue sagaz e ingeniosa. Por lo que res-

---

<sup>11</sup> Destacamos sobre esta materia a modo de ejemplo, Riccardo Astolfi, *Lex Iulia et Papia*, Padova, 1970. Los matrimonios contraídos en contra de lo dispuesto por estas leyes eran *iniusta*, y al disolverse éstos la dote pasaba a ser *caduca*, eran nulas las disposiciones relativas a su restitución y las disposiciones testamentarias entre cónyuges (vid. Emilio Costa, *La condizione...*, p. 81).

<sup>12</sup> Vid. Antonio Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, p. 594.

<sup>13</sup> Otras disposiciones sobre esta materia, aparecerían en una Ley *Iulia Miscella*, o en un capítulo de la Ley *Iulia*, como entiende Del Vecchio que sería más probable. Para él, el cónyuge que recibió del otro un legado bajo condición de no volver a casarse, podía volver a hacerlo y conservar el legado, si juraba durante el año de luto que contraía una nueva unión con la finalidad de tener descendencia; considerando la condición de no volver a casarse como no escrita. El interés público prevalecía sobre la voluntad del difunto (vid. *Le seconde...*, p. 28).

<sup>14</sup> Con anterioridad a estas leyes, la voluntad de los cónyuges era la que regulaba sus relaciones patrimoniales: el marido si premoria podía dejar a la mujer aparte de la dote, una porción cualquiera de su patrimonio; la mujer, por el contrario, si la dote no se constituía con el pacto de devolución al disolverse el matrimonio, o si moría el ascendiente que la constituyó, podía designar heredero a su marido, dejándole la dote. Tras estas leyes, la sucesión entre cónyuges en ausencia de hijos o si no tienen el número necesario, no podrán exonerarse de las penas de la *orbitas* y tendrán unas reglas fijas. La cuota que puede corresponderle al supérstite, si en la unión disuelta o también en sus anteriores, no tuvo hijos, es un décimo. Pero el cónyuge premuerto puede dejarle un tercio de sus bienes en usufructo, cambiándose ese usufructo en propiedad si éste tiene hijos en un sucesivo matrimonio. Si tiene hijos el cónyuge supérstite de un matrimonio anterior, podrá recibir de la herencia del cónyuge premuerto

pecta al aspecto moral, no se pueden bendecir estas leyes<sup>15</sup>. A pesar de ser honestas en su finalidad eran inmorales en sus medios. Se premiaba pecuniariamente a quien se casaba y volvía a casar, y se castigaba también pecuniariamente a quien no lo hacía. La institución del matrimonio debe ser desinteresada y no debe moverse por sanciones económicas establecidas por el legislador para quien no se case en un plazo establecido, privándole de herencias si no tiene hijos, o si era soltero, cuando el testador entendió beneficiarle sin considerar si tenía descendencia, ni si estaba casado. Sin embargo, para Del Vecchio, la legislación de Augusto, aparte de ser impopular, no tiene toda la culpa de la corrupción y del debilitamiento de las costumbres, así como a la antigua institución de la familia, sino las costumbres corruptas y el debilitamiento en el ánimo que hicieron posible las leyes inmorales, como éstas de Augusto. En su opinión, al desaparecer las antiguas virtudes, cuando las patricias competían con las plebeyas en el arte de la corrupción, cuando se desprestigió tanto la continencia de la viudedad como la religión de las primeras nupcias, ese sería el momento en el que comenzaría a debilitarse la concepción de la familia, y Augusto fuera más allá en sus prescripciones, pero posteriormente los emperadores cristianos declararían unos principios totalmente contrarios<sup>16</sup>. Posteriormente, en la época del emperador Tiberio se intentó reformar esta legislación, para hacerla menos rigurosa, pero no se sabe a ciencia cierta el contenido del proyecto, al no lle-

un décimo por cada hijo (teniendo nueve, podrá recibir la herencia completa). Se añade el derecho a un décimo por cada hijo común, muerto después del noveno día. Si la mujer es ingenua y tiene tres hijos, o es liberta y tiene cuatro, tendrá el *ius liberorum*, y sobreviviendo ésta al marido, tendrá la *solidi capacitas*, o sea, adquiere todo lo que le deja el marido. Era suficiente para la *solidi capacitas* el haber tenido un hijo común o haber tenido uno, muerto no antes de los catorce años, si era varón, o doce si era mujer, o haber tenido dos, muertos no antes de haber llegado al tercer año. Si había un hijo común, tenía lugar la *solidi capacitas* cualquiera que fuera su edad, aunque hubiera nacido *monsturosus*, cesaba si era hecho prisionero, y volvía a tener lugar, si el hijo preso por los enemigos, volvía por el *ius postliminii*. Duraba un año la *solidi capacitas* después de la muerte del hijo común impúber, y esa *capacitas* la tenía la mujer aunque diera a luz dentro de los diez meses de la muerte del marido. La *solidi capacitas* entre los cónyuges aparte del número de hijos nacidos dentro del matrimonio se determina por la edad de aquéllos. Antes y después de los plazos fijados para tener hijos, no hay ninguna de las penas de la *orbitas*. El hombre de los 25 a los 60 y la mujer de los 20 a los 50, si uno de los cónyuges muere antes de haber alcanzado esta edad, el otro, aunque no se encuentre en la misma condición de edad, tiene la *solidi capacitas* con respecto al patrimonio del premuerto. La ausencia mientras dura y un año después de que cesa, da lugar a la *libera testamentifacio* entre los cónyuges, el cónyuge orbo supérstite es exonerado de las penas de la *orbitas*, y el premuerto pudo disponer en su favor (vid. Emilio Costa, *La condizione...*, pp. 73 y ss.).

<sup>15</sup> Así lo dispone Del Vecchio, para el que la sociedad seguía con sus prácticas vergonzosas: los maridos querían que sus mujeres no parasen de tener hijos para conseguir más beneficios; se multiplicaron los matrimonios en los que no primaba el amor y el afecto sino la finalidad de lucrarse; se sanciona el adulterio, pero no la prostitución. Finalmente, recoge una frase de Plutarco que define esta época, los romanos ya no se casan para tener herederos, sino para tener herencias (vid. *Le seconde...*, p. 29).

<sup>16</sup> Vid. Alberto Del Vecchio, *Le seconde...*, p. 31.

garnos noticias de él sino a través de los autores. Será una ley del Emperador Antonino Caracalla en la que se dispuso que el fisco tuviera la facultad de hacerse directa e inmediatamente de los *caduca*, de este modo se suprimían los beneficios de los *patres*, a pesar de conservarse las penas de los *orbi* y de los *caelibes*, pasando todos los *caduca* al fisco. El revuelo sería inmenso entre la población, que posteriormente, seguramente con Alejandro Severo, sucesor de Caracalla, canceló ese privilegio, volviendo a otorgar el que tenían los *patres*.

No obstante, toda ley se dicta para un momento histórico de necesidad, y de este modo las leyes de Augusto se dictaron con la intención de aumentar la natalidad ante las bajas que sufría el ejército romano en las guerras. El objetivo se iba cumpliendo paulatinamente y la población fue aumentando. Por lo cual, los privilegios de unos, las penas de otros, se deberán atenuar al haberse producido el propósito de las mismas. Del mismo modo, las segundas nupcias que pasaron a ser obligatorias con la legislación de Augusto, a continuación con las ideas que el Cristianismo introdujo en los emperadores a partir de Constantino, pasarán a ser consideradas y entendidas de otra manera. Ya no se impondrán, ni serán obligatorias para el viudo o el divorciado, dado que en el pensamiento religioso, la fidelidad al esposo fallecido va más allá de su muerte, su afecto no muere al dejar éste de vivir en la Tierra, el vínculo matrimonial sobrevive a la muerte. Estos ideales se van impregnando poco a poco en la sociedad romana, que sigue recordando las antiguas costumbres y tradiciones de la época antigua, a pesar de la corrupción, van extendiéndose estas ideas entre la gente. En la religión cristiana no se promueven las nuevas nupcias, sino que el estado perfecto será el celibato. Esta religión que se irá introduciendo y asentándose en el imperio, finalmente cambiará los cimientos religiosos y éticos de la sociedad romana, sobre todo desde que el cristianismo pasó a ser la religión oficial del imperio. Posteriormente, en el año 320, Constantino<sup>17</sup> deroga las penas económicas establecidas por Augusto contra los *caelibes* y los *orbi*, para que la capacidad para recibir testamentariamente sea la misma en todas las personas; posiblemente sigan los premios a los *patres*, dado que Constantino quería favorecer también los matrimonios legítimos, así como su descendencia<sup>18</sup>.

## **2.2. La modificación del sistema matrimonial en la época de los emperadores cristianos: las *poenae secundarum nuptiarum***

Con los emperadores cristianos, a partir de Constantino, la situación será distinta. Ya no es necesario aumentar la población, y se produce un influjo del pensamiento cristiano por parte de los padres de la Iglesia, sobre todo, en lo referente a la crítica de las nuevas nupcias, por entender que el matrimonio es un vínculo que no se

---

<sup>17</sup> CTH. 8.16.1 = CI. 8.57.1.

<sup>18</sup> Así lo considera Alberto Del Vecchio, *Le seconde...*, p. 42.

rompe por la muerte de uno de los cónyuges, debiendo guardar la memoria del difunto y no ultrajar el tálamo. En esta época se volverá a una situación de desaconsejar y desincentivar las segundas y ulteriores uniones<sup>19</sup>.

Para ellos, los emperadores cristianos, el estado perfecto era el celibato. Incluso los primeros padres de la Iglesia llegaron a considerar inmorales las nuevas nupcias, calificándolas de *honesta fornicatio* o *speciosum adulterium*<sup>20</sup>.

Es a partir de este momento cuando se empieza a ver y a valorar el peligro que corren los intereses de los hijos del primer matrimonio en el caso de pasar sus padres a nuevas nupcias. Hasta ese momento, la regulación relativa a las segundas nupcias, iba más bien encaminada a penalizar a la persona que las contrajera, sin establecer medidas protectoras de los intereses de la prole<sup>21</sup>. Las leyes eran débiles en relación con los intereses de los hijos, seguramente porque con frecuencia en las disposiciones testamentarias se miraría por ellos<sup>22</sup>. Es por esto que será a partir del siglo IV d.C. cuando el aspecto principal de la regulación se centre en la salvaguarda de los intereses de los hijos y descendientes del matrimonio.

La evolución en Oriente y en Occidente de la regulación de las segundas nupcias se hará de una manera autónoma a partir de Teodosio II, aunque hay una fuente común de inspiración en ambas zonas, por existir, por una parte, una reacción idéntica ante peligros parecidos y, por otra, una desconfianza con respecto a las segundas nupcias, como origen de los problemas concernientes al destino que corren los bienes<sup>23</sup>. La regulación en Occidente será más simple y más fiel a las normas ya existentes<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Para Pietro Bonfante el cambio se produjo del siguiente modo: “Le cose mutarono sotto l’influenza cristiana. Ora il cittadino cede all’uomo, il patriotismo alla fede; matura un progresso ideale, a frutti lontani per l’umanità, ma la ruina imminente si apparecchia per l’antica patria romana, cioè per l’antica civiltà, sottratte ad una ad una le più salde leve morali” (*Corso di Diritto Romano della Famiglia*, Pavia, 1908, p. 201).

<sup>20</sup> Vid. Pietro Bonfante, *Ididem*, p. 202. Para este autor, no hay que confundir que esta religiosidad y sentimiento cristiano hayan sido la fuente de este nuevo régimen de las segundas nupcias, sino más bien tiene un origen oriental. No se trata tanto de penar las segundas nupcias, como de proteger los intereses de los hijos del anterior matrimonio. Para resolver porqué se producen estas reformas en este momento, y no en uno anterior, a pesar del favor a los matrimonios que entonces había, hay que considerar la causa social e interna de este nuevo movimiento. En concreto, en este momento se había producido una creciente paridad jurídica entre ambos sexos y también por la introducción de los lucros nupciales, que servían para asegurar tras el fallecimiento de un cónyuge la dote o la donación nupcial del otro (vid. *Idem*, pp. 202-203).

<sup>21</sup> Así, CTH. 3.8.2 = CI. 5.9.1

<sup>22</sup> Vid. Jean Gaudemet, *Il matrimonio in Occidente*, Torino, 1989, p. 31.

<sup>23</sup> Vid. Michel Humbert, *Le remariage à Rome*, Milano, 1972, p. 417. Vid. Igualmente, la recensión que realiza Gaudemet a esta obra, “Humbert M., Le remariage à Rome. Etude d’histoire juridique et sociale”, *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (IURA)*, 23, 1972, pp. 253-257.

<sup>24</sup> Así lo considera, Pasquale Voci, “Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano”, *Studiae et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, LI, 1985, p. 45.

Las llamadas *poenae secundarum nuptiarum*<sup>25</sup>, título que reagrupa las distintas leyes promulgadas por los sucesivos emperadores sobre la materia de las nuevas nupcias son, más bien, pérdidas económicas de unos, en este caso del esposo superviviente, en favor de otras personas, los hijos del primer matrimonio, en el caso de existir, dado que si no había ninguno serán los parientes del difunto los beneficiarios de estas medidas. No se trataría tanto de sancionar las sucesivas nupcias, sino más bien de desincentivarlas, o de limitar su número, incluyendo en las normas civiles el ideal religioso cristiano que aconsejaba no contraer nuevas nupcias por el bien de los hijos<sup>26</sup>, a diferencia de lo legislado por Augusto que las imponía y obligaba. Los calificativos peyorativos a los nuevos matrimonios, así como a las bínubas, son variados y de diversa índole en sucesivas leyes; desde “matre iam secundis nuptiis funestata”<sup>27</sup>, “Lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra feminas inmoderatas atque intemperantes prospexit minoribus, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt”<sup>28</sup>. Por último, el emperador Justiniano en la Novela 2, capítulo 1, señala que con las nuevas nupcias la madre injuria a todos los hijos por igual<sup>29</sup>. Del mismo modo, en la misma novela, pero en su capítulo 3 distinguió la viuda que no se vuelve a casar, a la que alaba y admira, de la bínuba que contrae nuevas nupcias, porque no tiene fuerzas y no puede resistir contra la fogsidad de la naturaleza, a la que es mejor no sancionar si se casa honestamente<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Ejemplos en las disposiciones no faltan, así la Nov. 2, cap. 2 § 1: “quia vero contra binubos poenae communes et viri sunt et mulieris” (“Mas como las penas contra los bínubos son comunes así para el marido, como para la mujer”), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tercera Parte, *Novelas*, Barcelona, 1898, p. 15.

<sup>26</sup> Como ejemplo la Novela 22, cap. 20 § 1 de Justiniano (año 536), que señala: “Solutum igitur matrimonio secundum predictas omnes disiunctiones felix quidem et beatum est utriusque contrahentium perdurare in priore coniugio, et non procreatam sobolem sequentibus matrimoniis forsitan contristare” (“Disuelto, pues, el matrimonio conforme a cualquiera de las susodichas separaciones, es ciertamente feliz y dichoso para ambos contrayentes permanecer en el primer matrimonio, y no contristar acaso con los siguientes matrimonios a la prole procreada”), Ildefonso García del Corral, *Ibidem*, p. 116.

<sup>27</sup> “Después de contaminada la madre en segundas nupcias”, del CI. 5.9.3 § 1.

<sup>28</sup> “Porque la ley protegió a los menores no solamente contra los tutores, sino también contra las mujeres inmoderadas e intemperantes, que la mayor parte de las veces entregan a sus nuevos maridos no solamente los bienes, sino también la vida de los hijos”, CI. 5.37.22 § 5 (del emperador Constantino, año 326), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Segunda Parte, *Código*, Tomo I, Barcelona, 1892, p. 655.

<sup>29</sup> “...quoniam omnibus simul secundis nuptiis fecit iniuriam” (“...porque a todos juntamente los injurió con las segundas nupcias”), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo... Novelas...*, p. 15.

<sup>30</sup> Nov. 2, cap. 3 (año 535): “Optimum itaque est, atque laudabile, et dignum oratione, ut mulieres ita se honeste tractent, quatenus quae semel ad virum venerunt, servent inviolatum morientium torum, et huiusmodi mulierem et miramur pariter, et laudamus, et non procul a virginitate ponimus. Sin autem non valuerit (quum forsitan et iuventus hoc non patiat) nec possit contra fervorem naturae resistere, non est torquenda propter hoc, nec interdiciendae sunt ei communes leges, sed ad viri alterius veniat nuptias honeste, et omni luxuria abstineat, et fruatur successione filiorum. Sic enim eos adhuc amplius

En estas normas se critica la incontinencia de la mujer viuda, por ofender la memoria de su difunto fallecido, y dejar de ser casta, animándola a permanecer viuda el resto de su vida, pero en ninguna de éstas señala nada parecido para el caso del viudo que contrae nuevas nupcias, no se le critica que ofenda la memoria de su difunta esposa, ni se le prohíbe por este motivo casarse de nuevo, sino que las penas<sup>31</sup> que se le apliquen serán por defender el interés de los hijos de la primera unión, más que por ofender a la difunta o por dejar de ser casto<sup>32</sup>. De esta manera, se le aconsejará en alguna norma lo dispuesto para la bínuba, con la finalidad de beneficiar a la descendencia común, como sucede en la *Ley Feminae*.

Si el progenitor, viudo o viuda, no contraía nuevas nupcias, no se aplicarían las normas reguladoras de las segundas nupcias, y éstos podían disponer, enajenar, obligar, hipotecar o dar en prenda, los bienes adquiridos por cualquier modo de su consorte fallecido, dado que eran dueños de éstos. Los hijos sobrevivientes al cónyuge bínubo podrán reivindicar los bienes existentes y no enajenados, hipotecados, obligados o consumidos, aunque no acepten la herencia de sus padres. Así lo disponen diversas leyes, como la CI. 5.9.5 § 2<sup>33</sup>; de igual modo, CI. 5.9.6 § 3<sup>34</sup>, reiterado por la CI. 5.9.8 § 1<sup>35</sup>.

diliget, et non quasi quosdam odibiles respiciet, poenis subdita sic amaris” (“Y así, es lo mejor y laudable, y digno de encomio, que las mujeres se conduzcan honestamente, de tal suerte, que las que una vez se unieron a un marido conserven inviolado el lecho del que murió, y a tales mujeres al mismo tiempo admiramos, y las alabamos, y las colocamos a no grande distancia de las vírgenes. Mas si no tuviere fuerzas, (porque a veces tampoco lo consiente su juventud), y no pudiera resistir contra la fogsidad de la naturaleza, no ha de ser atormentada por esto, ni se le ha de privar de las leyes comunes, sino pase a contraer honestamente nupcias con otro marido, y absténgase de toda injuria, y disfrute de la sucesión de los hijos. Porque así los amará todavía más, y no los mirará en cierto modo como odiosos, estando de tal manera sujeta a penas amargas”), texto latino y traducido por Ildelfonso García del Corral, *Idem*, pp. 16-17.

<sup>31</sup> En la Novela 2, cap. 2 § 1 de Justiniano, se señala que las penas contra los bínubos son comunes tanto para el marido como para la mujer (“quia vero contra binubos poenae communes et viri sunt et mulieris”).

<sup>32</sup> Esto fue seguramente así dado que existía un mayor peligro en la influencia de los padrastros que en las madrastras, sobre todo desde un punto de vista patrimonial, porque en términos generales, al contraer nuevas nupcias una mujer sus bienes pasaban a ser administrados por su nuevo esposo, salvo algunas cautelas legales y algunas restricciones, por lo cual podía beneficiar con éstos a su propia descendencia en detrimento de los hijos de las primeras nupcias de su esposa; mientras que si el viudo contraía nuevas nupcias, sus bienes serían gestionados por él mismo, por lo cual, la posible influencia de la madrastra sería menor, en este aspecto relativo a los intereses de los hijos de las primeras nupcias (*vid.* Alberto Del Vecchio, *Le seconde...*, pág. 40).

<sup>33</sup> CI. 5.9.5 § 2 (año 439): “Illud etiam humanis sensibus huic legi credidimus inserendum, ut eo quoque casu, quo lucratur vel mulier res, quae ad eam a marito perveniunt, vel maritus eas, quae ex bonis mulieris ad eum transeunt, hoc est ubi primum matrimonium alterius morte dissolvitur, nec superstes ad secundas nuptias venit, si res vel maritus vel uxor, hoc est qui superstes est, non conumserit vel alienaverit (quod eis ad secundas nuptias non venientibus, quasi rerum dominis, concessum esse non

Los viudos, por el hecho de pasar a segundas nupcias, en la mayoría de los casos, a excepción, por ejemplo, de la regulación del emperador Justiniano del año 539, que como se verá más tarde, aún en el caso de no contraer el viudo una nueva unión matrimonial, perdía la propiedad en favor de los hijos<sup>36</sup>, dejarán de ser plenos propietarios de los bienes recibidos del cónyuge premuerto, o de otros hijos del anterior matrimonio, para conservar un usufructo o un disfrute vitalicio de éstos, o una propiedad limitada, como se verá sucesivamente, dadas las distintas corrientes y opiniones doctrinales existentes al respecto; por su parte, los hijos del primer matrimonio se verán beneficiados de la nuda propiedad de los mencionados bienes.

En algunos casos estas penas van en contra únicamente de la mujer bínuba, por ser ella la que pierde el derecho de tutela debiéndose nombrar otro tutor (si pasa a segundas nupcias sin pedir antes tutor o sin rendir cuentas)<sup>37</sup>, así como el poder ejer-

dubium est), liberis liceat res a patre profectas ut paternas, a matre ut maternas accipere” (“También hemos creído que debíamos insertar en esta ley, para conocimiento de los hombres, que también en cualquier caso en que o la mujer se lucra con bienes que de su marido van a poder de ella, o el marido con los que pasan a su poder de los bienes de la mujer, esto es, cuando el primer matrimonio se disuelve por muerte de uno u otro, y el sobreviviente no pasa a segundas nupcias, si el marido o la mujer, esto es, el que sobrevive, no hubiere consumido o enajenado los bienes (lo que no yendo ellos a segundas nupcias no hay duda que les está permitido, como a dueños de los bienes), les sea lícito a los hijos adquirir como paternos los bienes provenientes del padre, y como maternos los de la madre”), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo..., Código...,* p. 580.

<sup>34</sup> CI. 5.9.6 § 3 (año 469): “Sin vero liberorum suorum affectione servata pater materve ad alias nuptias migrare nolu rit, neque vir his, quae de bonis uxoris ad se transeunt, neque mulier rebus, quae ex substantia mariti ad se pervenerint, pro suo arbitrio uti, vel eas vendere, aut quocunque iure vel modo alienare, vel pignoris iure seu hypothecae (si voluerint) obligare, utpote domini earum, prohibebuntur. Existantes autem praedictas res, si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae, licebit liberis vindicare, etiam non adeuntibus hereditatem parentum” (“Mas si habiendo conservado la afeción a sus hijos no hubiere querido el padre o la madre pasar a otras nupcias, no se prohibirá ni que el marido, de los bienes que de su mujer pasan a su poder, ni que la mujer, de las cosas que de los bienes del marido hubieren ido a poder de ella, usen a su arbitrio, o las vendan, o con cualquier derecho o de cualquier modo las enajenen, o las obliguen (si quisieren), como dueños de las mismas, por derecho de prenda o de hipoteca. Pero les será lícito a los hijos reivindicar, aunque no adieren la herencia de sus padres, los mencionados bienes que existan, si no hubieren sido enajenados o consumidos u obligados”), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo..., Código...,* pp. 582-583.

<sup>35</sup> CI. 5.9.8 § 1 (año 528): “Illud etiam certa sanctione definire censemus, ut si quis vel si qua, ex aliquo matrimonio filii procreatis, minime ad secundas nuptias venerit, ut eo modo liceat quidem genitori res ex priore coniugio sibi acquisitas, quo modo voluerit, alienare vel administrare; si quae vero earum minime sint alienatae, possint liberi, etiam non adeuntes paternam vel maternam hereditatem, eas vindicare” (“Hemos creído comprender también esto en disposición cierta: que si alguno o alguna, habiendo hijos procreados de algún matrimonio, no hubiere de ninguna manera convocado a segundas nupcias, le sea ciertamente lícito al padre o a la madre enajenar o administrar del modo que hubiere querido los bienes para él o para ella adquiridos del primer matrimonio; pero que si algunos de ellos no hubieran sido de ningún modo enajenados, puedan reivindicarlos los hijos, aun no adiendo la herencia del padre o de la madre”), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo..., Código...,* p. 583.

<sup>36</sup> *Vid.* Nov. 98, cap. 1.

<sup>37</sup> Nov. 22, cap. 40.

cer la educación de sus hijos, al pasar a segundas nupcias<sup>38</sup>. Incluso en los casos más graves, se establece que no puedan revocar las donaciones hechas a sus hijos si les son ingratos.

Será con el emperador Constantino cuando aparezcan las penas de las segundas nupcias, y sus sucesores, ligados al credo cristiano, continuarán con disposiciones encaminadas a regular y limitar las segundas y ulteriores nupcias, con la finalidad de favorecer a los hijos de la primera unión ante el natural conflicto en el que naturalmente se vería envuelto el bínubo: el amor a aquéllos y el amor hacia su nuevo cónyuge<sup>39</sup>. Legislación opuesta a la dictada bajo el imperio de Augusto, dado que en aquélla aparecerán desincentivos y pérdidas económicas para los bínubos. Concretamente, en el año 319, establece la reserva a los hijos de los bienes provenientes de la madre, *bona materna*, privando al padre de la facultad de enajenarlos libremente, concediéndole únicamente la posesión de los mismos<sup>40</sup>.

Unos años más tarde, en el 334, este mismo emperador dispuso que en el caso de pasar el padre viudo a segundas nupcias, se le privaría incluso del usufructo, yendo estos bienes a parar a los hijos en cuanto se hicieran mayores<sup>41</sup>. Esta constitución es

<sup>38</sup> Nov. 22, cap. 38.

<sup>39</sup> Como esquematizó Emilio Costa, *Storia del Diritto romano privato. Dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino, 1925, 2ª ed., p. 39.

<sup>40</sup> CTH. 8.18.2: “Cum ad patrem aliquid ex materna successione interposita cretione pervenerit et ad liberos maternarum rerum successiones defluerint, ita eas haberi placet in parentum potestate, ut dominum tantum possessionis usurpent, alienandi vero licentiam facultatemque non habeant, ut, cum aetates legitimae liberorum ad emancipationem parentes invitaverint et patresfamilias videre liberos suos voluerint, tertiam partem maternorum bonorum eis filii tamquam muneris causa offerant; quam si suscipiendam patres putaverint, faciendae divisionis arbitrium permitti oportebit iustitiae bonorum virorum, per quos facta divisione tertiam partem oblatam parentes ita accipien[t, ut alienandae quoque eius par]tis habeant facultatem, s[ic] modo ullus potuerit inve]niri, cui placeta hanc am[plecti] licentiam, cum omni] modo filios conducatur ad[niti, ut pio sedulitatis affec]tu mereantur accipere eam, quam [patribus dederint], portionem” (Theodor Mommsen, *Codex Theodosianus*, vol. 1, pp. 421-422). Texto traducido al inglés: (“Whenever, by the interposition of cretion, any property comes to a father from the maternal succession of his children and the inheritance of such maternal property has devolved upon the children, it is Our pleasure that said property shall be held under the control of the fathers in such a way that they may appropriate only the control of the possession, but they shall not have the license or the power to alineate such property, so that when the father is induced to emancipate his children by the fact that they have arrived at legal age and he wishes to see his own children heads of households, the children shall offer him one third of the maternal property as though for a gift. If the father should suppose that such gift ought to be accepted, the decision as to partition must be submitted to the sense of justice of responsible men. After they have made the partition, the father shall have the right to receive the third part offered to him, with the provision that he shall have the right also to alienate his part; provided that any father can be found who would be pleased to embrace this license, since every case it is expedient for children to strive that by the devoted affection of diligent subservience they may deserve to recover the portion which they gave to their father” (Clyde Pharr, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian Constitutions*, Princeton, 1952, p. 219).

<sup>41</sup> CTH. 8.18.3. “Ideoque placet, ne quis pater receptis deinceps matrimoniis earum rerum, quae prioris coniugis fuerunt, sibi ius defendendum existimet nisi tutelae vice, donec minores probata aetate esse

la primera dictada sobre las segundas nupcias<sup>42</sup>. En el año 468, el emperador León derogó esta disposición. Incluso Justiniano la derogará en su Novela 22, capítulo 34<sup>43</sup>. Se trata de una norma muy importante dado que en ella se regula para el padre bínubo, considerando los intereses patrimoniales de los hijos del primer matrimonio, como ya se ha dicho, aquí no se le critica que contraiga nuevas nupcias por ultrajar la memoria de su esposa difunta, ni se le califica de incasto o de inmoral, como se hacía en el caso de la bínuba; sino que se teme que el padre pueda deshacerse de los bienes maternos en perjuicio de sus hijos comunes.

Por otro lado, los emperadores Constancio y Constante, hijos de Constantino, en el año 349 introdujeron una pena, pero en este caso para la madre bínuba. Establecieron que las donaciones realizadas a sus hijos del primer matrimonio no podían ser revocadas, aún siéndole éstos ingratos. Se temía en la influencia que tendría en la bínuba la aversión del nuevo cónyuge hacia esos hijos, y no su conducta negativa<sup>44</sup>.

videantur. His autem moderario nostra cuncta iube(t) servari adque retitui” (“Por eso, es nuestro placer, que ningún padre, después de contraer un matrimonio siguiente, considere que puede tener algún derecho en la propiedad de su anterior mujer, excepto como tutor hasta que los menores tengan la edad legal. Nuestra regulación ordena que toda esta propiedad se conserve y se restituya a dichos hijos”).

<sup>42</sup> En este sentido, *vid.* Pasquale Voci, “Il diritto ereditario romano nell’età del tardo impero, I. Il IV Secolo, Prima parte”, *IURA*, 29 (1978), p. 63; sin embargo, este mismo autor en la página 102 considera que Teodosio será el iniciador de la legislación sobre las segundas nupcias.

<sup>43</sup> Nov. 22, cap. 34: “...quod omnium pater horum, quae ad filios veniunt sive ex materna linea, sive ex nuptiali filiorum causa, sive aliunde, usumfructum habeat, licet ad secundas veniat nuptias. Usus namque eorum donec vivunt manere sine casu etiam ante nos omnes volunt leges et in maternis, et in aliis ómnibus, et nos similiter dicimus; castrensium vero et quasi castrensium iam peculiorum excipiat ratio” (“...que el padre tenga el usufructo de todos los bienes que vayan a los hijos, ya por línea materna, ya por causa de nupcias de los hijos, ya de otra suerte, aunque pase a segundas nupcias. Porque todas las leyes anteriores a nosotros quieren que subsista sin perderse, mientras viven, el usufructo de ellos, tanto sobre los maternos, como sobre todos los demás, y nosotros decimos lo mismo; pero se exceptúa la cuenta de los peculios castrenses y de los casi castrenses”), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo...*, *Novelas*, p. 124.

<sup>44</sup> CTH. 8.13.1: “If mothers should believe that they are able to prove that their children are undutiful, they shall be permitted to approach the courts publicly. 1. Moreover, We decree that the complaints of a free mother shall be accepted and heard, whether she be freeborn, a freedwoman, or the daughter of freed persons, provided, of course, that she has acquired the rights of Roman citizenship, just as such women were able to bring complaints according to ancient laws; likewise sons or daughters that are freeborn, freed persons, or the sons or daughters of freed persons, with the same condition that they be Roman citizens. 2. We except women who have entered the bonds of a subsequent marriage, and We decree that women of only one marriage shall have the right to revoke their gifts up to one half of the amount given. 3. Moreover, if a child should be accused of undutifulness by his mother and should be convicted, he shall be deprived of one half of the property that he is found to hold under the title of gift on the day when any beginning whatever of the suit has been granted by the order of the judge. 4. But if any transaction was legally completed while the mother was at peace with the child on the day when any beginning of the suit, We do not revoke any such transaction whereby anything was sold, given, bartered, bestowed as dowry, or legally alienated from any other cause. 5. But it is Our will that the

Justino, posteriormente, en el año 539 confirmará esta disposición, pero introduce tres casos en los cuales se le permitía a la madre revocar las donaciones si los hijos le eran ingratos. Estos casos eran: si el hijo cometió insidias durante la vida de la madre; si le puso las manos encima y, por último, si maquinó despojarla de todos sus bienes<sup>45</sup>.

Posteriormente, en el año 380 los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, dispusieron que la viuda que no guardaba el tiempo de luto<sup>46</sup>, diez meses<sup>47</sup>, a su marido y contraía nuevas nupcias durante este tiempo sería infame, y

action instituted by the mother shall be so personal that it shall have the effect only of a vindication and shall neither be given against an heir nor be granted to an heir. 6. Therefore, with the reference to all other women, either those of another legal status than the one mentioned above or of flagrant baseness and lost virtue, We consider that sufficient provision has been made even by Our silence. For who is there who would suppose that such women should be granted any right, when it is Our will that none of these privileges should be granted even to those women who have contracted a subsequent marriage, though lawfully?" (Clyde Pharr, *The Theodosian...*, p. 215).

<sup>45</sup> Nov. 22, cap. 35: "Mater tamen donans aliquid filio de suo, si ad secundas venerit nuptias, non poterit per occasionem ingratitudinis revocare quod datum est (non enim ex pura videtur voluntate ingratitudinem introducere, sed secundas nuptias considerans ad hanc venisse cogitationem putabitur), nisi tamen aperte filius aut circa vitam ipsam insidians matri, aut manus inferens impias, aut circa substantiae totius ablationem agens adversus eam aliquid declaretur" ("Pero la madre que de lo suyo dona alguna cosa a su hijo, si pasare a segundas nupcias, no podrá revocar por motivo de ingratitud lo que por ella se dio, (porque no parece que alega la ingratitud por pura voluntad, sino que se juzgará que llegó a tal propósito en consideración a las segundas nupcias), a no ser, sin embargo, que manifiestamente se declare o que el hijo dirigía acechanzas a la misma vida de la madre, o que puso en ella sus impías manos, o que hizo contra ella alguna cosa para quitarle la totalidad de los bienes"), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo...*, *Novelas...*, p. 124.

<sup>46</sup> El impedimento del luto sólo se trata en orden a la ilicitud del matrimonio ¿lo que para Robleda, no se puede decir con certeza de ningún otro?. El *tempus lugendi* tiene como principal razón evitar la *turbatio sanguinis*, y así obtener la certeza de la paternidad, por eso se extenderá a la divorciada, y no tanto por la "mera razón de piedad religiosa". Porque si la mujer daba a luz dentro del plazo, cesaba el impedimento antes de los diez meses, y se mantuviese el plazo a pesar de ser el marido indigno, y no se le debiese guardar el luto. Este autor recoge que en el año 382 d. C., se produce la ampliación a los doce meses del luto, cuando, en realidad, fue en el año 281 (vid. Olís Robleda, *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos y disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 206 y ss.). Para Biondi, tampoco se habría establecido la prohibición debido a razones sentimentales, sino para evitar dudas en la paternidad del concebido (vid. Biondi Biondi, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1946, p. 444). Sin embargo, para Gaudemet este tiempo fue por motivos religiosos en el Derecho antiguo, perdiendo esta motivación posteriormente, tras el comienzo del Imperio, y ya no era un periodo de luto en sí, sino una garantía contra una eventual confusión de paternidad (vid. Jean Gaudemet, *Il matrimonio...*, p. 31).

<sup>47</sup> Tras el fallecimiento del cónyuge, se debía guardar un periodo de purificación, nueve días, durante los cuales a los hombres se les eximía de sus deberes públicos, eran las *feriae denicales*. Al cabo de este tiempo tenía lugar la celebración del funeral. Durante el tiempo de dolor era aconsejable abstenerse de celebraciones religiosas y sociales, así como se acostumbraba a vestir oscuro. Las antiguas costumbres parecen referirse a un tiempo máximo de diez meses. Tiempo suficiente para llorarle al marido así como para evitar la atribución del hijo del esposo fallecido al segundo marido. Si la mujer

aparte establecieron una serie de penas económicas contra ella. Básicamente se le prohibía dar en dote o dejar por testamento más de un tercio de sus bienes a su nuevo marido. Era incapaz de recibir cualquier herencia, legado, fideicomiso de última voluntad y donación por causa de muerte que cualquiera le hubiera dejado. Esos bienes serían reivindicados por los herederos, coherederos o sucesores intestados, antes que por el fisco, dado que no se trataba de beneficiarle en primer lugar, decía la norma. Perdía también los bienes que su primer cónyuge le hubiere dejado, ya fueran donaciones por razón de matrimonio<sup>48</sup> como disposiciones de última voluntad, pasando a ser estos bienes vacantes, por el prematuro matrimonio, y serían adquiridos por las diez personas que señalaba el Edicto del Pretor (*De bonorum possessionibus*), concretamente, los ascendientes, descendientes, colaterales hasta el segundo grado, y en defecto de éstos, el fisco, siendo indigna de recibirlos. A la bínuba también se le privaba de las herencias intestadas o legítimas de algún pariente suyo que pasara del tercer grado, privándole en este caso de la *testamentifatio pasiva*<sup>49</sup>. A estas mismas penas sujetó Justiniano en su Novela 22, capítulo 40 a la viuda que da a luz dentro del tiempo de luto, si es indudable que no es hijo del difun-

daba a luz durante el luto, éste concluía, pudiendo casarse de nuevo. En el caso de que la mujer se casase durante el luto, según la ley de Numa, se debía sacrificar una vaca que era aún ternera. El Edicto del Pretor penalizó a los responsables por las segundas nupcias de la viuda durante el luto. Posteriormente, se pudo pedir el permiso por parte del emperador. La infamia era la pena impuesta a la viuda que se casaba de nuevo durante el luto, pero no se prohibía el matrimonio. El plazo del luto variaba según el parentesco con el fallecido. De este modo, varían desde un año para los parientes e hijos mayores de 6 años (según Paulo, 10 según Pomponio), diez meses para el marido, ocho para parientes cercanos, un mes para hijos menores de 6 meses. Estos plazos eran para las mujeres, dado que los hombres carecían de plazos (*vid.* Susan Treggiari, *Roman marriage*, Oxford, 1991, pp. 493 y ss.).

<sup>48</sup> Sobre las donaciones por causa de matrimonio, *vid.* entre otros, Burchardi, “Ueber den zweck der *donatio propter nuptias*”, *Archiv für die Civilistische Praxis (ACP)*, vol. 9, 1826, pp. 197-229; Löhr, “Von der *propter nuptias donatio*”, *ACP*, 1832, pp. 431-461 y 1833, pp. 1-50; y “Noch ein para Worte uber die *propter nuptias donatio*”, 1947, pp. 323-339; Francesco Brandileone, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, Bologna, 1892; Gaetano Scherillo, “Studi sulla donazione nuziale”, *Rivista di Storia del Diritto Italiano (RSDI)*, 1929, pp. 457-506 y 1930, pp. 69-95; Francke, “Ueber die *propter nuptias donatio*”, *ACP*, 1943, pp. 63-84; Giulio Vismara, *La donazione nuziale nel Diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al Diritto romano postclassico*, Milano, 1934. Más recientemente, Paolo Ferretti, *Le donazioni tra fidanzati nel Diritto romano*, Milano, 2000.

<sup>49</sup> CI. 5.9.1. Por su parte, en el CI. 5.9.2, de los mismos emperadores promulgada un año después, tras ampliar a un año el tiempo de luto por parecerles diez meses poco tiempo, se le priva de la consideración y del derecho de persona honesta y noble, así como se dispone que pierda todos los bienes que hubiera conseguido de su primer marido o por derecho de esponsales o por última voluntad de éste. En la Novela 22, cap. 22, Justiniano reiteró estas penas. Sobre las segundas nupcias dentro del tiempo del luto a lo largo del Derecho Canónico y posterior Italiano, *vid.* a modo de ejemplo, Siciliano Villanueva, quien concretamente sobre el Derecho romano, recoge que este tiempo establecido en las normas romanas se extendió a las normas romano-bárbaras, apareciendo en los códigos promulgados por los pueblos germanos (*vid.* Luigi Siciliano Villanueva, *Le seconde nozze della vedova “intra tempus luctus” e il valore derogatorio del Diritto canonico nella dottrina intermedia*, Napoli, 1905, pp. 7-10).

to<sup>50</sup>. Era posible pedir la dispensa de estas penas si la mujer quería contraer nuevas nupcias dentro del plazo del luto, si no estaba embarazada, en el caso de suplicársele al Emperador. Éste podía imponer las penas de las segundas nupcias, si la mujer no pedía la clemencia y se casaba nuevamente. Si no tenía hijos de su anterior matrimonio era más fácil, mientras que si los tenía, les debía entregar la mitad de sus propios bienes que tenía en el momento de las nuevas nupcias, sin mantener ni siquiera el usufructo, dividiéndose los hijos estos bienes por igual. En el caso de que fallecieran los hijos, sus hijos heredarán estos bienes, pero si no tuvieran descendencia, acrecería en sus hermanos. Si premorían todos los hijos intestados, la madre los podría recobrar de nuevo; porque los hijos, al ser suyos los bienes, podían disponer, *inter vivos y mortis causa*, según su voluntad<sup>51</sup>.

### A) Origen de la reserva viudal: la Ley *Feminae* (CTH. 3.8.2) de Teodosio I

Una nueva etapa se abrirá a partir de esta norma en relación con la protección de los hijos de las anteriores nupcias sobre los lucros nupciales.

El 17 de diciembre del año 382<sup>52</sup> se promulga, en Constantinopla, la Ley *Feminae*, por los emperadores Graciano, Valentiniano I y Teodosio I, dirigida a Floro, Prefecto Pretorio de Oriente. Esta norma se halla recogida en el Código Teodosiano Ley II, del Libro III del Título VIII, *De secundis nuptiis*; siendo poste-

<sup>50</sup> En esta Novela también se le priva del usufructo de la donación antenuptial, a la que da a luz, así como a la que acepta la tutela de sus hijos y se casa contra su juramento en segundas nupcias, al no pedir tutor, rendir cuentas ni pagar lo que debe. Señala la novela que ya no se le exige juramento, únicamente se le priva de la tutela.

<sup>51</sup> (CI. Ad S.C. Tertuliano, VI. 56.4). Esta norma es confirmada por la Nov. 22, cap. 22, con una breve modificación, como el derecho de representación, y que mientras que a la mujer el luto le dura un año, el viudo no tiene plazo alguno, y a ésta se refiere la Nov. 22, cap. 40. En la Novela 22, cap. 22 se distingue si la viuda tenía hijos de su anterior matrimonio de si no los tenía. Si no los tenía, las penas son menores. Concretamente, es infame y no podrá recibir nada de lo dejado de su primer matrimonio, no disfrutará de la donación esponsalicia, ni podrá dejar a su nuevo esposo más de un tercio de sus bienes; tampoco podrá recibir de extraños herencia, fideicomiso, legado, donación *mortis causa*, yendo estos bienes a los herederos, coherederos o los llamados intestados del difunto. Lo procedente del marido que se le priva será para las diez personas parientes del marido del edicto del Pretor, en su defecto, para el erario público. En relación con las herencias intestadas, no podrá adquirir la herencia de sus parientes cognados más remotos, únicamente hasta el tercer grado, yendo a otros herederos lo de los parientes más lejanos.

<sup>52</sup> En las referencias a la fecha de esta constitución, se ve una discordancia en la Doctrina, por existir dos fechas: una, el día de la promulgación, y otra, el día siguiente, cuando entraría en vigor. Dependiendo del criterio escogido por los autores, señalarán una u otra fecha, así, a modo de ejemplo, para Paolo Ferretti, *Le donazioni...*, p.143, sería el 16 de diciembre; para Ildefonso García del Corral será el 15 de diciembre, *Cuerpo...*, Tomo I, p. 578, sin embargo, para Michel Humbert, *Le rémarriage...*, pág. 418; Clyde Pharr, *The Theodosian...*, p. 71, y Paul Krueger con Theodor Mommsen, *Codex Theodosianus...*, vol.1, p.143, contemplan las dos fechas, tanto el 16 (día de la promulgación) como el 17 de diciembre (entrada en vigor).

riormente regulada, aunque con alguna interpolación, en el Código de Justiniano, como la Ley III del Libro V del Título IX, *De secundis nuptiis*<sup>53</sup>.

Esta ley supone un cambio novedoso e importante en la regulación de la materia relativa a los intereses de los hijos, al introducir un nuevo sistema, que irá experimentando diversas modificaciones e innovaciones con las posteriores leyes de los sucesivos emperadores, que pasaremos a ver y a analizar a continuación. Con esta constitución se llegó a perfilar un sistema tan favorable a los hijos de una precisión y eficacia crecientes<sup>54</sup>.

Analizando la ley, en la misma sólo se obligaba jurídicamente a la mujer, en este caso, la madre viuda *sui iuris* que pasara a segundas nupcias, tras el tiempo de luto (*tempus lugendi*), con la finalidad de evitar la *turbatio sanguinis*<sup>55</sup>, siempre que existieran hijos de un matrimonio anterior. En el caso de casarse la viuda dentro del tiempo de luto, así como si no se casaba pero daba a luz durante el luto —si era indu-

<sup>53</sup> Nos referiremos a partir de ahora en lo relativo a esta Ley, indistintamente, por el nombre con el que es conocida (Ley *Feminae*) o también por la fuente que la recoge: CTH. 3.8.2 y CI. 5.9.3.

<sup>54</sup> Así lo entiende Humbert, al señalar que se prolongará la evolución de esta constitución tan importante, ya sea por el régimen jurídico que implanta, como por la significación histórica que acarrea, en Occidente, hasta la legislación de los últimos emperadores, mientras que en Oriente, hasta Justiniano (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 418).

<sup>55</sup> En un principio, el motivo principal de las normas clásicas era esencialmente religioso, honrar y reverenciar los Manes del cónyuge difunto. Sin embargo, posteriormente, se intentará evitar la *turbatio sanguinis*, motivo que con los emperadores Cristianos y, fundamentalmente, con Justiniano, será el único que se mantendrá, por haberse producido una transformación en la época postclásica influenciada por la religión, no manteniéndose las tradiciones y los cultos paganos de la época clásica. Ante el temor de posibles embarazos en la viudez, únicamente se prohibirá a la mujer viuda contraer nuevas nupcias durante el tiempo de luto, estableciéndose unas determinadas sanciones si finalmente lo contrajera (*vid.* Edoardo Volterra, “Osservazioni sull’obbligo del lutto nell’Editto Pretorio”, *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche (RISG)*, 1933-XI, pp. 171-198). Así lo recogía también el Edicto del Pretor (D. 3.2.11 § 1, Ulpianus), a pesar de que el esposo no se mereciera el duelo: “Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: Praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri propter turbationem sanguinis” (Paolo Cogliolo, *Manuale delle fonti del Diritto Romano*, Torino, 1911, 2ª ed., p. 611). Para Yaron en Roma los matrimonios contraídos durante el tiempo del luto no son nulos, no era un impedimento, dado que eran válidos. Para él debieron de ser otros los motivos, aparte de la *turbatio sanguinis*, los que llevaron al Pretor a establecer un tiempo, sin especificar, de luto para la viuda (*vid.* Reuven Yaron, “Ad secundas nuptias convolare”, *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David Dedicatae*, tomo 1º, *Ius Romanum*, Leiden, 1968, pp. 263 y ss.). En contra de Volterra está Roberti, quien considera que en un principio fueron los motivos religiosos así como guardar la memoria al difunto, ya fuera marido o mujer el sobreviviente, posteriormente, con el derecho pretorio se prohibirá a las viudas casarse durante un tiempo, aunque su esposo no mereciera el luto; situación que cambiará, en su opinión, con los emperadores cristianos prevaleciendo la idea de la *religio luctus* a la de la confusión de la sangre, apoyando en su argumentación los diferentes términos y connotaciones negativas a las segundas nupcias utilizadas en estas disposiciones, así como la piedad y reverencia debidas al marido difunto (*vid.* Melchiorre Roberti, *Svolgimento storico del Diritto privato in Italia*, vol. III, parte IV, *La famiglia*, Padova, 1935, 2ª ed., p. 186).

dable que esta prole no provenía del cónyuge difunto<sup>56</sup>—, se le sometía a diversas penas<sup>57</sup>, como por ejemplo, la imposibilidad de dar en dote o dejar en testamento al nuevo esposo más de un tercio de sus bienes; la privación de adquirir herencias, legados, donaciones por causa de muerte, así como fideicomisos dejados por última voluntad; la pérdida de los bienes que su primer marido le dejó por última voluntad, adquiriéndolos las personas enumeradas en el Edicto del Pretor (los ascendientes, descendientes, colaterales hasta el segundo grado, y, por último, el fisco). En el caso de querer ser eximida de las penas, si existen hijos de su anterior matrimonio, podrá suplicar al Emperador que le privara de la infamia<sup>58</sup>; y para que le eximiera de las otras penas, debería donar a los hijos del primer matrimonio la mitad de los bienes que tenía al pasar a nuevas nupcias, no reteniendo ni el usufructo, los hijos se dividirán de una manera igualitaria esos bienes. Si los hijos premorían intestados a la madre, sus hijos adquirirían su derecho, en el caso de existir; pero si no tenían descendencia, su porción era adquirida por sus hermanos. En cualquier caso, cuando los hijos se hicieran con estos bienes, podrían disponer de ellos como estimaran, ya fuera *mortis causa*, por ejemplo, testamentariamente, como *inter vivos*<sup>59</sup>. La viuda que contraía segundo matrimonio durante el luto era privada de la consideración y del derecho de persona honesta y noble<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Este segundo supuesto de dar a luz durante el tiempo de luto si era indudable que la prole no procedía del difunto, se recoge en Nov. 39, cap. 2.

<sup>57</sup> Las ya vistas, CI. 5.9.1 y 5.9.2, recogen las penas para la viuda que se volvía a casar dentro del tiempo de luto, 10 y 12 meses respectivamente.

<sup>58</sup> D. 3.2.1: "...infamia notatur... quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit". La nota del Pretor debió afectar a los que concluyeran contemporáneamente dos esponsales o dos matrimonios. Lo primero no cabe duda de su realización, mientras que para lo segundo, esto también podría ser posible, dado que para la disolución del vínculo matrimonial, en Roma, no es necesario un divorcio con formalidades particulares, sino es suficiente que se demuestre que la  *affectio maritalis* —en la que se funda la pervivencia del vínculo— se ha acabado. Por lo cual, un segundo matrimonio es suficiente para deshacer el primero, así como una unión estable también puede hacer dudar a la sociedad sobre su posición jurídica, a pesar de no estar consideradas como *iustae nuptiae* (vid. Antonio Metro, "«Binas nuptias constituere» in D. 3.2.1", *IURA*, 1975 (26), pp. 101 y ss.).

<sup>59</sup> En la Novela 22, capítulo 22, se recogen estas disposiciones, y dispone que en ella se adicionan tres constituciones escritas anteriormente sobre esta materia. Concretamente, se está refiriendo a las leyes CTH. 3.8.1 y CI. 5.9.1 y 5.9.2.

<sup>60</sup> Dispuesto en CI. 5.9.2, y reiterado, y ampliado dado que no lo limita a la bínuba casada durante el luto, en la Novela 22, cap. 36: "Non tamen permittimus mulieribus ad secundas venientibus nuptias adhuc velle priorum maritorum dignitatibus aut privilegiis uti, sed ad quale post priorem venerint matrimonium, illius amplectantur fortunam; quae enim priorum oblita est, non rursus ex prioribus adiuvabitur" ("Mas a las mujeres que pasen a segundas nupcias no les permitimos que quieran seguir disfrutando de las dignidades o privilegios de sus primeros maridos, sino que acepten la condición de aquel a cuyo matrimonio hubieren pasado después del primero; porque la que se olvidó de los primeros, no será de nuevo favorecida por causa de los primeros"), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo..., Novelas...*, p. 125.

La bínuba debería conservar íntegramente (*integrum ad filios, quos ex praece-dente coniugio habuerint, transmittan*) para los hijos comunes de la primera unión matrimonial la nuda propiedad de todos los bienes que hubiera recibido, por cualquier título, de su marido premuerto (*lucra nuptalia*). Englobaría todo lo que hubiera adquirido, ya fuera por actos entre vivos, como los regalos de novios o esponsales (*sponsaliorum iure*), las donaciones por razón de matrimonio (*nubtiarum sollem-nitate*)<sup>61</sup>, como lo recibido por acto *mortis causa* (*donatio mortis causa*, disposición testamentaria, legado o fideicomiso).

“Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum sollemnitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo, aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis... priorum matrimonium fuerint adsecutae...”.

Esta obligación impuesta a la madre viuda que pasaba a segundas nupcias sólo se producía en el caso de existir hijos comunes de su primer matrimonio, dado que si premorían los hijos a su madre o si ésta se mantenía en estado de viudedad, así como si la madre no tenía ningún hijo; no se vería obligada por esta constitución. En estos casos la madre bínuba mantenía la plena propiedad de todos los bienes reci-

---

<sup>61</sup> Las donaciones nupciales habían adquirido importancia a partir de la época postclásica, porque anteriormente no tenían mucho valor económico estos regalos que el prometido hacía a su futura mujer en previsión de su matrimonio. Estas donaciones han existido en todas las sociedades y en todos los tiempos. Se asemejan a las donaciones que se hacían en los pueblos orientales que tenían un carácter de *pretium pudicitiae*, y que seguramente estaban destinados a mantener a la viuda y a la familia si fallecía el esposo. La *sponsalicia largitas* o *donatio ante nuptias*, se realizaban antes del matrimonio, y fueron adquiriendo paulatinamente más valor económico. La mujer solía, a su vez, constituir las en dote asegurándose la restitución de la donación junto con la dote. En la época postclásica, la donación nupcial pasará a ser una especie de contradote entregada por el marido. Se irá asentando la idea de que así como la dote pertenece a la mujer al disolverse el matrimonio, del mismo modo, la donación nupcial pertenecerá al marido si premuere la mujer. Así, al igual que se estableció que los lucros pactados sobre la donación nupcial a favor de la mujer debían corresponderse con los lucros pactados sobre la dote a favor del marido, también se dispuso que igual que el padre estaba obligado a constituir dote a favor de su hija, que también estaba obligado a constituir la donación nupcial por su hijo. Finalmente, ambas figuras, dote y donación nupcial acabarán siendo un patrimonio reservado para las necesidades de la familia (vid. Armando Torrent, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, pp. 547-548). Para Scherillo a partir de esta norma se pone de relieve la tendencia a considerar la donación nupcial como una asignación o cuantía de la viuda si premuere su marido; como un patrimonio de la familia que se correspondía con la dote, destinado, como ésta, a cubrir las necesidades del matrimonio. Finalidad que será mantenida con Justiniano, porque ya no se podrá mantener que con este emperador la *donatio propter nuptias* fuera un *pretium pudicitiae*, dado que este emperador permitió que se pudiera constituir la *donatio ante nuptias* también después del matrimonio, por lo cual después de su consumación (vid. Gaetano Scherillo, “Studi sulla donazione...”, *RSDI*, 1930, pp. 77-78).

dos de su difunto marido, y, por lo tanto, podía enajenar y disponer de los mismos según su voluntad<sup>62</sup>.

En conclusión, la Ley *Feminae* sólo impone la obligación legal de conservar los bienes si la viuda contraía nuevas nupcias mientras viviera un hijo del primer matrimonio, hasta el fallecimiento de la bínuba, siempre que algún hijo siguiera viviendo.

Si premorían todos sus hijos, en este caso, también desaparecería la obligación, por haberse establecido en su beneficio. En este sentido, si éstos morían, dejaría de existir el motivo que dio lugar a la obligación de conservación que tenía la bínuba.

La madre bínuba no podrá enajenar los bienes recibidos, como se ha dicho anteriormente, del marido premuerto, dado que sólo se le concede un derecho de posesión y de disfrute hasta el final de sus días, y expresamente se le deniega la posible enajenación: "... Possidendi tantum ac fruendi in diem vitae, non etiam alineandi facultate concessa...". La posición jurídica de la bínuba, así como también la titularidad de los hijos, ha sido un tema controvertido al no definirse con claridad en la ley. En este sentido, al no hacerse en la norma una mención expresa a un derecho de usufructo, a diferencia de las leyes posteriores<sup>63</sup>, la doctrina ha oscilado entre enten-

<sup>62</sup> CI. 5.9.3 § 2: "Quodsi nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, vel natus native deceserint, omne, quod quoquo modo perceperit, pleno proprietatis iure obtineat, atque ex his nanciscendi dominii et testandi, circa quem voluerit, liberam habeat potestatem" ("Pero si no hubiere tenido ninguna sucesión del primer matrimonio, o si el nacido o los nacidos hubieren fallecido, adquiera en pleno derecho de propiedad todo lo que de cualquier modo hubiere recibido, y tenga libre facultad para adquirir respecto de estas cosas el dominio y para testar a favor de quien quisiere"), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo...*, Código..., pp. 577-578.

<sup>63</sup> Vid. C.TH. 3.8.3 Honorio y Teodosio (año 412): "in diem vitae usumfructum circa eas debere durare, salva his proprietate"; N.TH. 14.3.4; CI. 5.9.6§4: CI. 5.9.6§1: "...His illud adiungimus, ut mulier in his casibus, in quibus ante nuptias donationes, ceteras etiam res a marito ad se devolutas, secundum priorum legum statuta liberis communibus ut paternas servare compellitur, hoc est ubi morte mariti matrimonio dissoluto ad alias nuptias venerit, immobilium rerum et mancipiorum annonarum quoque civilium usufructu duntaxat vitae suae temporibus potiat, alienatione earum penitus interdicta.// Mobilium vero rerum, iusti pretii aestimatione, habita per eos, quos utraque pars elegerit, arbitros iudicatos interposito sacramento, simili modo usufructum habeat, si idoneam fideiussionem praeberit quod easdem res mobiles vel earum pretium filiis et filiabus ex eodem matrimonio procreatis, vel post mortem eorum nepotibus et neptibus ex eisdem liberis procreatis, sive omnibus vel uno unave supersite mori contigerit, secundum legum modum restituat..." ["...A lo cual añadimos esto, que la mujer, en los casos en que es compelida a reservar como paternos para los hijos comunes, conforme a las disposiciones de las anteriores leyes, las donaciones de antes de las nupcias, y también los demás bienes que a ella se le entregaron por el marido, esto es, cuando disuelto el matrimonio por muerte del marido hubiere convalidado a otras nupcias, disfrute sólo durante el tiempo de su vida de los bienes inmuebles y de los esclavos y también del usufructo de las annonas civiles, quedando absolutamente prohibida su enajenación.// Tenga de igual modo el usufructo de los bienes muebles, hecha la estimación de su justo precio por los que ambas partes hubieren elegido, cuyos árbitros habrán de juzgar habiendo interpuesto juramento, si diere fianza idónea de que en la forma de las leyes restituirá los mismos bienes muebles o su precio a los hijos e hijas procreados del mismo matrimonio, o después de la muerte de éstos a los nietos y nietas procreados de los mismos hijos, ya aconteciere que muriese sobreviviendo todos, ya sobreviviendo solamente uno o una..."] (Ildefonso García del Corral, *Cuerpo...*, Código..., p. 581)].

der que desde el nuevo matrimonio la bínuba conserva únicamente el usufructo pasando a ser los hijos los nudos propietarios de los bienes<sup>64</sup>, hasta que conserva un derecho de posesión y uso vitalicio, según la literalidad del precepto. No obstante las sucesivas leyes irán perfilando los derechos de los progenitores bínubos así como los de sus hijos, para acercar los de los primeros a un usufructo mientras que los de los segundos a una nuda propiedad<sup>65</sup>.

Lo que sí prohíbe la norma es la enajenación de estos bienes a personas extrañas, esto es, a todo aquel que no sea un hijo suyo, dado que sí se le reconoce a la bínuba la posibilidad de repartir los bienes como ella crea conveniente, entre los hijos que ella estime del primer matrimonio<sup>66</sup>. Expresamente se le concede a la bínuba en la Ley *Feminae* la *facultas eligendi*:

“Ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filiis (dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus), in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum”<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> En este sentido, *vid.* Francesco Brandileone, *Sulla...*, p. 22; así como; Giannetto Longo, *Diritto romano*, Vol. III, *Diritto di famiglia*, 1940, p. 246.

<sup>65</sup> Así lo manifiesta, Pasquale Voci, “Storia...”, p. 44 y también, el Profesor Manuel Jesús García Garrido, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil. I- La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p. 152.

<sup>66</sup> Sobre este derecho de elección, Bonfante ve una similitud con un derecho análogo que se concedía a la viuda en el Código de Hammurabi (*vid.* Pietro Bonfante, *Corso...*, p. 186); sin embargo, Vismara entiende que realmente existe más cercanía con la *Kethubah* hebrea, como ya se vio anteriormente (*vid.* Giulio Vismara, *La donazione...*, p. 109). A favor de esta facultad distributiva también está, entre otros muchos civilistas, Ramón María Roca Sastre, “Elogio del criterio electivo de la ley “Feminae” y otras cosas acerca de la reserva binupcial”, *Revista Jurídica de Cataluña (RJC)*, 1951-1952, pp. 210-231.

<sup>67</sup> (“Transmitan íntegro, así como lo hubieren recibido, a los hijos que hubieran tenido de su anterior matrimonio, o a cualquiera de los hijos, (pero solamente de aquellos a quienes juzgamos muy dignos de tal sucesión), a quien la madre hubiere creído por consideración a sus méritos que debía dirigir la disposición de su liberalidad”), Ildelfonso García del Corral, *Cuerpo...*, *Código...*, p. 577. Caes se plantea la pregunta de si el *ius eligendi* que tienen las madres viudas *sui iuris binubae* dependía exclusivamente de la apreciación subjetiva de la madre o podía ser contestado judicialmente por los otros hijos comunes (apreciación objetiva del juez), decantándose él por la segunda opción, sobre todo en el caso de resultar elegido un hijo manifiestamente indigno de una conducta irreprochable (*vid.* Lucien Caes, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la Nov. 6 de Majorien et la Nov. 1 de Sévère*, Courtrai, 1949, p. 19, nota 16). En contra de esta opinión estaría la de Sanfilippo, para el que la expresión *quos...dignissimos*, se refiriere al conjunto de hijos, y retoma la idea que el *ius eligendi* sólo puede ser ejercido a favor de uno de ellos (*vid.* Cesare Sanfilippo, “*Recensión a Caes, Lucien, “Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue à la mère veuve sui iuris selon la Nov.6 de Majorien et la Nov.1 de Sévère. Contribution à l’étude du régime juridique de la donation pour cause de mariage, échue à la mère veuve sui iuris, depuis la loi Feminae (a. 382) de Théodose I jusqu’à la Nouvelle I (a. 463) de Sévère. Courtrai, 1949”*, *IURA*, 1, 1950, pp. 503-506).

La doctrina se encuentra dividida a la hora de analizar si en el *ius eligendi* que tiene la madre bínuba, ésta puede elegir y preferir a uno o varios hijos, según ella entienda o, si únicamente puede elegir a uno de ellos.

Por ejemplo, Caes<sup>68</sup> considera que sólo uno de los hijos puede resultar elegido por la madre. Esta opinión es compartida por Del Vecchio<sup>69</sup> y Bonfante<sup>70</sup>.

En cambio, otros autores entienden que podían ser varios los hijos preferidos por la madre. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, Brandileone<sup>71</sup>, así como Humbert<sup>72</sup> o Bretone<sup>73</sup>.

Esta facultad de distribución desigual entre los hijos del primer matrimonio de los bienes recibidos del marido difunto, o de elección al o a los preferidos, siempre que no fueran indignos de suceder por alguna causa de ingratitud, ha sido considerada por algunos como una moderación o templanza al rigor de la disposición, pero a la vez aún sigue siendo patente el carácter penal de la misma<sup>74</sup>.

Esta facultad fue suprimida por el emperador de Occidente, Mayoriano, en su Novela 6 del año 458, pasara o no la madre viuda a segundas nupcias<sup>75</sup>.

Cinco años más tarde, en el año 463, el emperador de Occidente Libio Severo derogará las disposiciones que entendía que no se ajustaban a las leyes anteriores. En lo referido al derecho de elección, dispone que a la madre le es imposible dar más al hijo que ella desea, por lo cual, continúa la prohibición del *ius eligendi*<sup>76</sup>.

<sup>68</sup> “La faculté de disposer elle-même desdits biens en faveur de celui des enfants communs, qu’en considération de ses mérites elle jugerait le plus digne d’en bénéficier” (Lucien Caes, *La sponsalicia...*, p. 19).

<sup>69</sup> “La facultà di dare tra i figli di primo letto una ineguale distribuzione delle sostanze lasciatele dal defunto marito, e perfino di sciogliere tra i vari figliuoli quello ch’essa volesse esclusivamente preferire, purché non fosse indegno di succedere per causa di ingratitudine” (Alberto Del Vecchio, *Le seconde nozze...*, p. 51).

<sup>70</sup> “Era concesso alla donna peraltro il preferire tra i vari figli quello che più le aggradiva” (Pietro Bonfante, *Corso...*, p. 190).

<sup>71</sup> Vid. Francesco Brandileone, *Sulla Storia...*, p. 22.

<sup>72</sup> “La mère conserve le pouvoir de les [ensemble des biens paternels] repartir comme elle l’entend parmi ceux des enfants du premier lit qu’elle aura choisis” (Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 419).

<sup>73</sup> “La facultà di disporre dei beni in favore di uno o più figli da lei preferiti” (Mario Bretone, *La nozione romana di usufrutto, II, da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli, 1967, p. 7).

<sup>74</sup> Vid. Alberto Del Vecchio, *Le seconde...*, p. 51.

<sup>75</sup> Nov. 6, par. 8 de Mayoriano (año 458): “Illud sane latus Dialis Constitutionis abolemus, quo videbatur matribus suis permissum, ut ex quantitate sponsalitiaie largitatis in unum filium, si velint, portionem maximam conserendi habeant liberam facultate, in quam nos filios aequa iubemus lance succedere...”. (Iacobi Gothofredi, *Codex Theodosianus*, Hildesheim, Nueva York, 1975, p. 157) (Abolimos la porción de la divina constitución imperial (se refiere a CTH. 3.8.2) en lo que se refiere a la permisión de las madres de tener un derecho irrestrictible para conceder la máxima porción de la cantidad de los bienes paternos al hijo que ella considere).

<sup>76</sup> Nov. 1 de Libio Severo (año 463). “Et ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex aequo communia, in unum aut alterum matri conferre non liceat” (Iacobi Gothofredi, *Codex Theodosianus...*, p. 160) (La madre no puede permitírsele de dar a uno o dos hijos la propiedad que es igualmente común para todos los hijos del mismo matrimonio).

Justiniano prohibirá a ambos padres bínubos la facultad de elección en el año 535<sup>77</sup>.

La ley *Feminae* tenía como destinatarias directas a las madres bínubas, aunque al hombre viudo se le aconsejaba, simplemente, hacer lo mismo en el caso de contraer segundo matrimonio. Se trataba de una obligación moral:

“Simili etiam ammoneri maritos volumus et pietatis et legis exemplo; quos, etsi vinculo non adstringimus velut impositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus, ut sciant id a se promptius sperari contumplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matribus imperatur: ne, si ita necessitas suaserit, et circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab his oporteat, quod optari interim sperarique condeceat”<sup>78</sup>.

Sin embargo, esta constitución será recogida en el Código de Justiniano<sup>79</sup>, aunque interpolada para limitarla únicamente al caso de las madres viudas que contraerán nuevas nupcias después del *tempus luctui statum*, por lo cual, no aparece aquí recogido el consejo moral al marido.

Como se ve de lo recogido hasta ahora, en esta ley se limitaba la obligación únicamente a las viudas, ya que sólo aconsejaba a los viudos de seguir lo aquí prescrito, sin embargo, en el año 439<sup>80</sup> el emperador Teodosio II —en su Novela 14—

<sup>77</sup> Así lo dispuso en dos de sus Novelas. La primera de ellas, la Nov. 2, cap. 1, en la que se establece que los bienes sean transmitidos indistintamente y en partes iguales a todos los hijos del primer matrimonio: “Nullam esse licentiam matri alios quidem filiorum eligere, alios autem exhonore, quoniam omnibus simul secundis nuptiis fecit iniuriam” (“y no tenga facultad alguna la madre para elegir a unos hijos y privar de su consideración a otros, porque a todos juntamente los injurió con las segundas nupcias”), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo... Novelas...*, p. 15. Como se puede ver en este fragmento, en Justiniano aparece otra vez, y se verá más acentuado posteriormente, la crítica a las segundas nupcias ‘injurias con las segundas nupcias’. La segunda es la Novela 22, cap. 25, donde se recoge: “Venient autem talia lucra ad filios omnes ex prioribus nuptiis. Non enim permittimus parentibus non recte introductam electionem in eos, neque alii quidem filiorum dare, alium vero exhonore; omnes enim secundis similiter exhonore sunt nuptiis” (“Mas pasarán tales lucros a todos los hijos de las primeras nupcias. Porque no les permitimos a los padres la elección indebidamente introducida contra aquéllos, ni que den ciertamente a uno de los hijos, y que desconsideren a otro; porque todos están igualmente desconsiderados con las segundas nupcias”), Ildefonso García del Corral, *Idem*, p. 120.

<sup>78</sup> “Es nuestro deseo que los esposos también sean amonestados con un ejemplo similar de ambas piedad y ley. Sin embargo, no les constreñimos con el vínculo, por así decir, de la sanción severamente impuesta sobre ellas, de cualquier forma les cohibimos con el Derecho de la religión, que ellos sepan lo que sucede con las madres por la necesidad de la ley, como aquí se contempla, es más esperado por ellos en consideración a la justicia, en el sentido de, si la necesidad lo requiere, en el caso de los hombres, también, no deben de ser compelidos a ello mediante la ayuda de una sanción, lo cual será mientras tanto deseado y esperado”).

<sup>79</sup> CI. 5.9.3

<sup>80</sup> Y no en el año 444 como recoge Troplong, *Des donations entre-vifs et des testaments ou commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon*, Paris, 1862, 2ª ed., t. 4, p. 553.

extiende al padre bínubo la anterior obligación moral, teniendo éstos, a partir de entonces, una obligación legal de reservar los bienes recibidos de su esposa premuerta a los hijos habidos de su matrimonio con ella<sup>81</sup>. Justiniano en la Novela 2, capítulo 2 confirmará esta regla debiendo ser seguida tanto por el bínubo como por la bínuba<sup>82</sup>.

La doctrina discute la naturaleza jurídica de los derechos recíprocos que se reconocen en esta constitución a ambos, a la bínuba, por un lado, y a los hijos del primer matrimonio, por otro.

Las dos corrientes al respecto son: la opinión común, que atribuye a la bínuba, por el hecho de las segundas nupcias, el usufructo, basándose además en la literalidad del texto, y dado que no se le reconoce un derecho de enajenación y que sólo conserva el disfrute y la posesión de los bienes durante toda su vida (*possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalinearum facultate concessa*); mientras que, por otro lado, los hijos del primer matrimonio tenían la nuda propiedad de los bienes provenientes de su difunto padre<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Nov. 14, 2: “Nos feliciter vinculo legis haec a viris observanda censemus” (Nosotros decretamos por el vínculo de la ley, que estas regulaciones sean observadas por los hombres). Esta Novela se recogerá en el Código de Justiniano como la ley 5 del Libro V, Título IX (CI. 5. 9.5), también conocida como la Ley *Generaliter* o *Generaliter censemus*. Fue dada en Constantinopla el 7 de septiembre del año 539, y no como señala erróneamente Marín Monroy, que se promulgó en el año 422. Del año 422 es la CI. 5.9.4 pero ésta trata de otra cuestión, y nada tiene que ver con la Ley *Generaliter* (de extensión al bínubo de las constituciones anteriores que regulan la reserva de los bienes por parte de la bínuba), sino se refiere a la retención por los hijos habidos de cada matrimonio de los bienes esponsalicios recibidos de sus respectivos padres (vid. Antonio Marín Monroy, “La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 6, 1930, p. 611).

<sup>82</sup> Nov. 2, cap. 2: “Quia vero contra binubos poenae communes et viri sunt et mulieris” (“Mas como las penas contra los bínubos son comunes así para el marido, como para la mujer), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo..., Novelas...*, p. 15.

<sup>83</sup> A modo de ejemplo, vid.: Pietro Bonfante, *Corso...*, p. 204; Giulio Vismara, *La donazione nuziale...*, p. 109; M. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, “Secondes nocés”, Paris, 1784, tome 12, p. 134; Pion, *De la protection des enfants du premier lit*, Tesis doctoral, Paris, 1894, p. 27; Lucien Anné, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Lovaina, 1941, p. 315; implícitamente, Arangio-Ruiz al señalar que en el caso de las segundas nupcias la viuda adquiere la propiedad de la donación nupcial si no existen hijos, porque de lo contrario únicamente adquiere el usufructo, siendo la propiedad de los hijos, sin mencionar ninguna norma al respecto (vid. Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli, 1949, p. 460); Manuel Jesús García Garrido, *El patrimonio...*, p. 152); Voci que considera que existirían estos derechos tanto en la Ley *Feminae* como en la CTH. 8.18.1 de Constantino, sobre el derecho del padre en los *bona materna*, pero que a pesar de tratarse de un usufructo, existirían dos problemas al respecto: la calificación sustancial y la calificación conceptual de la institución. Así, en esta constitución usa Teodosio *possessio*, sin otros añadidos; sin embargo, será en constituciones sucesivas donde se use correctamente *usus fructus* y de *uti frui* (CTH. 8.18.1§3; CTH. 8.18.3; CTH. 3.9.1; CTH. 3.8.3; CTH. 5.1.8; CTH. 8.18.9; CTH. 8.18.10§2; Nov. 35 de Valentiniano III, Nov. 1 de Libio Severo). En conclusión para este autor, A) no existe una unidad de lenguaje en los textos (desde las expresiones

La corriente contraria está encabezada por Caes, que sostiene que el derecho de la madre es de propiedad, aunque limitado, y no de usufructo, basándose, en tres motivos principalmente. El primero: únicamente se le prohíbe a la bínuba la enajenación de los bienes a personas extrañas mientras vivan los hijos comunes; el segundo: se le reconoce la facultad de transmitir, ella misma, esos bienes a los hijos; y el tercero: en el caso de existir más de un hijo, se le concede la posibilidad de ejercer el *ius eligendi* sobre esos bienes en favor de aquél que ella entienda que es el más digno de verse beneficiado. Para él, por los motivos que él ofrece, se trataría de derecho *sui generis* más cercano al derecho de propiedad que al derecho de usufructo<sup>84</sup>.

más “bárbaras” de Constantino, a mitad de camino está Teodosio, para finalmente usar en los textos usufructo; B) En algunas ocasiones con este nuevo lenguaje el legislador ha tenido que dar explicaciones: así Honorio (CTH. 3.8.3) explicó: *in diem vitae usus fructus*. El usufructuario podía ser considerado como un poseedor: grosero según las ideas clásicas, pero sustancialmente no del todo equivocado. Posteriormente, este autor concreta que la madre conserva el usufructo, con la prohibición de enajenarlos (*vid.* Pasquale Voci, “Il diritto...”, pp. 74 y ss.; y pp. 103 y ss.). También lo consideran así: Alberto Del Vecchio, *Le seconde...*, p. 52; Armando Torrent, *Manual...*, p. 548; Enrique Lozano Corbí, “Las donaciones nupciales en el Derecho romano”, *RIDA*, 3ª serie, tomo 42, 1995, p. 223. Talamanca recoge que la *donatio ante o propter nuptias* (conectada con instituciones semíticas así como con la “morgengabe” alemana) regalo que el marido le hacía a la mujer en previsión del matrimonio (con finalidad de asegurar el mantenimiento de la mujer al disolverse el matrimonio), y que adquiría eficacia con la celebración de éste, al igual que la dote, están destinados para los hijos al fallecer ambos progenitores. Sin embargo, premuriendo la mujer, el marido readquiría la donación nupcial, que existiendo hijos adquiere el usufructo; si premuere el marido, la mujer se queda con la donación, aunque únicamente en usufructo existiendo hijos (*vid.* Mario Salamanca, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990, p. 150). Igualmente, *vid.* Pietro Vaccari, “Note per la storia del matrimonio romano dall’ultima legislazione imperiale alle compilazioni romano-barbariche”, *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, Istituto di Esercitazioni, Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Pavia, 1936, p. 6. En este sentido, para Mainz tanto la influencia de los Padres de la Iglesia que definían de inmoral el segundo matrimonio como los intereses de los hijos del primer matrimonio, hicieron que a partir de Constantino se publicaran un gran número de constituciones restrictivas (*vid.* Charles Mainz, *Éléments de Droit romain*, tomo 2, Bruxelles, 1855, p. 525); Esmein recoge: “En l’an 382, les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, voulant assurer aux enfants d’un premier lit la nue-propiété des biens que la femme avait reçus de son premier lit”, y también: “s’il existe des enfants du mari, d’un précédent mariage, la loi leur réserve la nue-propiété des biens dones *ante nuptias*” (“Le testament du mari et la *donatio ante nuptias*”, *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, 8º año, Paris, 1884, p. 22, nota 1 y página 31, respectivamente).

<sup>84</sup> Para Caes, si se aceptara la opinión dominante —la del derecho de usufructo de la bínuba—, por qué Teodosio I le reconoció, además de la facultad de transmitir ella misma estos bienes a los hijos comunes, el *ius eligendi*. Considera también que si los hijos comunes al pasar a ser *sui iuris*, por la prelación de su padre *sui iuris* —si no lo hubieran sido ya por emancipación o por otro motivo— podrían entonces disponer, mientras viviera su madre bínuba, de su parte de nuda propiedad, ya fuera por actos entre vivos o por causa de muerte, o dejarla *ab intestato* a sus herederos legítimos, incluida eventualmente su madre sobreviviente. Pero esta facultad le es denegada en la *Ley Feminae* dado que siendo la madre la sobreviviente, es ella la plena propietaria. Y, por último, contempla el supuesto de que la madre realizara enajenaciones fraudulentas sobre los bienes recibidos del padre difunto, a personas distintas de los hijos comunes, en este caso, podrán los hijos retirar el valor de lo enajenado en la suce-

El derecho de los hijos no se encuentra aún garantizado en esta constitución ante la posible insolvencia de la madre, no siendo hasta más tarde cuando ésta venga

sión de la madre, argumentando el autor que en el supuesto de ser los hijos, en realidad, nudos propietarios desde las segundas nupcias de la madre, la ley les habría otorgado una acción reivindicatoria contra los terceros poseedores, para recuperar esos bienes tras el fallecimiento de su madre (vid. Lucien Caes, *Le statut...*, pp.17 y ss.). Esta teoría es compartida por: Solazzi, ya que aparte los motivos dados por Caes, entiende que también en el caso de premorir la madre se habría producido la consolidación del usufructo y no como sucede realmente que la *sponsalicia largitas* es recibida por los hijos como parte de la herencia materna. Recoge otras leyes posteriores a la *Ley Feminae* en las que a la madre bínuba se le reconoce, expresamente, un derecho de *ususfructus*, como son: CI. 5.10.1 (año 392); CTH. 3. 9.1 (año 398); CTH. 3.8.3 (año 412) y por último, CTH. 5.1.8 (año 426) (vid. Siro Solazzi, “Dall’ ‘ususfructus’ della ‘sponsalicia largitas’ all’ ‘ususfructus’ di Gai. 2,7”, *SDHI*, 17, 1951, pp. 252-255). En igual sentido, entiende Sanfilippo que el derecho de la madre bínuba es de propiedad “tout court” (vid. Cesare Sanfilippo, “Recensión a “Lucien Caes, *Le statut...*”, pp. 503 y ss.). Por otro lado, para Humbert es más bien “un droit de propriété amputé par l’interdiction d’aliéner à l’égard d’autres personnes que les enfants nés du mariage” (Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 419). Otro autor que se suma a la corriente es Bretone, para el que también sería un derecho de *dominium* el de la madre y no podría aplicarse en ningún caso el esquema clásico del *usus fructus*, dado que como él sostiene, el derecho que ella tiene es una *possidendi in diem vitae facultas*, que no implica ninguna *facultas abaliniandi*; conserva el *ius eligendi*, pero se le niega la *potestas* de transferirlos *in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam*, y finalmente, por los motivos de Caes, esto es, el *ius eligendi*, posición de *heredes* de los hijos respecto a la *sponsalicia largitas* y por la imposibilidad de ejercer la *rei vindicatio*, no se puede considerar un usufructo según los esquemas clásicos. Bretone recoge para terminar su teoría, el párrafo primero de la Ley, prestando atención a que no se menciona en él la palabra “*usus fructus*”, pero aclara que se quiso evitar recurrir a un “nomen técnicamente impegnavivo” como el de *usus fructus*, de ahí que en el segundo párrafo se la sospecha se confirma, ya que la expresión “*pleni proprietatis iuris obtinere*”, referida a la viuda bínuba que no tuvo hijos “*ex priore matrimonio*” o se quedara sin ellos, “*suggestis, per l’ipotesi contraria prima discussa, l’idea di una “proprietà convenientemente adattata”* (Mario Bretone, *Nozione...*, pp 46 y ss.). En la misma línea estaría Dupont para el que se trataría de un derecho de usufructo nuevo, separado de las reglas clásicas. Anteriormente era propietario, y sufre un recorte de sus prerrogativas. Los derechos de la bínuba estarán limitados; desde un punto de vista práctico, si se considera el carácter vitalicio de sus poderes, las interesadas sólo tienen el usufructo de los bienes que antes tenían en propiedad; sin embargo, desde un punto de vista jurídico la situación es completamente distinta. Los términos usufructo y usufructuario no aparecen en la norma, y la *potestas possidendi* continúa entera. Teodosio I, al igual que Constantino anteriormente (CTH. 8.18.1 y 2), se encuentra ante el mismo problema, expropiar a los individuos ciertos bienes legalmente adquiridos, por ello señala una simple limitación legal de la propiedad. En la segunda parte de la ley, relativa a los bienes adquiridos de los hijos comunes, dispone que la madre no pueda enajenar los bienes, y sólo tendrá la *possessio in diem vitae*; sin embargo, si la madre no tuviera hijos, todo lo adquirido del marido lo tendrá en *pleni proprietate iuris*. Para él, sería posible que los términos tuvieran su sentido normal, sin cargarlos con una significación vulgar; *possessio* equivaldría a dominio de hecho del propietario, mientras que *proprietatis pleni iuris* sería la propiedad no limitada con la prohibición de enajenar. En conclusión, aparece una nueva fuente de usufructo que es la ley, procediendo los emperadores con cautela, dado que no quieren sacrificar ostensiblemente los derechos de los propietarios legítimos como los paterfamilias, bínubos y maridos sobrevivientes, “*les réduire à l’état d’usufruitiers aurait été en quelque sorte une expropriation. Limiter légalement leur dominium en le frappant d’une interdiction légale d’aliéner, respecte les principes classiques tout en permettant d’obtenir les résultats visés. L’expédient n’est d’ailleurs que provi-*

obligada a prestar caución, entre otras medidas, dependiendo de la naturaleza del bien, mueble o inmueble, para que los hijos no vean perjudicado su derecho en los bienes sujetos a reserva<sup>85</sup>. Los hijos sí tienen derecho a obtener de la madre los bienes necesarios para igualar el valor de los bienes enajenados<sup>86</sup>.

Otra de las notas de esta norma es la limitación a los hijos del primer matrimonio del derecho reconocido sobre los bienes paternos, por lo cual, los descendientes de éstos, no tendrán ningún derecho a la *sponsalicia largitas*. Por lo tanto, su crédito es intransmisible, si premuere algún hijo común, se verán beneficiados sus hermanos y hermanas<sup>87</sup>. Se ampliará posteriormente a los descendientes el beneficio de esta obligación.

En el caso de premoriencia de un hijo, si la madre le sucede no adquiere un poder más extenso sobre la fracción de los bienes recibidos de su marido y que corresponderían a la parte del hijo premuerto, sino que serán, como entiende Humbert, las hermanas del hijo premuerto, las únicas que se beneficiarán del aumento provocado por la muerte de uno de sus hermanos o hermanas.

Entonces, ni la madre heredará en presencia de hermanos del hijo premuerto, ni los propios descendientes del *de cuius* se verán beneficiados del destino de los bienes de origen paterno, ya que se asegura que acaben en manos de los otros hijos comunes de ese matrimonio, no habiendo pues posibilidad de transmitirlo por sucesión a la madre<sup>88</sup>.

soire; à la propriété limitée succede rapidement pour les *paterfamilias* et les *binubae* un usufruit cadrant mieux avec la réalité. La source de cet usufruit, les obligations de son titulaire l'opposent à l'institution analogue bien connue des Romains. Les empereurs le perçoivent certainement mais, souverains législateurs, ils se reconnaissent le droit d'innover sans que l'on puisse considérer leurs innovations comme des dérivations" (Clémence Dupont, "Les *jura in re aliena* dans le Code Théodosien", *RIDA*, 1977, vol. 24, pp. 247 y ss.).

<sup>85</sup> Será con la Ley del emperador León del año 472 cuando se obligue a prestar caución (CI. 5.9.6§ 1 y § 2) (*vid.* Ildefonso García del Corral, *Cuerpo..., Código...,* pp. 581-582).

<sup>86</sup> *Vid.* Voci para el que Constantino permitió la persecución ilimitada de los bienes enajenados por el padre a los terceros; y en la norma de Teodosio se deberían poder perseguir los bienes en manos de terceros, pero la norma nada dice al respecto, por ejemplo, en el caso de que la madre no tenga otros bienes para los hijos (*vid.* Pasquale Voci, "Il Diritto...", p. 104).

<sup>87</sup> Se trata de una protección limitada al círculo de los *liberi*, por lo tanto sobre una masa indivisa (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...,* p. 420).

<sup>88</sup> La constitución hace referencia al Senado Consulto Tertuliano, por el que la madre es descartada por el hermano del *de cuius*, pero concurre con sus hermanas; en la Ley *Feminae* se distingue al hablar del derecho *ab intestato* de la madre, según el sexo del hijo premuerto: si es un varón, su parte es igual a la que tiene cada una de las hermanas sobrevivientes, mientras que si es una mujer, la madre recibe la mitad en usufructo, recibiendo la otra mitad las hermanas de la premuerta (*vid.* Michel Humbert, *Ibidem,* p. 420). Voci contempla el caso de morir un hijo dejando hermanos, éstos habrían excluido a la madre según el Senado Consulto Tertuliano. Valente en el año 369 modifica el S.C. Tertuliano disponiendo que el hermano emancipado precederá al tío emancipado, y que concurrirá con la madre, a quien privará de un tercio de la herencia (CTH. 5.1.2). La Ley *Feminae* calla sobre este punto —sólo

En cuanto a los bienes provenientes de los hijos, si premoría uno de ellos y su madre le sucede, sea *ab intestato*<sup>89</sup>, sea por testamento, conservará, también en este

recoge la posibilidad de concurrir la madre con las hermanas, pero no con los hermanos— sin embargo, parece que sea la *Interpretatio* la que habla de hermano, *qui matrem possit excludere*, ignorando como se ve la Constitución de Valente, tanto en la legislación oriental como en la occidental (*vid.* Pasquale Voci, “Il Diritto...”, p. 84). Para Yaron se ha ido produciendo un cambio gradual en la posición de la madre: en el Derecho clásico si concurría con un hermano se la excluía, mientras que si concurría con hermanas tenía una cuota proporcional. En la interpolada CTH. 3.8.2§ 1 toma la mitad si el *de cuius* es mujer. Bajo la *interpretatio* de la CTH. 5.8.1 ella tomará la mitad con independencia del sexo del *de cuius*. Lo mismo se contempla en CI. 6.56.7, pero ahora se le admite concurriendo con un hermano del difunto, tomando una cuota proporcional. En la Novela 22, capítulo 47§ 2, se racionaliza todo el sistema: madres, hermanos y hermanas todos son iguales y adquieren una cuota proporcional (*vid.* Reuven Yaron, “Two notes on intestate succession”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis-Revue d’Histoire du Droit*, 1957 (25), pp 396 y ss.).

<sup>89</sup> Caes mediante dos ejemplos en los cuales muere intestado el hijo y posteriormente la hija, nos expone la diferencia que se produce en el patrimonio materno dependiendo de la teoría que se siga. La teoría mayoritaria, es aquella que considera el derecho de la madre desde que pasa a segundas nupcias de un simple usufructo, mientras que serían los hijos los nudos propietarios. La teoría opuesta es la que él encabeza, considera, por el contrario, que la madre sigue teniendo el derecho de plena propiedad que tenía antes únicamente limitado por la obligación de no *abalienare in extraneam personam* los bienes mientras vivan los hijos comunes, reconociéndole, en el caso de que exista más de un hijo común, el derecho de atribuir los bienes al que según sus méritos ella considere más digno de verse beneficiado. El ejemplo es el siguiente: un *paterfamilias* muere dejando un hermano, una viuda con *ius liberorum* y un hijo y una hija de su matrimonio. La *largitas* marital es de 40.000; cada parte que corresponde a cada hijo son 50.000, la viuda se casa de nuevo y el hijo fallece después sin descendencia. Según la opinión común, la viuda perdería la nuda propiedad de las 40.000 a favor de los hijos del primer matrimonio. La herencia del hijo comprendería (en el caso de no tener otro activo): 50.000 heredados del padre en plena propiedad, y 20.000 en nuda propiedad adquiridos *ipso iure* con las segundas nupcias. El Senado Consulto Tertuliano que en este aspecto no fue modificado, señala que se devolvería esta herencia por mitad a madre e hija. Por lo cual cada una recibe, 25.000 en plena propiedad y 10.000 en nuda propiedad. Para los seguidores de esta teoría, perdería la madre la nuda propiedad de la porción que se le debe de la herencia del hijo fallecido sin descendencia tras las nupcias. Siendo esto así, el patrimonio de la hija entonces sería: 50.000 en plena propiedad (recibidos de la herencia paterna), 20.000 en nuda propiedad (adquiridos *ipso iure* con segundas nupcias), 25.000 en plena propiedad y 10.000 en nuda propiedad (porción hereditaria recibida por ella de la herencia del hermano) y 35.000 en nuda propiedad (de la porción hereditaria que su madre bínuba recibe también de la herencia de su hijo). En total sería: 75.000 en plena propiedad y 65.000 en nuda propiedad. Resultaría entonces que el patrimonio de la bínuba sería de 65.000 en cuasiusufructo (suponiendo que no tiene otros bienes). Caes por el contrario, al considerar que la Ley *Feminae* no ha atribuido a los hijos comunes desde las segundas nupcias de la madre bínuba *sui iuris* la nuda propiedad, ni de los bienes provenientes del difunto marido, ni de los bienes recibidos de la herencia de su hijo fallecido intestado tras las nupcias, entiende que el patrimonio de la madre sería: 40.000 en plena propiedad aunque limitada (desde las segundas nupcias) mientras viva uno de los hijos, por una obligación de no hacer, sería la obligación de no *abalienare in extranem personam* (a favor de persona distinta a los hijos) y 25.000 en plena propiedad con el límite antes recogido. Se puede ver que según se siga una u otra teoría la bínuba tendrá 65.000 pero en cuasiusufructo en una teoría, y en la otra, por el contrario, la plena propiedad con el

caso, para transmitirlo<sup>90</sup> cuando ella muera, a los demás hijos del primer matrimonio aún sobrevivientes, todo lo que reciba de la sucesión, ya sea proveniente del padre o tenga otro origen distinto, no permitiéndole disponer de éstos en modo alguno, y teniendo únicamente su posesión<sup>91</sup>.

Con esta manera indirecta de recibir la madre los bienes paternos por vía del fallecimiento del hijo, el legislador debió tomar alguna precaución, porque de no tomarla, la madre podría recibir sobre los bienes paternos más facultades que las que hubiera tenido de haberlos recibido directamente de la sucesión del marido difunto.

En este sentido, el legislador fue muy precavido<sup>92</sup>, y donde debería de haber hecho una distinción según el tipo de bienes: *bona paterna* y *bona extrinsecus quae-*

límite de no enajenar a extraños distintos de los hijos mientras éstos vivan. En el caso de morir la hija: según la teoría tradicional había recibido: 75.000 en plena propiedad y 65.000 en nuda propiedad. Su herencia, en el caso de sólo constar de éstos bienes, se dividiría según el Senado Consulto Tertuliano (teniendo en cuenta las modificaciones realizadas por Constantino (CTH. 5.1.1 año 321) confirmadas por Valentiniano I y Valente (CTH. 5.1.2 año 369) de la siguiente manera: el tío paterno de la difunta tendría un tercio de la herencia, y la madre bínuba dos tercios. En el caso de seguir la doctrina tradicional, el tío paterno tendría: 25.000 en plena propiedad y 21.666,67 en nuda propiedad; mientras que, la bínuba tendría: 50.000 en plena propiedad, 43.333,33 en nuda propiedad y 21.666,67 en cuasiusufructo. Ahora bien, en el caso de seguir la teoría de Caes, en la que la hija sólo tenía 75.000 en plena propiedad (50.000 provenían de la herencia paterna y 25.000 de la herencia del hermano), resultaría que: el tío paterno le corresponderían 25.000 en plena propiedad, mientras que la bínuba recibiría 50.000 en plena propiedad, y en lo relativo a las 65.000 que tenía la bínuba (40.000 provenientes de la herencia del esposo y 25.000 de la herencia del hijo), que según su teoría le pertenecían en plena propiedad aunque limitada mientras viviese la hija por la obligación de no *abalienare in extraneam personam*, ahora una vez fallecida ésta, cesará esta obligación, siendo ya plena propietaria la madre (*vid. Lucien Caes, Le statut...*, pp. 21 y ss.).

<sup>90</sup> Para Voci los hijos no adquirirán los bienes directamente del padre, sino de la madre, y debería pensarse en un *transitus legalis* desde la celebración de las nuevas nupcias. La norma habla de *transmittere* por parte de la madre, pero después llama herederos a los hijos; el error lo corregirá Justiniano que sustituye *heredes* por *liberi* (*vid. Pasquale Voci, "Il Diritto..."*, p. 104).

<sup>91</sup> De este modo, recoge CI. 5.9.3 § 1: "Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex iisdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, matre iam secundis nuptiis funestata, aliis etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis superstitibus, id, quod per eandem successionem ab intestato vel ex testamento suae posteritatis mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his, qui supererunt, ex priore susceptis matrimonio filiis relinquat, nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quidquam alienandi habeat potestatem" ("También añadimos esto a la ley, que si acaso hubiere fallecido, después de contaminada la madre en segundas nupcias, alguno de los mismos hijos, que constare que fueron habidos en el primer matrimonio, sobreviviendo también otros hijos nacidos del mismo matrimonio, deje la madre todo lo que se viere que adquirió por la misma sucesión abintestato o por testamento de su descendencia, defiriéndosele solamente la posesión hasta el término de su vida en la porción a ella debida, a los hijos que sobrevieren habidos del primer matrimonio, y no tenga facultad para testar sobre estos bienes a favor de otra cualquier persona extraña o para enajenar cosa alguna"), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo...*, *Código...*, p. 577.

<sup>92</sup> Humbert entiende que con esta disposición el legislador va más allá de la simple preocupación de asegurar el retorno de los bienes de origen paterno a los hijos nacidos de ese matrimonio, dado que,

sita, no la hizo<sup>93</sup>, siendo el resultado el siguiente: la madre debería conservar y no podría enajenar el conjunto de los bienes recibidos del hijo premuerto, no haciendo distinción alguna según su procedencia. Será con Justiniano cuando se diferencien los bienes según su origen. En este sentido, la madre únicamente disfrutaba de los bienes, correspondiendo la nuda propiedad a los otros hijos sobrevivientes. Si un hijo premoría a su madre antes de convolar ésta a nuevas nupcias, la madre conservará el pleno dominio de los bienes adventicios del hijo, pero sobre los profecticios (provenientes del padre), sólo tendrá el usufructo; la propiedad pertenece a los hermanos y hermanas del hijo premuerto<sup>94</sup>.

Se indicó al principio que sobre el origen de esta constitución se ha discutido mucho. Así, se han buscado muchas similitudes con otras instituciones y también con otros ordenamientos jurídicos, más o menos cercanos al romano, cronológica y geográficamente, que pudieran influir en el legislador romano en el momento de regularla.

Así pues, para algunos autores su origen sería oriental<sup>95</sup>, mientras que otros han entendido que el origen de la institución se encontraba en las costumbres helenísticas o sirias<sup>96</sup>. Sin embargo, para otros, en cambio, no habría que irse tan lejos para buscar el origen o las analogías de esta nueva regulación, dado que en el propio Derecho de familia romano es donde se encuentra la raíz o la posible fuente de inspiración del legislador.

En este sentido, Humbert considera que en esta constitución se recoge la obligación legal impuesta a la bínuba, mediante la cual se le prohíbe la enajenación de los bienes recibidos de su difunto esposo, sancionando un deber de piedad y justicia e imponiendo un deber religioso respecto al difunto. El padre bínubo sólo tenía una obligación moral de hacer lo mismo, pero aún no era obligatoria su reserva. Para este autor existe cierta similitud con la *Laudatio Murdiae* de la época clásica, en el cual en forma de prelegado, la madre, de manera espontánea, restituye a los hijos del primer matrimonio los bienes paternos, como muestra de la generosidad conyugal y de la fidelidad mostrada por el difunto<sup>97</sup>.

según entiende él, si sólo le hubiera preocupado este motivo, las limitaciones realizadas en los derechos de la madre únicamente deberían haber comprendido estos bienes (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 422).

<sup>93</sup> La distinción según el tipo de bienes la hará Valentiniano III, en la disposición CTH. 5.1.8 (año 426). En esta norma, si la madre concurría con los hermanos del hijo premuerto en la sucesión intestada de éste, ésta adquiriría el usufructo de los bienes provenientes del padre (su esposo premuerto) que formaban parte de su herencia; yendo para los otros herederos la propiedad de éstos.

<sup>94</sup> *Vid.* Alberto Del Vecchio, *Le seconde...*, p. 52.

<sup>95</sup> *Vid.* Lucien Anné, *Les rites...*, pp. 418 y 425.

<sup>96</sup> *Vid.* Pietro Bonfante, *Corso...*, p. 186.

<sup>97</sup> El autor ve aquí cierta similitud de términos utilizados en la *Laudatio Murdiae* y la *Ley Feminae*, dado que en la primera, se utilizan *memoria patris* y *fides*, mientras que en la segunda se habla de *pie-*

Será en el fideicomiso de restitución en el que Humbert realmente vea “técnicamente el precedente directo” de la institución, dado que también se basaba en la *fides* y se destinaba a garantizar, ante las posibles segundas nupcias, la salvaguarda de los derechos de los hijos en los bienes paternos que recibiera la esposa. Para él: “On peut alors affirmer que Théodose I<sup>er</sup> reprit en 382 les précautions utilisées par les particuliers contre le remariage de l’épouse veuve, en généralisant un régime qui n’est autre que celui du fidéicommiss de restitution”<sup>98</sup>.

## **B) Las reformas posteriores de la Ley *Feminae* hasta la Novela 14 de Teodosio II**

La Ley *Feminae* sufrirá importantes cambios desde su promulgación, pero dado que no nos han llegado completas las fuentes, tenemos importantes lagunas para seguir paso a paso todo el recorrido de la evolución. De todas formas la tendencia es, como manifiesta Caes, aumentar el derecho de los hijos comunes sobre dichos bienes<sup>99</sup>.

### **a) La Ley única CI. 5.10 de Valentiniano, Teodosio I y Arcadio**

Esta constitución fue dada por los emperadores Valentiniano, Teodosio I y Arcadio a Taciano P.P. en marzo del año 392. Lleva por título *Si secundo nupserit mulier, cui maritus usufructum reliquit*<sup>100</sup>, lo cual nos da una idea del contenido de la misma.

*tas y religio*. En ambas la idea final es el respeto al difunto que se traduce en el destino definitivo de sus bienes (vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 423).

<sup>98</sup> Humbert expone seguidamente las características del fideicomiso de restitución: 1) la madre fiduciaria es propietaria de los bienes, pero los deberá restituir (ya sea en natura o en su valor) cuando premuera a sus hijos; 2) el marido premuerto le reconoce con frecuencia a la viuda el *ius eligendi*; 3) los hijos sólo están en una posición de acreedores (recordemos aquí que Humbert sigue la corriente de los autores que entienden que la madre es nuda propietaria y los hijos acreedores al morir ésta) y su derecho es intransmisible, dado que la restitución de los bienes sólo se producirá en caso de sobrevivir éstos; 4) los hijos no tienen un derecho a una parte determinada de los bienes paternos, al tratarse de una masa indivisa que se restituye al conjunto de hijos; 5) en el caso de que la esposa pudiera retener el cuarto (cuarta pagasiana) de los bienes de su marido, el deber moral de la piedad y fidelidad la comprometían a restituir a los hijos la totalidad de los bienes al tiempo de su muerte; 6) por último, en el caso de que el testador confiara en la honestidad de su esposa, le podía dispensar de la *cautio fideicommissorum servandorum causa* (vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, pp. 423-424).

<sup>99</sup> El mismo autor nos expone que aún con la Ley *Feminae* no se prestaba mucha atención a la “donación por razón de matrimonio”, dado que ésta no ocupaba, seguramente, en ese momento, el lugar significativo en el patrimonio de los esposos que en el siglo V le conferirán las leyes imperiales, y también porque Teodosio I se preocupó simplemente de que todos los bienes fueran a llegar a manos de los hijos, sin importarle hacer distinciones según la clase de bienes (vid. Lucien Caes, *Le statut...*, p. 24).

<sup>100</sup> “De si se hubiere casado en segundas nupcias la mujer a la cual el marido le dejó el usufructo”.

A partir de ahora, las normas establecen que la madre viuda desde el momento de las segundas nupcias, pierda el usufructo que su esposo premuerto le concedió por acto *mortis causa*, sobre sus bienes<sup>101</sup>, restituyéndolo inmediatamente en ese instante, de las segundas nupcias, a los hijos del primer matrimonio existentes.

“Si usum fructum maritus rerum suarum decedens uxori reliquerit, eaquae in secundas nuptias consortiumque convenerit, usum fructum, quem ex priore marito consecuta fuerit, amittat, atque eum filiis ex eo die, quo nupserit, mature restituat...”<sup>102</sup>.

En el caso de que los hijos sean pequeños y la madre no les otorgare la ayuda de un tutor, y aún así, ella enajenara fraudulentamente los bienes, la madre bínuba deberá restituir a los hijos todo cuando se le reclame, junto con los frutos producidos<sup>103</sup>.

En cuanto al usufructo de los bienes donados antes de las nupcias se deberá seguir lo regulado al respecto anteriormente<sup>104</sup>.

Posteriormente, Justiniano derogará esta disposición decretando que en el caso de constituir un usufructo uno de los cónyuges en favor del otro, únicamente si el cónyuge premuerto hubiere establecido la condición expresa de la pérdida del usu-

<sup>101</sup> Para Caes se trataría en este caso de un usufructo en el sentido técnico de la palabra (*vid.* Lucien Caes, *Le statut...*, p. 25). Sin embargo en opinión de Humbert no estaría tan claro, y se cuestiona qué tipo de usufructo es el que pierde la bínuba, sólo el que tiene sobre los bienes paternos cuya nuda propiedad corresponde a los hijos, o por el contrario, puede que sea todo usufructo, cualquiera que sea el titular del *dominium*, que la madre “pierda” con las segundas nupcias y deba ser “devuelto” a los hijos del primer matrimonio. En su opinión, en este caso será la primera interpretación (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 390).

<sup>102</sup> “Si al morir le hubiere dejado el marido el usufructo de sus bienes a su mujer, y ésta hubiere convalidado a segundas nupcias y unión; pierda el usufructo que hubiere conseguido de su primer marido, y restitúyasele inmediatamente a los hijos desde ese día en que se hubiere casado” (Ildefonso García del Corral, *Cuerpo...*, *Código...*, pp. 586 y 587).

<sup>103</sup> “Quodsi liberos ex priore matrimonio adhuc imbecilitas habebit infantiae nec muniat tutoris auxilium, ac per huiusmodi occasionem mater ea, quae relicta fuerant, usurpaverit, omnia, cum competentibus fructibus, ad liquidum deducta ratione, restituat” (Ildefonso García del Corral, *Cuerpo...*, *Código...*, pp. 586 y 587).

<sup>104</sup> “De usufructu vero rerum ante nuptias donatarum ea servati, quae anteriores constitutiones decreverunt, sancimus” (Ildefonso García del Corral, *idem*). Humbert considera que aquí se está refiriendo a la Ley *Feminae* (CTH. 3.8.2), cuyas disposiciones se seguirían manteniendo en este caso. Esta ley confirmaría que el derecho transmitido sobre los bienes en plena propiedad por el marido a la viuda se reduce con el nuevo matrimonio a un derecho aquí calificado de *usus fructus*. Existe una distinción entre estas dos masas de bienes, estando por un lado, una masa sobre la cual la madre únicamente tiene un derecho de “usufructo” desde su segunda boda, y por otro, otra masa sobre la cual desde el momento de las segundas nupcias pierde el usufructo que sobre ella le había dejado el marido. Como daba lugar a dudas, fue necesario volver a recordar la distinción, precisando los límites de la ley del año 392, en dos leyes, una de fecha desconocida y otra posterior, oriental del año 398 (CTH. 3.9.1 la cual alude a la primera precisión: “*aperta definitione signamus...*” (Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 391).

fructo sobre los bienes en caso de contraer nuevas nupcias la viuda, la bínuba sí perdería el usufructo; pero a falta de condición expresa, lo conservaría<sup>105</sup>. Justiniano recoge también en esta novela, que no podrá el testador revocar el usufructo que permite la ley sobre la dote o la donación antes de las nupcias.

### b) La Ley única CTH. 3.9 de Arcadio y la Ley CTH. 3.8.3 de Honorio

La ley única del Códex Teodosiano 3.9 se promulgó en Constantinopla el 14 de febrero del año 398 y lleva por título: *Si secundo nubserit mulier, cui maritus ususfructum reliquerit*.

Esta ley interpretativa fue promulgada por Arcadio, primer sucesor de Teodosio I en Oriente, en la que aparte de confirmar la constitución CI. 5.10. menciona una ley perdida relativa a los *res ante nubtias donatae*, en la que se establecía que el derecho de la madre bínuba, ya no se calificaba como en la Ley *Feminae de possidendi facultas* o de *possessio*, sino que en ese momento el derecho reconocido a la bínuba sobre las donaciones matrimoniales sería denominado expresamente de *ususfructus*<sup>106</sup>.

Esta nueva calificación del derecho de la bínuba sobre las *res ante nubtias donatae* produjo una controversia, siendo esta ley, la que aclararía la situación.

Igualmente, en esta misma norma se establece que la Constitución Teodosiana CI. 5.10, del año 392, no sería aplicable al usufructo de las donaciones nupciales sino al usufructo que en favor de su mujer el difunto marido establecía sobre sus bienes en un acto de última voluntad<sup>107</sup>, señalándose que la mujer podía poseer los bienes bajo la condición de no volverse a casar, porque en este caso, devolvería el

<sup>105</sup> Nov. 22, cap. 32: “Nobis autem non satis hoc placuit, sed volumus, vel ususfructus detur per largitatem, aut mortis causa donationem factam aut inter vivos, in quibus licet etiam donari, si relinquatur, et accipiens ad secundas veniat nuptias, manere sic quoque usam, donec supersit, qui hunc habet ususfructum, nisi expressim ille, qui donationem (sicut dictum est) fecit, aut hunc reliquit, sive masculus sive femina, dixerit, velle ad secundas veniente nuptias eo, qui ususfructum accepit, solvi eum, et ad suam reverti proprietatem...” [(“Pero a nosotros no nos place esto lo bastante, sino que queremos, que, si se dejara, ya si el usufructo fuese dado por liberalidad, o por donación hecha por causa de muerte, o entre vivos en los casos en que es lícito que también se done, y el que lo recibe pasara a segundas nupcias, subsista también de este modo el usufructo mientras viva el que tiene dicho usufructo, a no ser que expresamente hubiere dicho el que hizo la donación, (según se dijo), o el que lo dejó, ya sea varón ya hembra, que quería que al pasar a segundas nupcias el que recibió el usufructo se extinguiera éste, y volviera a la propiedad...”) (Ildefonso García del Corral, *Cuerpo... , Novelas...*, p. 124)].

<sup>106</sup> “Aperta definitione signamus longe aliud esse, quod de rebus ante nubtias a nostra mansuetudine constitutum est” (Paul Kruegeri y Theodor Mommsen, *Codex...*, vol. I, p. 146).

<sup>107</sup> “Nam in eo usufructu, quem vir extremam constituens voluntatem de rebus propriis uxori dimiserit, statim post secundas nubtias mulieri volumus imminere iacturam secundum eam legem, quae de hoc articulo non dubitatur emissa, de usufructu vero rerum ante nubtias donatarum ea servar, quae saluberrima lex anterior plena definitione decrevit” (*Ibidem*).

usufructo recibido por el acto de última voluntad del marido, en favor de los hijos del primer matrimonio.

En la interpretación de la constitución se recoge que en el caso del usufructo sobre las donaciones matrimoniales (*rerum ante nuptias donatarum*) se seguirá rigiendo por las disposiciones establecidas en una ley anterior, conservando la viuda el usufructo sobre las mismas —aún en el caso de pasar a segundas nupcias— hasta el día de su fallecimiento, momento en el cual, la propiedad revertirá a los hijos del primer matrimonio<sup>108</sup>.

En cuanto a la otra norma, la constitución CTH. 3.8.3, fue promulgada en Ravena el 22 de junio del año 412 por el emperador Honorio, primer sucesor de Teodosio I en Occidente. En ésta se recoge, nuevamente, el término *usumfructum*<sup>109</sup> para denominar el derecho que tiene la bínuba sobre los bienes recibidos de su difunto marido *nuptiarum tempore*<sup>110</sup>. En esta disposición aparece empleado este término como si se tratara ya de un derecho de la bínuba generalmente admitido<sup>111</sup>.

### c) La Ley CI. 5.9.4 de Honorio

Existen dos fragmentos que fueron promulgados ambos en el año 422 por Honorio en Milán, en los cuales lo importante es garantizar que los hijos del primer

<sup>108</sup> “Usumfructum vero de sponsalicia largitate usque ad obitum suum, sicuti superius alia lex locuta est, merito retinebit: unde haec ipsa post obitum matris ad illius mariti filios, qui donavit, proprietatis redditura est” (*Idem*).

<sup>109</sup> Voci considera que el término *usus fructus* utilizado en esta constitución y en la CTH. 3.9.1 entre otras que él también considera (dado que para el autor también sería correcto su uso en: CTH. 8.18.1; 8.18.3; 5.1.8; 8.18.9; 8.18.2; Nov. Val. 35,10 y Nov. Sev. 1) es empleado correctamente. En su opinión, dado el nuevo lenguaje del legislador, en relación con la palabra usufructo, al establecer Teodosio I, en la Ley *Feminae, possessio in diem vitae*, se habría visto obligado el emperador Honorio, en ese momento temporal, año 412, a explicar: *in diem vitae usus fructus*, en relación con el derecho de la madre bínuba (*vid.* Pasquale Voci, “Il Diritto...”, p. 77).

<sup>110</sup> “Nulli videatur ambiguum eorum, quae nuptiarum tempore mulieres accipiunt, etiamsi ad secundas nuptias extantibus ex priore matrimonio liberis emenso tempore forte migraverint, in diem vitae usumfructum circa eas debere durare, salva his proprietate, quibus isu integrum post earum obitum leges sacratissimae reservarunt, ut manifestum est, quod delatum ex priore coniugio liberis constat” (Paul Kruegeri y Theodor Mommsen, *Codex...*, vol. I, p. 146).

<sup>111</sup> Como Humbert bien señala, la Ley *Feminae* fue recibida, tanto en Occidente como en Oriente, antes del año 412, porque la CTH. 3.8.3 se opone a una interpretación tendenciosa de la CTH. 3.8.2, según la cual la bínuba debía perder el derecho de usufructo sobre los bienes de su marido. Tras la aplicación en Occidente de la Constitución oriental CI. 5.10.1 (año 392), que privaba a la bínuba del usufructo concedido por el difunto marido, aquí está la prueba, para el citado autor, de que las dos constituciones orientales (CTH. 3.8.2 y CI. 5.10.1), fueron recibidas en Occidente antes del 412, porque si no la CTH. 3.8.3 no tendría ninguna razón de ser. El autor señala que los mismos problemas se suscitaron también en Oriente, dado que CTH. 3.9.1 (año 398) igualmente intentaba esclarecer las dudas que resolvería CTH. 3.8.3 algunos años más tarde en Occidente. Concluye señalando que entonces la Ley *Feminae* fue recibida en Occidente antes de la promulgación allí del Código Teodosiano (*vid.* Michel Humbert, *Le mariage...*, p. 428).

matrimonio reciban la donación nupcial realizada por el pariente premuerto, hubie-  
ra o no pasado a segundas nupcias el cónyuge viudo sobreviviente<sup>112</sup>.

La constitución recogida en el Código de Justiniano como CI. 5.9.4 es la prime-  
ra de ellas, relativa a la aportación del marido premuerto (*sponsalicia largitas*), la  
otra es la CTH. 3.13.3, relativa a la dote que el marido sobreviviente conserva tras  
la muerte de la esposa premuerta.

Empezando con la primera, hay que recordar que con la Ley *Feminae* se había  
establecido un régimen jurídico por el cual la donación nupcial sólo se reservaba a  
los hijos del matrimonio en caso de pasar la viuda a segundas nupcias; por lo cual,  
si se mantenía en estado de viudedad, su derecho era pleno e intacto, y se producía,  
entonces, una confusión de sus bienes con los provenientes de su marido difunto.

En el caso de haberse casado la viuda dos veces, y haberse mantenido viuda tras  
el segundo matrimonio, tendría un derecho intacto sobre la donación aportada por el  
segundo marido, pudiendo, por tanto, disponer de ésta a favor del que ella quisiera  
(ya se tratara de los hijos del primer matrimonio, como de un tercero extraño) sin  
necesidad de conservarla para los hijos del segundo matrimonio, pero cuando ella  
falleciera, se producía una injusticia, dado que la donación del primer esposo se  
reservaba para los hijos del primer matrimonio, mientras que la donación del segun-  
do se dividía entre todos los hijos sin distinción; los del primer y los del segundo  
matrimonio.

En contra de esta situación actúa Honorio. Promulga, por tanto, la ley CI. 5.9.4  
en Rávena el 3 de noviembre del año 422.

Resultando a partir de ese momento que la donación marital se reservará sólo a  
los hijos nacidos de ese matrimonio, *tamquam bonum paternum*, por ser considera-  
dos bienes paternos. El citado emperador utilizará esta expresión para hacer referen-  
cia a su reforma, basándose en el régimen simétrico de los *bona materna*<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> Humbert considera que son dos fragmentos de una misma constitución promulgada en Milán en el  
año 422 por Honorio, dado que tratan del mismo tema y tienen la misma fecha y el mismo destinata-  
rio (vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 429). No lo ven así, en cambio, Lucien Caes, *Le statut...*,  
p. 27, ni Lucien Anné, *Les rites...*, p. 375.

<sup>113</sup> Caes entiende que Honorio hace alusión posiblemente a una ley CTH. 8.18.7 (que él mismo pro-  
mulgó en el año 395 en Milán), al recoger: “Cum aliis sanctionibus iusserimus materna bona integra  
ad liberos pervenire, quod tamen mulier mariti largitate perceperit, ex eo tantum liberi coniugio pro-  
crearit sibi speciale tamquam paternum noverint vindicatum.” (CI. 5.9.4). En esta otra ley de Honorio  
se establece que los padres conserven los bienes recibidos de sus hijos sometidos a su patria potestad,  
tanto por actos entre vivos como por actos por causa de muerte, provenientes tanto de sus abuelas o  
abuelos como de sus bisabuelas o bisabuelos maternos. La Ley CTH. 8.18.7: “...pater filio filiaeve inte-  
gra inlibataque custodiat, ut vendere donare, relinquere alteri aut obligare non possit, ut, quemadmo-  
dum ipse super his licentiam totius potestatis amittit, defuncto eo filio filiaeve praecipua computentur  
nec ab illis, qui ex patre sunt, consortibus vindiventur...”. Completaría, entiende el autor, esta constitu-  
ción a favor de los hijos legítimos (hijos de la esposa premuerta), las otras constituciones de  
Constantino relativas a los *bona materna* CTH. 8.18.1 y 2, y la de Graciano y Valentiniano II relativa

Como consecuencia de esto, al fallecer la madre, los hijos del primer matrimonio no tendrán ningún derecho en la *sponsalicia largitas* que le entregó el segundo marido, ni tampoco se podrán beneficiar los hijos del primer matrimonio, aún en el caso de no pasar a terceras nupcias su madre viuda, tras la segunda unión; porque esos bienes se reservarán para los hijos habidos en el segundo matrimonio<sup>114</sup>.

En contra de lo establecido en la Ley *Feminae*, a partir de entonces en el caso de no contraer un tercer matrimonio, la donación nupcial del segundo marido se reserva para los hijos del segundo matrimonio.

La situación ha cambiado ya que los hijos del primer matrimonio eran los beneficiarios con la Ley *Feminae*, mientras que a partir de este momento serán los hijos del segundo matrimonio los que serán protegidos contra las pretensiones de los hijos del primer matrimonio.

En la Ley *Feminae* si la madre se mantenía viuda después de la muerte del segundo esposo, la viuda conservaba la plena propiedad de las liberalidades maritales, y éstas eran consideradas como *materna bona*. En el caso de haberse mantenido aún esta interpretación, habría puesto en una situación bastante peor a los hijos del segundo matrimonio, dado que en el momento de fallecer la madre bínuba, los hijos del primer matrimonio podrían concurrir con los del segundo en la partición de la *sponsalicia largitas* proveniente del segundo marido, cuando en realidad, los hijos del primer matrimonio ya tenían un derecho en exclusiva sobre la *sponsalicia largitas* proveniente de su padre, esto es, el primer esposo premuerto, y ahora concurrirían también con los hijos del segundo matrimonio, en la donación nupcial del segundo esposo.

Es importante resaltar que también mientras viviera la bínuba los intereses de los hijos del segundo matrimonio estarían protegidos, dado que se le prohíbe a la madre enajenar los bienes provenientes de su difunto marido, en este caso concreto, como tratamos de los los intereses de los hijos del segundo matrimonio serán los bienes recibidos del segundo marido difunto.

a los *materna bona et materni generis*, CTH. 8.18.6 (vid. Lucien Caes, *Le statut...*, p. 27). Para Humbert, en cambio, la frase transcrita de la CI. 5.9.4 establecería una simetría (*cum...tamen*) entre los *bona materna*, que el padre debía conservar y la *largitas* del marido, *bonum paternum*, que la madre debía conservar (vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 430).

<sup>114</sup> La frase de la Ley CI. 5.9.4: “Itaque si habens filios in secundas nuptias frotase transierit, sponsalitam largitatem, quam vir secundus contulerit in uxorem, tantummodo filii, qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, pro soliditate possideant, nec prosit liberis ex priore susceptis matrimonio, quod mulier in tertia minime vota migraverit”, no es entendida de igual manera por la doctrina. Así, por un lado, Anné considera que los hijos del primer matrimonio no podrán reclamar los bienes que su madre recibió de su segundo esposo, aunque ésta pase a terceras nupcias (vid. Lucien Anné, *Les rites...*, p. 375). En cambio, para Humbert la frase significaría que el hecho de que la madre no se hubiera casado una tercera vez no beneficiará a los hijos del primer matrimonio (vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 430).

Si de la segunda unión no hay hijos (la unión resulta estéril), la madre en este caso tendrá un derecho en plena propiedad sobre la *sponsalicia largitas* del segundo esposo, aunque el difunto tuviera hijos de otros matrimonios<sup>115</sup>.

El texto recoge el caso de un segundo matrimonio estéril, en el que la donación nupcial no será ya un *bonum paternum*, sino que se unirá con las *maternae facultates*, pudiendo entonces la binuba disponer, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, en beneficio de cualquiera de los hijos habidos de cualquier matrimonio, siempre, claro está, que no queden hijos sobrevivientes nacidos del matrimonio cuyo padre donó la donación nupcial<sup>116</sup>.

La madre tiene la *potestas ab alienandi* (tanto en actos entre vivos como en actos por causa de muerte) únicamente en el caso de no sobrevivirla ningún hijo nacido del segundo matrimonio, y no pasare a terceras nupcias tras las segundas. Por lo cual, si existieran hijos de esa segunda unión matrimonial no podría disponer libremente la donación del segundo esposo.

Como se puede ver se ha extendido aquí a las viudas de las segundas nupcias que no se vuelven a casar las disposiciones de la Ley *Feminae* relativas únicamente a las segundas nupcias de las viudas<sup>117</sup>.

Debería haber considerado igualmente Honorio, la posibilidad de la premorienza de todos los hijos que pudieran haber nacido de ese segundo matrimonio<sup>118</sup>.

Una consecuencia que se puede extraer de la nueva calificación de la *sponsalicia largitas* concebida como un *bonum paternum* (siendo únicamente los hijos habidos de cada unión los beneficiarios con derecho sobre la donación nupcial de su padre difunto), es que se obliga a la viuda, que no contrae más nupcias que la segunda, a conservar y a que esos bienes acaben en manos de los hijos de ese matrimonio concreto.

<sup>115</sup> “Quodsi posterior vir sine liberis ex eodem matrimonio susceptis decesserit, quidquid ab eo ex sponsalium largitate uxor fuerit consecuta, id sibi iuridique suo sciat esse collatum, etiamsi ex priore matrimonio donator filios reliquisset doceatur” (“Pero si el segundo marido hubiere fallecido sin haber tenido hijos del mismo matrimonio, sepa la mujer que todo lo que hubiere obtenido de él por liberalidad de los esponsales, quedó transferido a ella y a su propio derecho, aunque se pruebe que el donante dejó hijos del primer matrimonio”).

<sup>116</sup> “Ad maternas sane veniens vel ex hoc vel ex quolibet alio titulo facultates, omnis posteritas, ex quocunque suscepta viro, pro debita sibi portione, ut a matre vel spontanea largitate vel per testamentum eius fuerit collata, possideat” (“Mas toda descendencia habida de cualquier marido, que por éste o por otro título cualquiera vaya a los bienes maternos, poséalos en la proporción a ella debida, según por la madre se le hubiere atribuido o por espontánea liberalidad o en su testamento”).

<sup>117</sup> Lo entiende así Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 431.

<sup>118</sup> En este sentido se pronuncia Caes, para el que no debería haberse limitado a recoger únicamente el caso de no haber nacido ningún hijo del segundo matrimonio, sino también este otro caso, dado que sí se halla contemplado en la Ley *Feminae* para el caso de un primer matrimonio (CTH. 3.8.2: “Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, vel natus native decesserint...”). (vid. Lucien Caes, *Le statut...*, p. 29).

De igual modo, en el caso de no volverse a casar la viuda tras su primer matrimonio, la calificación de los *bonum paternum* debería oponerse a que enajenara la donación nupcial a personas distintas de sus hijos. Pero este caso no se contempla expresamente en la Ley. Será con Teodosio II en su Novela 14, 6-7 (que veremos más adelante) dónde realmente la expresión *bonum paternum* tenga todas sus consecuencias; mediante la extensión del concepto a todos los bienes provenientes del marido premuerto, recibidos por la viuda, y no únicamente a la donación nupcial, como entendía esta constitución.

Desde el año 422, en Occidente, la *sponsalicia largitas, tamquam bonum paternum*, se consideró como una masa de bienes destinada siempre y en cualquier caso, a regresar a los hijos sobrevivientes, tanto si se casaba nuevamente la viuda cuanto si se mantenía viuda. Aquí se puede ver la similitud en la regulación de los *bonum paternum* con la noción y regulación de los *bona materna*, en la que éstos se reservaban para los hijos del primer matrimonio, pasara o no su padre a segundas nupcias.

Recapitulando: en el caso de existir a la muerte de la madre bínuba tanto hijos del primer matrimonio como del segundo, la *sponsalicia largitas* que la madre recibiera de los distintos y sucesivos esposos deberá ser *tamquam paterna bona*, y devuelta por entero cada una a los hijos habidos del matrimonio con el esposo que se la dio a la madre. Siendo esto así, la donación nupcial del primer marido regresará a los hijos del primer matrimonio, mientras que la del segundo a los habidos en éste.

En el caso de haber pasado la viuda a segundas nupcias (pero que no existieran hijos de esa unión<sup>119</sup> o que no sobrevivieran a la madre por premorirla), la *sponsalicia largitas* entregada por cualquiera de los dos maridos premuertos de los cuales —o ella no tuvo hijos con alguno, o ninguno de los que tuvo la sobrevivió— no podría ya considerarse como *tamquam paternum bonum*, sino que ya serían *maternum bonum*, esto es, bienes que ya pertenecían a la bínuba en plena propiedad, y no deberían ser reservados para otros posibles hijos que hubiera tenido con otra mujer el marido donante ni para los que la viuda hubiera podido tener con su otro cónyuge<sup>120</sup>.

#### d) La Ley CTH. 3.13.3 de Honorio

Esta Ley dada por Honorio en Rávena el 3 de noviembre del año 422, declara expresamente que la dote, al fallecer la madre, no puede ser enajenada por el padre viudo, porque debe ser conservada para los hijos habidos de ese matrimonio:

<sup>119</sup> Sólo se considera el caso de la donación nupcial entregada por el segundo marido y que no existan hijos de ese matrimonio, pero hay que extenderla también al caso de que no existan hijos del primer marido, como entiende Caes, para el que seguramente Honorio no lo quiso prever por haberlo contemplado ya expresamente Teodosio I en la Ley *Feminae* párrafo 2º (vid. Lucien Caes, *Le statut...*, p. 29).

<sup>120</sup> CI. 5.9.4 § 3 (vid. *supra*) y párrafo 4: “Nos enim hac lege id praecipue custodiendum esse decrevimus, ut ex quocunque coniugio suscepti filii patrum suorum sponsalities retineant facultates” (“Porque lo que en esta Ley hemos mandado para que especialmente se observe, es que los hijos habidos de cualquier matrimonio retengan los bienes sponsalicios de sus padres”).

“...eadem uxore defuncta marito ab eis heredibus cum fructibus ex die refusa dotis restituatur, ita ut proprietates eiusdem a liberis ex eadem susceptis alienari marito non possit”<sup>121</sup>.

Humbert señala que esta disposición para el caso de premoriencia del padre y de premoriencia de la madre tiene un carácter general y completamente nuevo, por ir más allá del simple consejo moral que daba la *Ley Feminae* a los viudos que pasaban a segundas nupcias de hacer lo mismo que las viudas bínubas sobre los bienes recibidos del marido, al estipularse en esta nueva disposición una prohibición legal en el padre viudo de enajenar la dote, con independencia de pasar o no a segundas nupcias<sup>122</sup>.

Para el citado autor de la Interpretación Visigoda parecería desprenderse que el padre conserva sobre los bienes dotales el *ius eligendi*<sup>123</sup> y que al igual que en la *Ley Feminae* únicamente se protege a los *liberi*, pero no a sus descendientes.

De las dos constituciones del año 422 (CTH. 3.13.3 y CI. 5.9.4) hay que destacar, siguiendo a Humbert: su coherencia, dado que las dos aportaciones de los esposos, dote y donación nupcial, se regulan por las mismas reglas; su originalidad, al ser los intereses de los hijos los protegidos ante un posible segundo matrimonio, es por eso que se limitan los derechos del cónyuge sobreviviente contraiga segundas nupcias o no, y, por último, el carácter occidental de la preocupación de reservar a los hijos habidos de la unión los bienes obtenidos por el sobreviviente del cónyuge premuerto, que le otorga un poder limitado, al prohibírsele enajenar éstos en beneficio de extraños<sup>124</sup>.

### e) La Ley *Mater* (CTH. 5.1.8) de Valentiniano III

La corriente empezada en Occidente en el año 422 de extender las disposiciones sobre las segundas nupcias de la viuda al viudo en el caso de contraer un nuevo matrimonio, continúa con el emperador Valentiniano III, quien el 7 de noviembre del año 426, promulga en Rávena esta disposición.

<sup>121</sup> (“Si una mujer debe morir, la dote, junto con los frutos habidos desde el día en el que la dote se le devolvió a ella, deben ser devueltos al marido por los suyos; pero la propiedad de los mismos no puede ser enajenada lejos de los hijos de la antedicha madre por el padre”).

<sup>122</sup> Dado que habla que debería conservar el marido tanto la dote adventicia como la profecticia, pero la conserva en favor de los hijos. Justiniano en su Nov. 22, cap. 39 retoma el texto pero lo limita al caso de pasar a nuevas nupcias.

<sup>123</sup> CTH. 3.13.3: “Nec transferendi in aliam personam habebit liberam potestatem, sed omnia post eius obitum ad comunes filios revertantur”. Dado que a Humbert le recuerda a la fórmula empleada en la *Ley Feminae* (vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 433).

<sup>124</sup> Vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 434.

Se producen algunos cambios respecto a las normas contenidas en la Ley *Feminae* relativas a la situación de la madre respecto al hijo premuerto.

En el caso de producirse las segundas nupcias antes del fallecimiento del hijo el régimen anterior sigue estando en vigor, la madre no puede enajenar el conjunto de los bienes provenientes del hijo; ahora bien, en el caso de fallecer el hijo con posterioridad al nuevo matrimonio, las limitaciones establecidas por la Ley *Feminae* en el derecho de la madre bínuba sólo se referirán a los bienes paternos que el hijo premuerto recibiera de su padre difunto, pero no afectarán a los bienes *extrinsecus quaesita*.

Como ya vimos al principio, entendía e intentaba demostrar Caes que la Ley *Feminae* lejos de establecer el derecho de la madre bínuba *sui iuris* como un simple usufructo, se parecía más bien a un derecho de plena propiedad aunque limitado desde las nuevas nupcias, mientras vivieran los hijos comunes, por la obligación de no poder enajenar los bienes recibidos, en favor de otras personas distintas del o los hijos (*ius eligendi*).

El mismo autor también consideraba que Arcadio y Honorio al emplear el término *ususfructus* para calificar el derecho de la madre bínuba sobre las liberalidades recibidas del marido difunto antes de concluir su matrimonio, no lo utilizaban para designar un simple derecho de usufructo, por entender éste que si se ven en común la Ley *Mater* y la Novela 14.5 de Teodosio II, el derecho reconocido a la bínuba en la primera mitad del siglo V, por la Ley *Feminae* y por las constituciones de Arcadio y Honorio, seguía siendo al menos en la parte Oriental, un derecho de propiedad limitado por el *ius eligendi*.

La Ley *Mater* quiere que la madre viuda que contrajera segundas nupcias después de la muerte de un hijo, fallecido intestado y sin descendencia, tuviera el *ususfructus* de los *res paterna* que ella recibió de su herencia con la obligación de transmitir la propiedad *fratibus defuncti*<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> “Mater, quae habens ius liberorum defuncto filio sine liberis filiaive cum eius sorore succedit, pari sortis paternae (=CTH. 8.18.10) teneatur exemplo, ut si torum priorem secundo non mutarit amplexu, omnia filii morte delata pleno iure conquirat; si vero alterius elegerit coniugium mariti, extrinsecus quidem quaesita filio filiaive simili firmitate possideat, rerum vero paternarum defuncti solo usufructu humanitatis contemplatione potiat, proprietatem fratibus transmissura defuncti...”. Caes señala que con Justiniano (CI. 6. 56, Ad S.C. Tertull., 5) se suprimen las palabras: A) *habens ius liberorum*: porque la CI. 8.58.2 (año 528) había ya otorgado a todas las madres de pleno derecho el *ius liberorum* necesario con el S. C. Tertuliano; B) *cum eius sorore succedit*: dado que la misma ley del año 528 permitió ya a las madres concurrir con los hermanos, agnaticios o cognaticios, de su hijo fallecido intestado; C) *pari sortis paternae teneatur exemplo*: por no se retomarse en el Código las disposiciones de la CTH. 8.18.10. Por otro lado, se han reemplazado las palabras; *si torum priorem secundo non mutarit amplexu*, que eran equívocas (según entiende Caes), al poder entenderse también para el caso de la viuda nuevamente casada antes de morir el hijo, por estos términos más precisos *si matrimonium secundum post mortem filii vel filiae non contraxerit*. Se han añadido las palabras: A) *ex testamento vel*, para limitar el derecho de plena propiedad anteriormente reconocido a la madre bínuba sobre los

En las constituciones vistas de Arcadio y Honorio también se usa el término *usus-fructus*, a diferencia de la Ley *Feminae*, en la que únicamente se mencionaba *possessio* o *possidendi facultas*, al hablar del derecho reconocido a la bínuba sobre las donaciones maritales.

La opinión mayoritaria, y generalmente admitida, entiende que desde la Ley *Feminae*, que corroboraron las constituciones de Arcadio y Honorio, la bínuba poseía un derecho de usufructo sobre los bienes recibidos de su difunto marido<sup>126</sup>.

En contra de esta teoría se encuentra la teoría minoritaria, promovida por Caes, y seguida por otros, para los que el *ius eligendi* reconocido expresamente a la bínuba en la Novela 14 de Teodosio II, junto con las palabras *propietatem transmissura* de la Ley *Mater*; probarían que el derecho reconocido en la Ley *Feminae*, en las constituciones de Arcadio y Honorio (sobre los bienes recibidos del marido antes de concluir su matrimonio) y en la Ley *Mater* (sobre los bienes paternos recibidos de la herencia de un hijo común fallecido intestado antes de las nuevas nupcias), haría que su derecho fuera *sui generis*.

El lo define como un derecho de plena propiedad únicamente limitado por el *ius eligendi*, esto es, la prohibición de enajenar mientras vivan los hijos comunes, a personas distintas del o los hijos beneficiados<sup>127</sup>.

bienes que el hijo le había dejado por acto de última voluntad (esta limitación será más tarde suprimida por Justiniano en la Nov. 22, cap. 46,1; y B) *sorori et*, según las disposiciones de la ley citada del año 528 (vid. Lucien Caes, *Le statut...*, p. 32).

<sup>126</sup> Vid. *supra*.

<sup>127</sup> Sería una “monstruosidad jurídica” considerar a todos los que tienen el permiso legal de atribuir, ya sea por actos entre vivos o por causa de muerte, los bienes “pretendidamente gravados por un usufructo” a uno solo de los hijos en perjuicio del resto, y también es una “anomalía flagrante” el poder privar a los hijos de los bienes por un motivo justo de desheredación. Una persona que tuviera un derecho de usufructo (*ius utendi et fruendi*, en el sentido técnico de la noción) en el caso de premoriencia de todos los hijos comunes [que debía conservar los bienes mientras éstos vivieran], pasaba *ipso iure* a ser pleno propietario de los mismos; por esto entiende Caes que sólo podía ser considerado como pleno propietario, ya con anterioridad a la legislación del Imperio Oriental, únicamente limitado por ese *ius eligendi* mientras siguieran vivos los hijos comunes. Mayoriano en Occidente y Justiniano en Oriente entendieron que el *ius eligendi* implicaba el derecho de propiedad en la persona que lo detentara, por eso “limitaron” (Caes especifica que se ‘limita’ pero no se ‘transforman en derecho de usufructo’) en favor de todos los hijos comunes el derecho *sui generis* reconocido anteriormente a la viuda bínuba sobre la donación marital, eliminando en primer lugar ese derecho de elección y preferencia. Mayoriano suprime esta facultad respecto a todas las viudas, bínubas o no, disponiendo que la *sponsalicia largitas* debería volver como un *bonum paternum*, en partes iguales a todos los hijos (entendiendo Caes que no quiso negar la calificación de propietarias *sui generis* sobre esta donación a las madres); mientras que Justiniano, anteriormente, con sus reformas con la Nov. 98 (año 539) y Nov. 127 (año 548), suprimió respecto a las bínubas la facultad del *ius eligendi* sobre la *donatio propter nuptias* y sobre los demás bienes recibidos del difunto marido, y reconocía a los hijos desde las segundas nupcias de su madre, el derecho de nuda propiedad sobre esos bienes (Nov. 2, cap. 1, Nov. 22, cap. 23 y cap. 25), para más tarde no querer considerarlas meras usufructuarias, como se puede ver de sus normas relativas a los *pacta non existentium liberorum* (ej. Nov. 2, cap. 2 y Nov. 22, cap. 26) como también las Nov. 2, cap. 3, 1 y Nov. 22, cap. 26, 1 (vid. Lucien Caes, *Le statut...*, pp. 35 y 36).

### f) La Ley CTH. 8.18.10 de Teodosio II y Valentiniano III

Este régimen relativo a las madres, posteriormente se extendió también a los padres con la Constitución CTH. 8.18.10, dada por Teodosio II y Valentiniano III, en Rávena, el 7 de noviembre del año 426. Aquí se estableció primero una distinción según si el hijo o la hija premuerto tuviera o no descendencia.

En el primer caso, esto es, cuando no tenía descendencia y dejaba algún hermano o hermana y al padre, éste obtendría —tanto si el hijo estaba emancipado como si seguía bajo su poder—, sin lugar a dudas, la porción de ese hijo premuerto, tanto si la había recibido de su madre o de un tercero, en plena propiedad.

Ahora bien, si el viudo contraía segundas nupcias, sólo respecto de los bienes que tuviera la hija o el hijo premuerto procedentes de un tercero, que no fuera su madre, mantendría su propiedad, mientras que sobre los bienes de origen materno, únicamente mantendría el usufructo. Después del fallecimiento del padre binubo la propiedad volvería a los hijos habidos de ese matrimonio.

En el caso de haberse casado en segundas nupcias antes de fallecer el hijo, se dispone que se tendrá en cuenta el mismo régimen expuesto anteriormente, siendo pleno propietario de los bienes que el hijo adquirió de personas ajenas, mientras que conservará únicamente el usufructo de los bienes provenientes de la madre.

La segunda parte de la Ley establece el caso del fallecimiento del hijo o de la hija pero dejando descendencia. Así, si fallece el hijo o la hija y tienen hijos bajo potestad, el padre únicamente tendrá el usufructo de la porción entera del hijo premuerto, guardándose la propiedad para los nietos (los hijos del hijo premuerto). En el caso de existir los nietos en el momento del fallecimiento de su padre bajo el poder de su abuelo, ellos mismos serán llamados, en ese momento, a la sucesión de su padre o madre.

Como conclusión: si la hija o el hijo premuerto no tenían descendencia, el padre viudo adquiriría todos los bienes maternos si se mantenía en ese estado; de lo contrario, esto es, si se volvía a casar, sólo conservaría el usufructo de los mismos.

La diferencia con el régimen materno es que en las segundas nupcias del padre la fecha del segundo matrimonio no tiene importancia en esta regulación, lo único es que el padre sólo obtendrá en los bienes "*extrinsecus quaesita*" la plena propiedad. En el caso de las segundas nupcias paternas, éstas no serán consideradas como un hecho injurioso ni se sancionarán con alguna pena particular, como sucedía con la madre<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> Lo entiende así Humbert, que menciona que para Cujas, sólo el hecho de la injuria y la infamia que les produce a los hijos el segundo matrimonio de su madre anterior a su fallecimiento, podría justificar el doble sistema de las fechas de las segundas nupcias de la madre viuda, antes o después de la muerte del hijo, que contemplaba la CTH. 5.1.8 antes vista (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 435).

### C) La extensión de la reserva a los bínubos: regulación de la Ley *Generaliter* o Novela 14 de Teodosio II

Esta Novela<sup>129</sup> fue dada el 7 de septiembre del año 439 en Constantinopla por Teodosio II. Se inspiró para ello en las constituciones anteriores promulgadas por sus predecesores, tanto de la parte oriental como de la occidental<sup>130</sup>.

Esta novela también es conocida como *Ley Generaliter*, porque generaliza o extiende al viudo lo dispuesto anteriormente para la viuda.

El emperador Teodosio II retomó, al formular esta Constitución, las discusiones relativas al destino de los bienes transmitidos, directa o indirectamente, del cónyuge premuerto al sobreviviente, hubiera pasado o no a segundas nupcias.

Ya vimos que su abuelo, Teodosio I simplemente en la *Ley Feminae* había establecido una obligación legal<sup>131</sup>, con respecto a las madres bínubas, en los bienes recibidos de su difunto marido o de un hijo fallecido intestado y sin descendencia, dado que en relación con los padres bínubos, únicamente se establecía una obligación moral o sugerencia de hacer lo mismo, pero sin ninguna consecuencia jurídica en caso de no seguir lo establecido para la bínuba.

En esta novela se extienden al padre viudo que pasa a segundas nupcias las disposiciones anteriores dirigidas a la madre bínuba de conservar para los hijos comunes los bienes recibidos del difunto marido.

En su párrafo tercero se extiende la obligación legal al esposo cuyo matrimonio se dividía por premoriencia de su mujer:

“Nos feliciter vinculo legis haec a viris observanda censemus. Nam generaliter, quoquo casu constitutiones ante hanc legem liberis communibus, morte mariti matrimonio disoluto, quae de bonis maritis ad eam devoluta sunt servare sanxerunt, isdem casibus nos per huius legis auctoritatem maritum quoque quae de bonis mulieris ad eum devoluta sunt, morte mulieris matrimonio disoluto, communibus liberis servare censemus...”.

En esta disposición se le prohíbe al viudo, al igual que hacían otras constituciones anteriores en relación con la madre viuda que tenía hijos de un anterior matrimonio y contraía otro después del tiempo de luto, que debería reservar para éstos la donación antenuptial, al igual que todos los bienes que hubiera adquirido prove-

<sup>129</sup> Nov. Th. 14 = CI. 5.9.5.

<sup>130</sup> Para Humbert las Constituciones occidentales siguientes, CTH. 3.13.3 (año 422), y CTH. 5.1.8 y CTH. 8.18.10 (año 426), se extendieron a la parte oriental al ser insertadas en el Código Teodosiano; sin embargo, es menos seguro que se extendiera la CI. 5.9.4 porque no se sabe si Teodosio II la insertó en el código promulgado en el año 438 (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 435).

<sup>131</sup> *Vid. supra* la *Ley Feminae*.

nientes de su marido. Al viudo se le impone que la dote así como cualquier otro bien que adquiriera proveniente de su esposa sean reservados para esos hijos si contrajera sucesivo matrimonio. No hay distinción si la donación nupcial o la dote la entregaron otras personas en consideración al esposo o a la esposa, respectivamente. Subsiste la obligación aunque los bienes entregados como donación nupcial sean agregados por la mujer a su dote, como era costumbre. Se establece que para el caso de disolución del matrimonio por divorcio en el que la culpa fuera de la esposa, el marido retuviera toda la donación, (y no un sexto por cada hijo, que era lo que conservaba el marido en los otros tipos de dote). En esta norma se declara que el dominio que se reserva, tanto con esta ley como con otras anteriores, pertenece a los hijos comunes. Por este motivo, al fallecer el reservista, que guardaba la propiedad para estos hijos, éstos podrían reivindicar los bienes a cualquier poseedor, si existían; así como, podrían exigir los bienes consumidos a los herederos de la persona que los debía haber guardado o reservado para ellos<sup>132</sup>.

Las personas que deben guardar la propiedad para esta prole no podrán enajenar u obligar en su nombre el dominio que debían reservar para sus hijos. Sin embargo, dispone que los padres puedan administrar los intereses de sus hijos<sup>133</sup>.

Por otra parte, en los casos en que la madre debe reservar la propiedad de los bienes como paternos para sus hijos, esto es, cuando enviuda y se casa de nuevo, o cuando el padre debe reservar la propiedad de los bienes como maternos para sus hijos, también, al enviudar y casarse con posterioridad, si los hijos no hubiesen aceptado la herencia de su progenitor primeramente fallecido, podrán, de todos modos, reivindicar esos bienes como si pertenecieran únicamente al progenitor que falleció después, naturalmente, también si el hijo hubiere creído que debía aceptar la herencia del progenitor que fallece después, para que la regulación que se introdujo en beneficio de los hijos no parezca que en algunos casos se estableció en su perjuicio<sup>134</sup>. Para Caes esto sería un contrasentido si se aceptara la teoría mayoritaria de que los hijos desde las segundas nupcias de la viuda tenían la nuda propiedad de los bienes. En su opinión, si esto fuera así, deberían haber sido plenos propietarios por confusión desde el fallecimiento de la bínuba, y no que si no aceptaron la herencia del premuerto, pueden aceptando la de la bínuba reivindicar esos bienes como bienes que por una ficción legal sería como si provinieran de ésta. Lo que

---

<sup>132</sup> Nov. Th. 14.4. Esto supone una innovación con respecto a la Ley *Feminae*, en la que se permitía que los hijos dedujeran el valor de los bienes enajenados, a pesar de la prohibición, en la sucesión de su madre, y no una acción real contra su poseedor. Por esto, la enajenación a pesar del fraude, se consideraba válida en relación con los terceros poseedores (y de sus causahabientes), porque no debían temer por su pérdida. Con esta reivindicación podrán recobrar los bienes, *ut paternae res*, aún existentes (*vid.* Lucien Caes, *Le statut...*, p. 57).

<sup>133</sup> Nov. Th. 14.5.

<sup>134</sup> Nov. Th. 14.6. = CI. 5.9.5 § 1.

sucede, considera este autor, es que Teodosio II recurrió a esta ficción para el caso en que los hijos comunes que hubieran repudiado la herencia de su progenitor premuerto, si aceptaban la del bínubo, con la intención de garantizar el regreso de todos o parte de esos bienes, considerándoles propietarios desde que acepten realmente la herencia del sobreviviente<sup>135</sup>. En el caso en que los hijos repudiaran ambas herencias, no adquirirían los bienes. Si la bínuba no ejerciera el *ius eligendi*, ni tampoco dispusiera de los bienes, *suo nomine*, por actos *inter vivos*, a favor de otras personas, los hijos tendrían mientras vive la bínuba, un derecho de propiedad virtual, considera Caes, pudiendo adquirir éstos la propiedad bajo una doble condición: que sobrevivan a la madre y que acepten tanto la sucesión de la madre como la del padre premuerto<sup>136</sup>.

Del mismo modo, si cualquiera de los cónyuges adquiriera o se lucrara con bienes provenientes del otro, esto es, cuando el matrimonio se disuelve por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges y el sobreviviente no contrae nuevas nupcias; si el sobreviviente no enajena ni consume los bienes, en el entendido de que la propiedad o dominio es suyo y así se mantiene al no casarse de nuevo, aunque los hijos no acepten la herencia del cónyuge que fallece posteriormente, les estará permitido adquirir como paternos los bienes provenientes del padre, y como maternos los bienes provenientes de la madre<sup>137</sup>. Por lo cual, los padres no bínubos podrán disponer como quieran de los lucros nupciales, pero los hijos, al fallecer aquel, tendrán derecho al remanente, acepten o no la herencia del difunto. Pero esto no era novedoso, dado que ya en el año 422 Honorio la había anticipado en su ley CI. 3.13.3, en la que se señalaba que si la mujer premoría al marido y éste adquiría la dote (*dos adventicia*), se le prohibirá su enajenación, si sobreviven hijos de ese matrimonio, porque se le impone la

<sup>135</sup> Para él, Teodosio II no los considera propietarios ni durante la vida del bínubo ni con su fallecimiento, dado que estos hijos deberán decidir si realmente aceptan o no su herencia, que para Caes equivale a que sean o no propietarios de los bienes provenientes del premuerto, pero adquiriéndolos, tras su muerte, como bienes maternos (*vid. Lucien Caes, Le statut...*, p. 52).

<sup>136</sup> Los hijos adquirirán los bienes si la bínuba no los enajenó a terceros, tanto *ut paternae res*, si habían aceptado anteriormente la herencia paterna, como *ut maternae res*, si tras repudiar la herencia paterna aceptaron la de su madre. Si habían repudiado ambas, no podrían hacer valer ningún derecho sobre los bienes. Si la madre enajenó a terceros los bienes recibidos de su esposo, *suo nomine*, se distinguirán tres situaciones: a) que los hijos hayan repudiado ambas herencias, en este caso no podrán hacer valer ningún derecho sobre esos bienes, ni ejercitar las vías de derecho mencionadas en Nov. 14.4; b) que los hijos repudiaran la paterna pero aceptaran la materna, es dudoso que pudieran ejercitar las vías de derecho para recobrar *ut paternae res* los bienes; c) los hijos aceptaron la paterna, al fallecer la madre ellos podrán (aceptando o no ésta) ejercitar las vías del apartado 4, y reivindicar a cualquier poseedor como bienes paternos (*ut paternae res*) si existían aún, y descontar de la sucesión de su madre el valor de los bienes consumidos (*vid. Lucien Caes, Le statut...*, p. 58).

<sup>137</sup> Nov. Th. 14.7 = CI. 5.9.5 § 2 (casi igual, salvo la alusión a que los hijos no acepten la herencia del cónyuge que fallece posteriormente. En el Código no distingue por lo cual, en todo caso podrán adquirir los bienes que queden).

obligación de conservársela para ellos. De este modo, los hijos del primer matrimonio tendrán derecho a los lucros nupciales existentes (no enajenados ni consumidos) al fallecer el bínubo, con independencia de si eran herederos de sus progenitores y con independencia de las nuevas nupcias; sin embargo, en cuanto a los nietos, posteriormente, Justiniano dispondrá que deberán ser herederos<sup>138</sup>.

Por último dispone que el padre no adquiera la donación nupcial de la hija que está bajo el poder paterno, ni la dote por el padre de ese hijo, y añade que si ese hijo o hija fallecen dejando descendencia, que esos bienes sean transmitidos a esos hijos por derecho hereditario, y que no los tenga el padre por el derecho de peculio<sup>139</sup>.

Se confirma en esta novela la identidad en la regulación, ya producida en Occidente en el año 422, para la dote y la donación nupcial, y en el año 426, en relación con los bienes, paternos o maternos, adquiridos en la herencia del hijo premuerto<sup>140</sup>.

En esta novela se reafirman los intereses de los hijos del primer matrimonio, confiriéndoles un derecho que algunos califican de muy cercano a la propiedad<sup>141</sup>. Sin embargo, Caes entiende que en esta norma, concretamente en su apartado 5, se reconoce a cualquier bínubo la facultad de dividir entre los hijos comunes los bienes provenientes de su cónyuge premuerto, o de transferir a uno de ellos (*ius eligendi*) tanto de una manera directa (*ius dividendi vel eligendi*), como de una manera indirecta, permitiendo que el bínubo *alienare* u *obligare* esos bienes en nombre de los hijos.

Así lo manifiesta Humbert, quien en relación con la Ley *Feminae* se veía influido por la opinión de Caes, entendiéndolo que los hijos no eran nudos propietarios, sino que la madre era la que seguía conservando la propiedad de los bienes únicamente limitada, por la prohibición de enajenar a extraños, distintos de sus hijos.

Sin embargo, en esta ley al definirse los bienes que el padre recibe de su esposa premuerta, como bienes maternos, significaría, para Humbert, que ya no se acepta que estos bienes sean de la propiedad del padre. Consecuencia de la calificación como *res paternae* o *maternae* de los bienes que el cónyuge sobreviviente recibe del premuerto. Ya existía este nuevo entendimiento en la donación nupcial, cuando en el año 422, tuvo por objeto reconocer a los hijos un derecho que se basara en el origen paterno de la donación, y no de las nuevas nupcias de la madre. Ahora lo había aplicado Teodosio II a las segundas nupcias.

<sup>138</sup> Así lo recogen: CI. 5.9.5 § 2; CI. 5.9.6 § 3; CI. 5.9.8 § 1. Por el contrario, la norma de Justiniano relativa a los nietos es la Nov. 22, cap. 21 § 1 (*vid. infra.*)

<sup>139</sup> Nov. Th. 14. 8.

<sup>140</sup> *Vid. supra.*

<sup>141</sup> Caes, por otra parte, sigue manteniendo su hipótesis de derecho de propiedad únicamente limitado por un derecho de *ius eligendi* en favor de los hijos del matrimonio. Concretamente, un derecho *sui generis*, que lo define como un derecho de propiedad limitado únicamente mientras vivan los hijos comunes, por una obligación de no hacer, esto es, por la obligación de no enajenar esos bienes en su nombre a favor de personas que no sean ellos (*vid. Lucien Caes, Le statut...*, p. 48).

Para el citado autor los hijos se benefician con esta nueva Novela 14 y esta forma de entender las donaciones, de un *dominium*<sup>142</sup> (*Dominium autem rerum, quae liberis, vel huius legis, vel praeteritatum Constitutionum auctoritate servantur, ad liberos pertinere decernimus*) en los bienes que recibe el cónyuge sobreviviente. Su sanción sería la de un derecho real, con la *rei vindicatio* (*ab omni possessore liberi vindicabunt*).

Humbert analiza la evolución producida desde la Ley *Feminae* hasta la Novela 14. En la primera, sólo se reconocía un derecho de crédito, para recuperar los bienes enajenados abusivamente por la madre. Sin embargo, en esta novela dado que el cónyuge no puede enajenar estos bienes, para el citado autor, sería ésta una muestra más de que no conserva ya el derecho de nuda propiedad el cónyuge sobreviviente.

Los hijos del primer matrimonio adquieren este derecho directamente del padre premuerto al aceptar su sucesión. Otra vez más, se puede ver la evolución al respecto desde la Ley *Feminae*. En la constitución del año 382, los derechos de los hijos estaban relacionados con su cualidad de heredero de la madre bínuba sobreviviente<sup>143</sup>.

En el año 382, el derecho de los hijos a los bienes adquiridos por su madre dependía de si eran o no *heredes* de la misma, sin tener en cuenta si eran o no *heredes* del padre premuerto. Era posible, por lo tanto, que los hijos reivindicaran los *bona paterna*, aún en el caso de no haber aceptado la herencia paterna. La madre sólo les podía transmitir los bienes, excepcionalmente por medio de una ficción, un derecho que, para algunos, la madre ya no poseía<sup>144</sup>.

Con la Novela 14, entiende Humbert que la propiedad de los bienes ha cambiado de titular, pasando del cónyuge bínubo a los hijos del primer matrimonio. En el

<sup>142</sup> Para Humbert se trataría de un derecho distinto de un derecho de disfrute, pero tampoco sería un derecho de usufructo ampliado, ni de un *dominium possessionis*. Sería para él, un derecho de nuda propiedad, que paralizaría el derecho del cónyuge sobreviviente. El hecho de ser un derecho de nuda propiedad condicionado (su ejercicio será suspendido hasta que fallezca el cónyuge sobreviviente bínubo) y también, indiviso entre los hijos comunes, no quiere decir, que sea el cónyuge sobreviviente el que conserve la nuda propiedad (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, pp. 436 y 437). Por el contrario, Caes entiende que la Nov. 14 no aporta ningún cambio al derecho de propiedad del cónyuge bínubo, dado que sigue conservando el *ius eligendi*, y que los hijos no pueden reivindicar los bienes, que deben reservarse mientras viva su padre bínubo (*vid.* Lucien Caes, *Le statut...*, p. 43).

<sup>143</sup> CTH. 3.8.2 final: el derecho de los hijos se fundaba en su cualidad de *heredes* de la madre bínuba. Justiniano reemplazará este término por el de *liberi*, conforme a la evolución que la Nov. 14. 6 refleja (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 437).

<sup>144</sup> Humbert es de la opinión que el legislador en el caso de estar los intereses de los hijos en juego, no duda en tomarse alguna liberalidad con los principios de derecho. En el caso de no aceptar los hijos la herencia del premuerto (cosa que a partir de ahora es necesario hacer), podrán, aún así, tras haber aceptado la del sobreviviente, reivindicar estos bienes en cuestión. Para esto se produce la ficción de considerar al sobreviviente propietario: “si hereditatem eius parentis qui prior mortuus est non adierint liberi, licebit eis, tamquam eius tantum res fuerint (qui posterior moritur) eas sibimet vindicare, scilicet si vel qui posterior moritur hereditatem crediderint adeundam, ne quod favore liberorum indictum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum videatur inuentum.” (Nov.14.6) (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 438).

mismo sentido se pronuncia Voci, para el que a pesar de que ni en ésta ni en la Ley *Feminae* se definan con precisión la titularidad de los hijos y del progenitor sobreviviente, otras leyes posteriores sí lo aclaran, un usufructo tiene el progenitor, y, por lo tanto, una nuda propiedad el hijo<sup>145</sup>.

Por el contrario, Caes sigue considerando que todavía después de esta Novela 14, el cónyuge sobreviviente sigue conservando la propiedad<sup>146</sup>.

Humbert entiende que la teoría de Caes no se mantiene por dos motivos: por la literalidad del texto (*dominium, vindicatio*), y por el derecho que tienen los hijos a reivindicar los bienes, provenientes de la herencia paterna. En el caso de haber adquirido el sobreviviente la propiedad de los mismos y la hubiera conservado tras sus segundas nupcias, los hijos deberían necesariamente aceptar su herencia, como ocurría con la Ley *Feminae*<sup>147</sup>.

Las expresiones de la Novela 14 *res paternae* o *maternae* utilizadas aquí, sirven para definir los derechos recíprocos, que tienen la madre o el padre bínubos, por un lado, y los hijos nacidos del matrimonio, por otro.

Los bienes son paternos o maternos, por provenir del patrimonio paterno, pero también, porque son un elemento de la herencia paterna, origen del derecho de los hijos. El régimen de esta masa de bienes tiende a asimilarse al de los *bona materna*, según la estableció Constantino en el año 315 (CTH. 8.18.1)<sup>148</sup>. Sin embargo, matiza Humbert, la asimilación no es total, dado que el derecho del *ius eligendi* se sigue conservando aquí, y no se suprime (Nov. Th.14.5). Esto es un vestigio que ha quedado difícil de explicar. Para este autor, no se trataría de un poder de enajenación, consecuencia de un derecho de propiedad, sino más bien sería una facultad, exorbi-

<sup>145</sup> Vid. Pasquale Voci, "Storia...", p. 44.

<sup>146</sup> Humbert considera equivocada la teoría de Caes. No entiende que los hijos sean titulares de un derecho que se puede definir de propiedad, por el hecho de reconocérseles, excepcionalmente, la posibilidad de adquirir este derecho aceptando la herencia del sobreviviente. Para Humbert una cosa es el principio (el derecho de los hijos proviene de su cualidad de herederos del premuerto), y otra cosa es la excepción, jurídicamente difícil de explicar (la posibilidad que tienen los hijos de no aceptar la herencia del premuerto, y por lo tanto, ser protegidos durante las nupcias sin título) y fundada en una ficción (que permite considerar que el sobreviviente puede transmitir un derecho (la propiedad de los bienes), la cual no tiene en realidad. Pero la ficción según entiende Humbert, no es como la expone Caes. No es que los hijos puedan reivindicar los bienes *tamquam materna bona* (en el caso de sobrevivir la madre), porque esto produciría un detrimento en los hijos, a la hora de reivindicar los bienes enajenados por la madre durante su segundas nupcias, y permitiría que ésta enajenara los bienes, hasta que los hijos no aceptaran la muerte del premuerto. Realmente para Humbert esta ficción quiere decir que los hijos podrán adquirir su derecho aceptando la herencia del sobreviviente "como si éste fuera propietario de los bienes", lo que nos demuestra, que en realidad no lo es (vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 438).

<sup>147</sup> Michel Humbert, *Idem*, p. 438.

<sup>148</sup> Igual que en la ley CTH. 8.18.1, el derecho de los hijos proviene de la herencia del premuerto, y no es necesario aceptar la del cónyuge sobreviviente (vid. Michel Humbert, *Idem*, p. 439).

tante, que tiene el cónyuge sobreviviente de repartir entre los hijos una masa de bienes cuya nuda propiedad les pertenece a ellos<sup>149</sup>.

Se contempla también el caso de no pasar su padre o madre sobreviviente a segundas nupcias, estando los hijos igualmente protegidos. En el caso de haber aceptado los hijos la herencia del padre premuerto, podrán, aún si no han aceptado la herencia del cónyuge viudo (que no pasó a nuevas nupcias), reivindicar cuando éste fallezca, los bienes del premuerto *ut paternas* o *ut materna*. Ejerciendo los hijos para ello el derecho que ya tenían desde que aceptaron la herencia del premuerto, así como pedir cuentas a los herederos del sobreviviente<sup>150</sup>.

Dada la naturaleza y el origen del derecho de los hijos, debería haber tenido como consecuencia, la pérdida por parte del cónyuge viudo del derecho de enajenación de los bienes recibidos de su esposo premuerto. En cambio, el legislador califica al viudo, que no pasa a nuevas nupcias, de *quasi dominus*, sin privarle de los derechos del *dominus*, como es el derecho de enajenar los bienes recibidos (Nov.Th.14.7).

El derecho de los hijos se puede ver reforzado, aunque limitadamente, dado que únicamente podrían hacerlo valer, sobre aquellos bienes que no hubiera dispuesto el cónyuge viudo mientras vivía.

La diferencia en la regulación de los *res paternae* o *maternae*, dependiendo de si pasara o no a segundas nupcias el cónyuge viudo, es jurídicamente inexplicable dado que el derecho de los hijos, cuyo origen es el mismo en los dos casos: ser herederos del premuerto, y que es definido en los dos casos con el mismo concepto (*res paternae* o *maternae*), debería haber limitado el derecho del sobreviviente al disfrute de los bienes, contrajera o no segundas nupcias. Para Humbert, por consiguiente, la legislación de Teodosio II, en este punto, es inconsecuente y rompe con la legislación anterior, dado que Teodosio II quiso recompensar a los viudos y viudas que no se volvían a casar.

La legislación de Teodosio II supone un retroceso en relación con la legislación precedente. Mientras que la legislación en la parte occidental en el año 422 confirmaba el derecho de los hijos a la donación matrimonial de sus padres, reservándoles el regreso integral de la dote, aún cuando el padre no se hubiera vuelto a casar, y habría probablemente limitado en la misma medida el derecho de la madre no bínuba sobre la *sponsalicia largitas*, *bonum paternum*, Teodosio II rechaza implícitamente estas disposiciones. Esta marcha atrás sorprende a Humbert.

El legislador en el año 439 no debió olvidarse de estas disposiciones, y se inspiró probablemente para definir (con los conceptos *bona materna* y *bona paterna*) los derechos de los hijos en el caso de pasar sus padres sobrevivientes a segundas nup-

---

<sup>149</sup> La opinión contraria la encontramos en Lucien Caes, *Le statut...*, p. 43.

<sup>150</sup> *Vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 439.

cias. Tampoco debió ignorar el análisis jurídico sobre su derecho, en este caso, debiendo extenderlo al caso de no volverse a casar el viudo<sup>151</sup>.

Los elementos de una evolución coherente, ya estaban dados, desde el año 422, y de una manera más precisa, aunque más parcial, desde el año 439<sup>152</sup>.

Era difícil mantener los derechos de los hijos en los bienes del premuerto, concretamente, en la aportación nupcial, la masa más importante del conjunto; fuera de esta evolución, en el caso de no pasar el cónyuge sobreviviente a segundas nupcias. Teodosio II en el momento de regular la dote, también debió volver a las disposiciones anteriores. Conservándose en Oriente durante mucho tiempo, la desigualdad señalada en el caso de la madre bínuba. En la parte Occidental, en cambio, se retomará rápidamente la evolución que ya había comenzado<sup>153</sup>.

Los bienes se dividen al fallecer el progenitor sobreviviente entre todos los hijos habidos en el anterior matrimonio en cuotas iguales, siempre que el bínubo no los distribuya en partes desiguales, entre quien estime<sup>154</sup>. Esto es, se le reconoce al bínubo el *ius eligendi*, al igual que se le reconocía el mismo derecho a la bínuba en la Ley *Feminae*.

## 2.3. La situación de los cónyuges viudos en Occidente y en Oriente

### A) La Novela 35 de Valentiniano III

El Emperador Valentiniano III dio en Roma esta Novela, *De episcopali iudicio et de diversis negotiis*, el 15 de abril del año 452 de nuestra era. En esta disposición, aparte de otros aspectos diversos, trata sobre la cuestión de las nuevas nupcias del viudo y de la viuda<sup>155</sup>. De este modo, en el apartado 8, dada la falta de claridad en las precedentes constituciones, entiende oportuno el mencionado emperador aclarar diversas cuestiones. Se establece que para el caso en que el marido fallezca sobreviviéndole su esposa, y no existan hijos de ese matrimonio, ésta deberá devolver al padre o la madre que sobrevivan de su difunto marido la mitad de la donación nupcial que ella recibió, quedándose con la otra parte. En el caso de faltar los suegros, podrá quedarse con las donaciones recibidas dada su castidad<sup>156</sup>. Sin embargo, pare-

<sup>151</sup> Para Humbert la explicación podría ser moral o humanitaria, en la voluntad de mantener las segundas nupcias bajo el peso de las penas patrimoniales, justificaría, lo que jurídicamente, es inexplicable (vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 440).

<sup>152</sup> De una manera más precisa, dado que la noción de *res paterna* o *materna*, que se invoca responde a nociones jurídicas precisas (sobre el modelo de la regulación constantiniana de los *bona materna*) y más parcial, dado que las incidencias sólo se aplican al caso de las segundas nupcias (vid. Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 440).

<sup>153</sup> Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 441.

<sup>154</sup> Nov. Th. 14.5.

<sup>155</sup> Nov. Val. III. 35.8-10 recogida en Clyde Pharr, *The Theodosian...*, pp. 546-548.

<sup>156</sup> Nov. Val. III. 35. 8.

ce que el emperador demuestra una clara ignorancia<sup>157</sup> de las normas anteriores, así, ya en la Ley *Feminae* así como en la Novela 14 § 7 de Teodosio II, se recogió expresamente que las viudas que no tuvieran ningún hijo de su esposo premuerto o que hubieran premuerto, mantuvieran la *proprietas pleni iuris* de todo lo adquirido de su esposo, mientras que en la segunda, se estableció que el cónyuge viudo o viuda que no contrajera nuevas nupcias y no tuviera hijos pudiera disponer libremente de todos los bienes recibidos de su consorte premuerto, estando entre los bienes la donación nupcial.

En el caso de que la que premuera sea la mujer, su esposo sobreviviente deberá devolver al padre o la madre de la difunta esposa, la mitad de la dote que él recibió<sup>158</sup>.

Sin embargo, en el caso de que existieran hijos de ese matrimonio, y falleciera, por ejemplo la madre intestada, el viudo tendrá el usufructo de toda su herencia, hasta que los hijos tengan veinte años. Posteriormente, deberá entregar la mitad de la porción a los hijos o hijas según cumplan esos años, mientras que él se quedará con la otra mitad, en usufructo, hasta el final de sus días. No obstante, si el padre al llegar los hijos a la edad de veinte años no pudiera entregarles la mitad a ninguno de ellos, estos hijos que no obtuvieron la mitad de los bienes maternos de su padre, se verán recompensados con los frutos producidos por esta mitad, que los sucesores del padre le entregarán<sup>159</sup>.

Se recoge en la interpretación de esta disposición que si no existieran suegros, ni hijos, el cónyuge sobreviviente, marido o mujer, podrá tener tanto la dote como la donación, con el derecho ilimitado de hacer con ellos lo que considere.

## **B) La Novela 6 de Mayoriano: supresión de la facultad de mejorar**

Los emperadores Mayoriano y León I promulgaron esta Novela, *De sanctimonialibus vel viduis et de successionibus earum*, en Rávena el 26 de octubre del año 458, siendo conocida como la sexta de las Novelas de Mayoriano.

Esta disposición es importante en relación con nuestro tema, y sobre todo con lo dispuesto en la Ley *Feminae*, dado que en su apartado octavo, abole el *ius eligendi* de las madres bínubas, que aquélla y la Novela XIV de Teodosio II habían establecido. Con el derecho de preferencia las madres tenían una facultad ilimitada para dar la porción mayor de la donación nupcial al hijo que estimaran, derecho que Mayoriano ahora suprime para que a partir de ese momento todos los hijos de un matrimonio tengan la misma parte en esos bienes, y que esas donaciones nupciales formen parte de los bienes paternos. La viuda con hijos que se casa de nuevo, pierde la plena propiedad de la donación nupcial, quedándose sólo con el usufructo<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> Así lo recoge Lucien Caes, *Le statut...*, p. 76.

<sup>158</sup> Nov. Val. III. 35. 9.

<sup>159</sup> Nov. Val. III. 35. 10.

<sup>160</sup> *Vid.* Pasquale Voci, "Storia...", p. 45.

Sin embargo, entiende Caes que también en esta norma la madre bínuba tiene un derecho de propiedad limitado por la obligación de no transmitir ninguno de sus bienes, mientras vivan sus hijos, a otras personas que no sean aquéllos. Lo considera así porque la mujer debe conservar todos los bienes a sus hijos, pero puede ejercer sobre estos bienes (salvo en la *sponsalicia largitas*) el *ius eligendi*. Por lo tanto, en su opinión, Mayoriano les reconocía un derecho *sui generis* análogo al que reconoció la Novela 14 de Teodosio II a la viuda que contraía nuevas nupcias sobre los bienes adquiridos provenientes de su marido premuerto<sup>161</sup>.

En otros apartados de esta disposición, como en el precedente, el emperador tuvo en cuenta únicamente a la mujer. Con un afán de aumentar la población nuevamente, este emperador estableció unos perjuicios económicos para las viudas sin hijos. En su opinión, está profundamente alterado ante la obstinación de las viudas sin prole, que condenan su propia fecundidad y la renovación de su familia, repudiando contraer nuevas nupcias, para preferir noviazgos, y una lasciva forma de vida, antes que una vida solitaria en la que prevaleciera la castidad, atraídas por la religión<sup>162</sup>. Sanciona que las viudas, sin hijos, menores de cuarenta años debían casarse de nuevo en cinco años, para tener descendencia, dado que al transcurrir el lustro y no contrajera nuevas nupcias, se establecía una sanción económica, deberá inmediatamente dividir sus bienes entre sus hermanos y hermanas, y su descendencia, o con sus parientes y parentela masculina cercana (entre los que se renueva el origen de la familia), pero, en el caso de faltar éstos, deberá repartir su patrimonio con el fisco. En el caso de casarse dentro del plazo, ninguna sanción le sería impuesta. Durante el lustro, tiempo para que guarde luto y también se decida con quién quiere casarse de nuevo, le estará prohibido enajenar la mitad de los bienes con los que deberá beneficiar a los parientes, teniendo únicamente el usufructo<sup>163</sup>.

No obstante, el trato es diverso en el caso de que la viuda tuviera hijos de su matrimonio, y por este motivo no quisiera casarse nuevamente, manteniendo la devoción y memoria a su difunto marido, y así quisiera educar y criar a éstos. En este caso, tendrán la libertad de contraer otras nupcias, si lo estiman conveniente, y se les absuelve de las medidas establecidas para la viuda sin descendencia, anterior-

<sup>161</sup> Vid. Lucien Caes, *Le statut...*, p. 92. Igualmente este autor considera que los hijos del anterior matrimonio tienen “un droit virtuel reconnu à ceux-ci d’avoir chacun une part égale de cette donation, soit du vivant de leur mère veuve sui iuris (remariée ou non), si celle-ci consentait à leur transférer, de son vivant déjà, la part à laquelle ils avaient droit, soit, dans le cas contraire, à son décès, et encore pour autant, dans ce dernier cas, que la *mater*, de qui il est fait mention dans la dernière disposition du § 8, ne les eût pas exhérédés en vertu d’un juste motif d’exhérédation” (Lucien Caes, *Le statut...*, p. 104). Igualmente, sobre esta novela, *vid.* del mismo autor: “La destinée de la Nov. Major. 6 d’après la formule de publication de la Nov. Sev. 1”, *RIDA*, 1950, pp. 223-227.

<sup>162</sup> Con estas palabras Mayoriano quería que aumentaran los matrimonios, y los hijos habidos dentro de éstos, para dar más población a Roma.

<sup>163</sup> Nov. Maj. 6.5.

mente recogidas, con la finalidad de que ésta provea una garantía, en la que se comprometa expresamente, a que los bienes que integran la donación nupcial estarán a salvo<sup>164</sup>. Por lo cual, si no se casa, deberá garantizar que le deja todos sus bienes a los hijos.

### C) La Novela I de Libio Severo: mantiene la supresión

Los emperadores Libio Severo y León I dieron esta Novela el 20 de febrero del año 463, en Roma. Esta norma es muy importante en nuestro tema, dado que este emperador suprime algunas disposiciones anteriores que entiende son injustas, y que no son acordes ni están en armonía con las leyes antiguas, de ahí que su título concreto sea, *Abrogatis capitibus injustis legis divi Majoriani Augusti*, en particular, la Novela 6 del año 458, estudiada en el apartado anterior.

Libio Severo, con esta disposición, establece que a la muerte del marido, la viuda tenga únicamente el usufructo de las donaciones nupciales, y se le prohíbe su enajenación, tanto si contrae nuevas nupcias, como si se mantiene viuda. A la madre le está prohibido distribuir de manera desigual entre sus hijos los mencionados bienes, por pertenecer éstos en idéntica cuantía a cada hijo. Lo que sí les está permitido a las madres es premiar al hijo que estimen, en agradecimiento a su obediencia y a su atención, y le pueden otorgar su usufructo (otorgado por las leyes), pero no podrán disminuir la propiedad, que les pertenece a todos los hijos por igual. A las madres, Libio Severo no entiende que tengan que tomar especiales garantías para salvaguardar los intereses de los hijos, al entender que esto es difícil llevarlo a cabo, así como, porque tanto ésta como otras disposiciones anteriores han regulado abundantemente la protección de la prole; en este sentido, es posible la reivindicación, por parte de los hijos de los bienes enajenados, así como la restauración al anterior estado patrimonial que se ha perdido de los bienes maternos<sup>165</sup>. Lo novedoso de esta norma es que en relación con la donación nupcial, la viuda al fallecer su marido pierde su plena titularidad, y únicamente será usufructuaria de ésta, sin considerar relevante que contraiga o no nuevas nupcias. Los hijos en todo caso serán los que tengan la nuda propiedad de estos bienes. Otro aspecto importante es que continúa la derogación del *ius eligendi* de la madre.

Caes se cuestiona si Libio Severo en esta norma también ha entendido reconocer a la madre bínuba un derecho *sui generis*, como definió anteriormente o si, por el contrario, el derecho de ésta sobre la *sponsalicia largitas* es de un simple usufructo. En su opinión, la respuesta en este caso es que las palabras *usumfructum suum cui voluerint largiantur*, concretamente el término, *usumfructum* tiene el sentido técnico de la palabra usufructo (*ius alienis rebus utendi fruendi*) del Derecho romano clás-

<sup>164</sup> Nov. Maj. 6.6.

<sup>165</sup> Nov. Lib. Sev. 1 (vid. Clyde Pharr, *The Theodosian...*, p. 568).

sico. Para él, Severo parece que quiso deducir de la disposición de Mayoriano que prohibía a las viudas que pasaren o no a nuevas nupcias, de ejercer el *ius eligendi* sobre la *sponsalicia largitas*, que no pudieran ejercer este derecho sobre esta donación, porque ésta estaba legalmente regulado que pertenecía en nuda propiedad a los hijos del primer matrimonio desde el fallecimiento de su padre, o desde que aceptaron su herencia<sup>166</sup>.

En la interpretación de esta norma se reitera que la madre no debe tomar cauciones ni garantías por retener la donación nupcial, por estar suficientemente garantizado su derecho por las leyes anteriores y ésta, así como si la madre contrae nuevo matrimonio, los bienes de su nuevo marido estarán obligados en prenda, y en el caso de que la madre, a pesar de la prohibición, enajenara alguno de los bienes, los hijos podrán resarcirse con los bienes maternos hasta la cantidad que les fue injustamente privada.

Con las disposiciones de Mayoriano y de Libio Severo dirigidas únicamente a las madres viudas, la situación entre el viudo y la viuda es desigual. Mientras los viudos siguen con la regulación anterior, esto es, la establecida por Teodosio II en su Novela 14; las viudas, por su parte, bínubas o no, pierden la propiedad de la donación nupcial. Estos emperadores únicamente mencionan la donación nupcial, por lo que podría parecer que los demás bienes o adquisiciones siguen rigiéndose por la normativa anterior, o sea, sólo con las segundas nupcias se pierde su plena propiedad; en el caso de mantenerse en la viudez, continúa siendo propietario, sin limitación, manteniéndose incluso el *ius eligendi*.

#### D) La Ley *Hac Edictali* de León I y Antemio

En la parte Oriental del Imperio, los emperadores León I y Antemio dieron esta disposición, concretamente el 26 de febrero del año 472<sup>167</sup>, comúnmente conocida como la Ley *Hac Edictali*. Esta norma ha tenido una gran importancia al haber subsistido en ordenamientos como el francés, regulación que ha sido modificada en diversas ocasiones tras la promulgación del *Code* de Napoleón, aunque en la actualidad el cónyuge viudo no tiene tal limitación dispositiva<sup>168</sup>.

En esta disposición se estableció que el padre o la madre que pasara a sucesivas nupcias, teniendo hijos de la primera, no pueda dejarle a la madrastra o al padrastro, por testamento, derecho de herencia, legado, fideicomiso, dote, donación antes del matrimonio, donación *mortis causa* ni *inter vivos*, nada más que a un hijo o hija, en

<sup>166</sup> Vid. Lucien Caes, *Le statut...*, pp. 110 y 111.

<sup>167</sup> No fue en el año 459 como dispuso Troplong, *Des donations...*, p. 553.

<sup>168</sup> Vid. el artículo 1.089 del Código Civil francés. Sobre la evolución y posterior desaparición de la reserva viudal en Francia, vid. Araceli Donado Vara, "La reserva viudal en Francia...", *E-Legal History Review*, 7, 2009.

el caso de sólo existir uno. Pero si tuviera varios, teniendo todos partes iguales, no pueda darle al nuevo cónyuge más de lo que hubiera recibido cada uno de ellos. Sin embargo, si los bienes los hubiera distribuido de manera desigual entre los hijos, no podrá dar al nuevo cónyuge más de lo recibió por el hijo o hija que menor porción adquirió, sin que en ningún caso la cuantía sea menor que la cuarta parte que los hijos deben adquirir según las leyes. En el caso de que al padrastro o a la madrastra se les hubiera otorgado más de lo establecido, la cantidad sobrante deberá distribuirse entre los hijos como si no se hubiera dispuesto así. De igual modo, para combatir cualquier fraude que pudiera realizar el cónyuge bñubido en perjuicio de sus hijos, quedará sin efecto si se hubiera realizado por interposición de persona o de cualquier otro modo.

En esta disposición también se recoge que la obligación de reservar que tiene la mujer viuda si contrae nuevas nupcias en favor de sus hijos comunes, como paternos, los bienes procedentes de su marido premuerto, únicamente tiene el disfrute durante su vida de los bienes inmuebles y de los esclavos, y el usufructo de las annonas civiles, estándole prohibida su enajenación. Sin embargo, en relación con los bienes muebles se establece que para poder usufructuarlos, la madre deberá prestar fianza idónea, para asegurar la restitución de los mismos bienes o su precio (establecido por unos árbitros designados por las partes) a los hijos o, si éstos murieran, a sus descendientes. En el caso de que fuera imposible prestar la fianza, los bienes que aún no le fueron entregados a la madre permanecerán en posesión de los hijos, mientras que los que ya detentaba, deberá devolvérselos a los hijos, si los hijos hubieran ofrecido a la madre fianza para asegurar que le entregarán mientras viva ella, por razón de su usufructo sobre los bienes muebles o del precio tasado, la tercera parte del uno por ciento mensual cada año a título de intereses. En esta fianza de los hijos, pues, se garantiza que los hijos o sus descendientes, si premurieran a la madre, los bienes muebles le serían restituidos a la madre. Por lo cual, cualquiera de ellos, madre o prole, podrán prestar fianza, para usufructuarlos, así como si quisieran darlos en mutuo, venderlos u obligarlos. Sin embargo, si ambos prescindieran de la fianza o no pudieran ofrecerla, los bienes estarán en posesión de la mujer hasta el final de sus días<sup>169</sup>.

Por otra parte, se recoge que los bienes del marido así como los que ella tiene o pueda tener en el futuro, quedan obligados en favor de los hijos, como si estuvieran afectos al derecho de prenda o de hipoteca —la donación nupcial o las demás cosas provenientes del marido que estaban en su poder—, de modo que si después de poseer las cosas, y tras casarse de nuevo, contratara con alguien, éste sería considerado posterior para la reivindicación de los bienes gravados, debiendo preferirse a los hijos de ese matrimonio, y a sus descendientes<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> CI. 5.9.6 § 1. No obstante, Justiniano modificará en su Nov. 2, cap. 4, esta cuestión, porque entendía que podía ser muy oneroso el pago de los intereses por parte de los hijos.

<sup>170</sup> CI. 5.9.6 § 2.

Posteriormente, Justiniano amplía la obligación establecida sobre los bienes maternos desde que contraía las nuevas nupcias en beneficio de los hijos del primer matrimonio, para conservarles los lucros que pasaron a ella en virtud de su primer esposo; para que a partir de ahora, también los bienes que el padre tenga o llegue a tener queden obligados tras el nuevo matrimonio en beneficio de los hijos de su anterior matrimonio, para conservarles los lucros obtenidos por razón de la madre de aquéllos<sup>171</sup>.

En la misma línea de garantizar la adquisición de los hijos de los bienes reservados, establece Justiniano que los bienes del padre, al tener que reservar para sus hijos los bienes maternos, queden obligados en beneficio de los hijos, para conservarles los mismos bienes maternos. Sin embargo, los hijos no podrán inmiscuirse en la gestión o administración de su padre o madre, porque a pesar de que el progenitor haya enajenado sus bienes, que son aparte de los bienes o lucros maternos, tendrán íntegro el derecho de hipoteca<sup>172</sup>.

Aquí también se dispone que si el cónyuge sobreviviente no hubiese contraído nuevas nupcias, no se le prohibirá que en los bienes provenientes del marido que la esposa adquiere, ni de los de la esposa que el marido adquiere, que dispongan libremente según entiendan, al ser dueños de ellos. Sin embargo, en relación con los bienes que existan al no haber sido enajenados ni consumidos, podrán los hijos reivindicarlos a pesar de no aceptar la herencia de sus padres<sup>173</sup>.

Justiniano en el año 529, introdujo otras modificaciones a la Ley *Hac Edictali*, ampliando la disposición para que tanto los hijos del primer matrimonio como los del segundo pudieran disfrutar del exceso entregado por el cónyuge sobreviviente a su nuevo consorte, a título de dote, donación nupcial o cualquier otra modalidad, que era superior a lo que éste mismo dejó o dio a un hijo o hija de su primer matrimonio. Se propuso en esta ocasión Justiniano, beneficiar a ambas descendencias, y no únicamente a la de las primeras nupcias, de modo que todo lo que se revocaba les perteneciera a todos los hijos de ambos matrimonios y que entre todos ellos se dividiera por cabezas<sup>174</sup>.

En esta disposición también se trata del caso del repudio de los cónyuges y de la reserva que debe hacerse si se contraen posteriores nupcias. En este sentido, Justiniano alude a los lucros que con motivo del repudio le corresponden al marido o la mujer por razón de la dote o de la donación antenupcial, debiendo ser reserva-

---

<sup>171</sup> CI. 5.9.8 § 4.

<sup>172</sup> CI. 5.9.8 § 5.

<sup>173</sup> CI. 5.9.6 § 3. Lo importante es que los bienes no salgan de esa familia, y acaben en manos extrañas, de ahí que prevalezca el *favor filii*. En idéntico sentido se pronuncia, posteriormente Justiniano en CI. 5.9.8 § 1, excepcionando, a continuación (CI. 5.9.8 § 3), el caso de que los hijos ya hubieran recibido *abintestato* parte de la herencia paterna o materna (en el caso de que el padre o la madre que muriesen tuvieran otros hijos de anterior matrimonio).

<sup>174</sup> CI. 5.9.9.

dos para los hijos del primer matrimonio, si se casaran de nuevo, al igual que cuando el matrimonio se disuelve por fallecimiento de un cónyuge, sin importar las causas del repudio para esta reserva<sup>175</sup>.

Posteriormente, este emperador enmendó la disposición dictada por el emperador León al ver las posibles injusticias que podían realizar los hijos, que a pesar de ser ingratos con sus padres, se verían beneficiados en el caso de que su madre o padre bínubo decidiera dejar o dar alguna cosa a su nuevo cónyuge, al debérseles dar al menos lo recibido por aquél, a pesar de que el bínubo no lo considerase conveniente, y que fuera una injusticia. Los hijos mayores e ingratos debían ser repelidos de la herencia de sus progenitores, si así lo disponían en sus últimas voluntades, y era convenientemente probado por los herederos de sus progenitores, siendo esto a lo que quiere poner fin Justiniano, al entender que en la *Ley Hac Edictali* se oponía a esto. A partir de entonces, los hijos ingratos no podrían reivindicar este beneficio, debiendo ser repelidos de este lucro. Esta disposición se amplía al caso de la abuela, abuelo, bisabuela, bisabuelo, y a los nietos, nietas, biznietos y biznietas, procedentes de cualquiera de las dos líneas<sup>176</sup>. En idéntico sentido lo dispuso en su Novela 22, capítulo 27.

### **E) La Ley de Zenón CI. 5.9.7: no revoca la facultad electiva**

En esta disposición dada por el emperador Zenón el 1 de marzo del año 478, se establece el derecho de representación de los nietos, si sus padres premorían antes o después de las nuevas nupcias del cónyuge viudo. De este modo, en los casos en que el viudo viene obligado a reservar para los hijos del anterior matrimonio bienes provenientes de su cónyuge premuerto, si fallecía algún hijo o hija antes que su progenitor, ya antes o después del nuevo matrimonio, mientras viva algún hijo, hija, nieto, nieta, biznieto o biznietas, la obligación subsistirá, y la porción del hijo premuerto vaya a sus hijos o descendientes, y no a sus hermanos.

En esta disposición para Oriente, se señala que la facultad del *ius eligendi*, que en Occidente con Mayoriano<sup>177</sup>, primero, y Libio Severo<sup>178</sup>, después, había sido suprimida, aquí no se derogue, y siga vigente en el progenitor bínubo.

### **F) Las modificaciones postclásicas: regulación del sistema matrimonial en las Novelas de Justiniano**

El emperador Justiniano continúa legislando en materia de segundas nupcias, para seguir beneficiando los intereses de la prole matrimonial, ante las posibles intromisiones de los padrastros o madrastras, que pudieran perjudicarles.

<sup>175</sup> CI. 5.9.9 § 1.

<sup>176</sup> CI. 5.9.10 (año 529).

<sup>177</sup> Nov. Maj. 6, 8 (*vid. supra*).

<sup>178</sup> Nov. Sev. 1 (*vid. supra*).

De este modo, promulgó diversas novelas que trataban, entre otros aspectos, de los hijos del primer matrimonio. En especial, las Novelas 2, 12, 22, 27, 98 y 127. La idea fundamental es que los lucros nupciales, esto es cualquier bien, incluidas la dote y la donación nupcial, con los que se lucra un cónyuge provenientes del otro, según establecieron en los pactos nupciales, actos de última voluntad, así como según las disposiciones legislativas, adquiridos por un cónyuge deben ser devueltos o reservados en propiedad a los hijos de la anterior unión matrimonial, disuelta por fallecimiento de un cónyuge así como por divorcio.

### a) La Novela 2

Así, en su novela 2, *De non eligendo secundo nubentes mulieres, et alienatione, et lucro antenuptialis donationis, et successionibus earum, et filius suis*<sup>179</sup>, dictada en Constantinopla en el año 535, reitera que las viudas que no contraían nuevas nupcias, no tenían ninguna obligación de reservar los bienes provenientes de su marido, y que podían reivindicar la herencia de un hijo suyo fallecido intestado, aunque concurriera con una hija. Sin embargo, si el hijo fallecía con posterioridad a las nuevas nupcias, se le prohibía adquirir los bienes que aquel hubiera adquirido de su padre. En concreto, dispone esta ley que al casarse la madre viuda de nuevo, la propiedad de la donación nupcial es adquirida por los hijos sobrevivientes del anterior matrimonio, manteniendo ella, únicamente, su usufructo. Se suprime el derecho de elección de los viudos, debiendo tener los hijos la misma porción, por haberlos injuriado a todos por igual con las nuevas nupcias<sup>180</sup>, que como se ha visto, ya estaba derogado en la parte occidental del imperio desde el emperador Mayoriano<sup>181</sup>, y que Libio Severo<sup>182</sup> mantuvo.

En este mismo capítulo trata sobre el pacto para el caso de que no existan hijos en relación con la donación nupcial. En este sentido, la madre al contraer nuevas nupcias, existiendo algún hijo común, tendría únicamente el usufructo, pero si premoriría éste, la madre adquiriría la plena propiedad del lucro según el pacto<sup>183</sup>,

<sup>179</sup> “De que no se hayan de elegir las mujeres que se casan segunda vez, y de la enajenación, y del lucro de la donación antenuptial, y de las sucesiones de ellas, y de sus hijos”.

<sup>180</sup> “Et nullam esse licentiam matri alios quidem filiorum eligere, alios autem exhonore, quoniam omnibus simul secundis nuptiis fecit iniuriam” (“Y no tenga facultad alguna la madre para elegir a unos hijos y privar de su consideración a otros, porque a todos juntamente los injurió con las segundas nupcias”), Ildefonso García del Corral, *Cuerpo..., Novelas...*, p. 15.

<sup>181</sup> Nov. Maj. 6 § 8 (*vid. supra*).

<sup>182</sup> Nov. Sev. 1 (*vid. supra*).

<sup>183</sup> Para Scarcella, los pactos no tienen por finalidad regular la constitución del derecho de la viuda a la *donatio propter nuptias*, sino la suerte de esta donación ya lucrada por la viuda, en relación con sus elecciones futuras, esto es en el caso de contraer nuevas nupcias la viuda. De este modo, tanto la Novela 2, capítulo 1, como la Novela 22, capítulo 22, regulan la donación ante este supuesto. En la pri-

debiendo transmitir el remanente a los herederos del hijo premuerto según establece la ley. No obstante, si premuriera la madre a los hijos, toda la donación nupcial será para los hijos<sup>184</sup>.

A continuación se recoge en la disposición que la madre viuda, mientras estuviera en ese estado, podía enajenar a extraños los bienes adquiridos de su marido, sin embargo si posteriormente se casaba, se podrá invalidar la enajenación, quedando en suspenso tanto la invalidación como la enajenación hasta ver quien sobrevive. De esta manera, si premuere la madre a los hijos, se invalida absolutamente la enajenación, adquiriendo los hijos la plena propiedad de la donación nupcial. Sin embargo, si le premurieran los hijos a la madre, la enajenación será válida y eficaz. No obstante, es posible que no sea totalmente válida y eficaz, dado que habrá que estar a lo establecido en el posible pacto para el caso de que no existan hijos; pudiendo, entonces, ser la enajenación, en parte válida en la cuota que se asegure a la madre si no hay hijos (al pertenecer a la madre, y permanecer en su poder por lo dispuesto en el pacto para el caso de que no existan hijos), y en parte no (en el resto) invalidándose, y debiéndose transmitir a los sucesores del hijo, que en el caso de ser su madre su única heredera, todo el contrato sería firme<sup>185</sup>. Esta invalidación de la enajenación tras las nuevas nupcias ha llevado a Bonfante a considerar que sería una especie de dominio revocable, que provocaría la consiguiente inseguridad en el crédito y en el comercio, factores éstos que no son especialmente relevantes para Justiniano<sup>186</sup>.

Las sanciones contra las segundas nupcias son comunes para ambos, de este modo, el marido perderá la dote y la mujer la donación antenuptial, al casarse de nuevo<sup>187</sup>.

---

mera, intenta abolir el derecho de preferencia de la madre, y en la segunda, se establece que la viuda que no observa el año de luto y pasa a nuevas nupcias, tendrá algunas penas patrimoniales, entre las cuales está la pérdida de la donación antenuptial. Finalmente considerando las Novelas 98 y 127, la autora sostiene que en la época justiniana, en relación con el viudo, éste podía lucrarse de la dote únicamente en presencia de un *pactum de lucranda dote*. Dado que los pactos tenían por finalidad de garantizar una igualdad en los lucros sobre la dote y la donación, su contenido tendría que tener un valor recíproco. Únicamente con estos pactos se podía reconocer a la *donatio propter nuptias* la finalidad de proteger a la viuda, asegurándole desde el comienzo del matrimonio un potencial beneficio en una parte de los bienes del marido. En su opinión, en ausencia de *pactum de lucranda donatione*, debería acudir al *pactum de lucranda dote*, en el que se fijaba la cantidad del lucro dotal que el marido adquiriría de la dote; así también se recogería que la mujer se lucraría de la donación según estos pactos, en ausencia de los *pactum de lucranda donatione*, al establecerse en la normativa justiniana sobre los lucros pactados, que tendrían que tener el mismo contenido que el *pactum de lucranda dote* (vid. Agatina Stefania, “Il regime pattizio dei lucri vedovili nel Diritto giustiniano”, *Rassegna di Diritto Romano (LABEO)*, 39 (1993), 3, pp. 387 y ss).

<sup>184</sup> Nov. 2, cap. 1 (año 535).

<sup>185</sup> Nov. 2, cap. 2 (año 535). (Vid. también *infra*. Nov. 22, cap. 26).

<sup>186</sup> Vid. Pietro Bonfante, *Corso...*, p. 207.

<sup>187</sup> Nov. 2, cap. 2 § 1.

En relación con la sucesión de los hijos, Justiniano también decide unificar criterios, estableciendo que a partir de ahora será ésta la regulación que se mantendrá. Distingue entre la sucesión testada y la intestada. Por un lado, en la testada, los bienes que tiene el hijo o la hija (entre ellos, es posible que tenga la donación nupcial) que sean adquiridos por los herederos instituidos, pudiendo ser la madre uno de ellos (no debiéndola preterir o desheredar el hijo sin fundamento). Por otro lado, si falleciera intestado, sus bienes irán a sus hijos, en primer lugar, en el caso de tenerlos; en su defecto, serán llamados simultáneamente los hermanos y la madre, contraiga o no nuevas nupcias, adquiriendo en firme<sup>188</sup>. El emperador entiende que es de justicia, que si al padre que pasa a segundas nupcias no se ve privado de la sucesión de sus hijos, porque no hay ley que así lo disponga, tampoco la madre de la sucesión de sus hijos, si éstas se casaron de nuevo, antes o después de fallecer el hijo.

En el capítulo 4 de esta Novela segunda, Justiniano modifica lo dispuesto por los emperadores León I y Antemio<sup>189</sup>, en el año 469, en relación con la mujer que se casaba en segundas nupcias y podía elegir entre recibir la donación nupcial (según lo establecido en los pactos)<sup>190</sup>, entregándoles a los hijos de las primeras nupcias caución de que al morir ella se les restituirá, o, en el caso de que no pudiera o así lo prefiriera, no dar caución, quedando los bienes de la donación antenupcial en poder de los hijos, aunque debiendo pagar a su madre la tercera parte de los intereses al uno por ciento mensual. Sin embargo, entiende Justiniano que si la donación nupcial consistiera en dinero, y los hijos no tuvieran dinero, correrían el riesgo de verse obligados a vender todos los bienes paternos para pagar la deuda de la donación nupcial. De este modo, dado que a ellos les corresponde la donación nupcial, entiende este emperador que habrá que diferenciar según los bienes. Si los bienes integrantes de la donación antenupcial son todos inmuebles, el usufructo de éstos pertenecerá a la madre, conservándolos como si fuera su dueña para los hijos sobrevivientes,

<sup>188</sup> Nov. 2, cap. 3. Deroga la disposición: “de nuestra piedad”, del libro V del Código, sobre las herencias de los hijos, a quienes sus madres que pasan a segundas nupcias ven premorir, y la contenida en el libro VI bajo el título de Senadoconsulto Tertuliano, sobre las mujeres que antes de las nuevas nupcias perdieron sus hijos. Esta disposición será modificada posteriormente (*vid. infra*. Nov. 22, cap. 46), con la finalidad de que si fallecen los hijos intestados y sin descendencia, sus madres bínubas concurren con los hermanos de éstos, únicamente adquiera el usufructo de los bienes que el hijo tenía provenientes de su padre, y en el caso de que la madre hubiera sucedido en los bienes antes de contraer el segundo matrimonio, que pierda la propiedad conservando el usufructo.

<sup>189</sup> CI. 5.9.6 § 1 (*vid. supra*).

<sup>190</sup> Al precisar el legislador en esta norma que la mujer adquiriría la donación nupcial *secundum quod permittunt pacta*, tendría sentido —entiende Scarcella— únicamente si se considera que el régimen de los pactos constituía el régimen general de la atribución de la donación nupcial. De igual modo en otras normas posteriores, así: Nov. 22, cap. 20, Nov. 97, Nov. 98, cap. 1, Nov. 127, cap. 2, entre otras, también se hace referencia a los pactos en los que se recoge que así como la dote, si premoria la mujer sería lucrada por el marido *secundum pactum*, la donación antenupcial que la viuda tendría que restituir sería lucrada por ella según lo pactado (*vid. Agatina Stefania Scarcella, “Il regime...”, p. 384*).

y no exija los intereses a los hijos. Si fallecieran los hijos, la madre se quedará con los bienes, debiendo conservar lo restante para los herederos de los hijos. Pero si toda la donación nupcial consistiera en dinero u otros bienes muebles, percibirá la madre la tercera parte de los intereses con la caución determinada, y no exigirá a los hijos el dinero, salvo que fueran solventes los bienes del marido, si en ellos hubiera oro, plata, vestido y cualquier cosa que se le hubiere adscrito a la madre, entonces ésta podrá optar entre percibir las cosas y dar caución o percibir el interés mencionado según la ley anterior y ésta. En el caso de estar mezclada la donación nupcial, consistiendo parte en dinero y parte en bienes inmuebles, todos los bienes inmuebles se quedarán en poder de la madre, para que perciba de ellos los alimentos, pero en relación con los muebles regirá todo lo descrito para el caso de que todos los bienes constitutivos de la donación nupcial fueran muebles<sup>191</sup>.

Por último, en esta Novela también recoge que es justo que la mujer que prometió entregar al marido dote, pero no lo hizo, y posteriormente su matrimonio se disuelve al fallecer éste, que no reciba la donación nupcial aportada por su marido, que había sostenido las cargas del matrimonio. Si entregó parte de la dote, podrá exigir ella la donación nupcial por tanto cuanto de la dote ella dio, por ser de justicia y de igualdad<sup>192</sup>.

## b) La Novela 12

Esta Novela dada por el emperador Justiniano en Constantinopla en el año 535, lleva por título, *De incestis et nefariis nuptiis*<sup>193</sup>. Con esta disposición se pretende que no sean castigados los hijos habidos de matrimonios incestuosos, la prole inculparable e inocente, con la finalidad de que reciban los bienes paternos.

De esta manera, en el caso de que en anteriores nupcias tuviera hijos, nietos u otros descendientes, recibirán la sucesión paterna<sup>194</sup>. A diferencia de si no tenía descendencia de su anterior matrimonio lícito y no reprobado, y luego contraía nupcias ilícitas o contrarias a la naturaleza —llamadas por la ley, incestuosas, nefandas o condenadas—, que perdía todos los bienes y los que a título de dote se le dieron, adjudicándosele todas ellas al erario público; así como otras penas no económicas, como el destierro, el azotamiento (para que aprendiera a vivir castamente y a comportarse dentro de los límites de la naturaleza). Del mismo modo, la mujer también se vería sometida a estas penas, si conoció la norma y, de todas formas, se unió a nupcias incestuosas<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> Nov. 2, cap. 4. Lo aquí establecido se recogerá, de nuevo, en la Novela 22, cap. 45, aunque al tratar sobre los intereses aquí menciona directamente el cuatro por ciento.

<sup>192</sup> Nov. 2, cap. 5.

<sup>193</sup> “De las nupcias incestuosas y nefandas”.

<sup>194</sup> Nov. 12, cap. 2.

<sup>195</sup> Nov. 12, cap. 1.

Dispone la norma que si estuvieron unidos incestuosamente y antes de la entrada en vigor de la ley, esa unión ya estaba disuelta, no serán penados. Sin embargo, las uniones incestuosas que se mantengan, tendrá el varón el plazo de dos años, desde que sea notificada la norma a todos, para repudiar a la mujer, debiéndosele entregar al fisco sólo un cuarto de sus bienes, yendo a sus hijos los demás (salvo que el padre por alguna legítima causa los desheredare de la sucesión), debiendo, eso sí, alimentar y darle los bienes necesarios al padre. En el caso de que anteriormente hubiera contraído otras nupcias legítimas y lícitas, y tuviera prole de ellas, deberá dejarles tres partes de la herencia a éstos, al ser inocentes y no culpables; así como, les dejará un cuarto a los hijos de esa unión incestuosa al haber sido injuriados, habiéndose retirado antes la cuarta parte correspondiente al fisco.

Pero si en el plazo de los dos años el marido no repudiaba a su mujer, perdería éste sus propios bienes y la mujer su dote, castigando a los hijos habidos de esta unión, sin que recibieran ningún bien paterno ni materno. Sin embargo, si tenía de otras nupcias anteriores hijos inocentes, éstos recibirán los bienes (tras descontar el cuarto del fisco), aunque deberán alimentar al padre. En cuanto a la dote de la mujer incestuosa, ésta también iba para el fisco. Si el que no repudiaba en el plazo de dos años no tenía hijos de un anterior matrimonio, el fisco será el dueño de todos sus bienes<sup>196</sup>.

### c) La Novela 22

Esta Novela 22, *De nuptiis* —calificada como una especie de código conyugal cristiano—<sup>197</sup> otorgada en Constantinopla en el año 536 es muy importante al tratar de diversos asuntos relativos al matrimonio, siendo especialmente relevante en las segundas nupcias del viudo, tema central de nuestro trabajo, al modificar o corregir algunas leyes previamente dictadas por otros emperadores o por él mismo, vistas anteriormente, para los matrimonios que se celebren en lo sucesivo, ya sean primeros o ulteriores.

En el capítulo 20 trata sobre el caso de disolución del matrimonio por fallecimiento de un esposo, y dispone que corresponde al marido el lucro de la dote según lo que se dispuso en el pacto de los instrumentos nupciales, y a la mujer sobre la donación nupcial, según lo que establecieron los contrayentes, siendo posibles ofertas desiguales de cantidad, pero debiéndose prohibir los pactos desiguales<sup>198</sup>. En el

---

<sup>196</sup> Nov. 12, cap. 3.

<sup>197</sup> *Vid.* Pietro Bonfante, *Corso...*, p. 206.

<sup>198</sup> En el caso de que uno pactara más y otro menos respecto del lucro, se dudaba qué debía prevalecer si lo más o lo menos. Por lo cual optó por reducir a lo menos lo que en el pacto había de más, y que no le fuera lícito a uno pactar la tercera parte del lucro, y a otro la cuarta, sino ambos deberán percibir la cuarta.

caso de no pasar a nuevas nupcias tendrán sus propios bienes, la mujer su dote y el marido la donación nupcial, y percibirán los lucros, de la dote el marido y de la donación nupcial la mujer, teniendo estos bienes como propios, pudiendo disponer plenamente de estos bienes, del mismo modo que de los suyos, inicialmente, propios, incluso disponiendo *mortis causa* por legados o fideicomisos<sup>199</sup>.

En los capítulos 22 y 23 se regularán las segundas nupcias antes y después del *tempus lugendi*, respectivamente. En cuanto a la primera, nos remitimos a lo visto al tratar de la CTH. 3.8.1 ó CI. 5.9.1 y 2, dado que en esta novela mínimamente se retocan éstas<sup>200</sup>. En cuanto a la segunda, esto es, las segundas nupcias tras el tiempo de luto recogemos lo que dispuso Justiniano en esta disposición, al ser la cuestión principal de nuestro estudio.

En el capítulo 23, también se ve cierta crítica a las segundas nupcias al entender que tras el tiempo de luto pasa a segundas nupcias la mujer, desdeñando las primeras<sup>201</sup>. Justiniano distingue entre si existen hijos o no del anterior matrimonio de la mujer. Si no existen hijos, no hay sanción alguna. En este sentido no existe novedad con esta disposición. En cambio, en el caso de existir prole, se le priva a la madre de la propiedad de toda liberalidad que ella adquiere de su marido, dejándole únicamente el usufructo, desde el momento en que contrae nuevas nupcias. Esta pena será común tanto para la mujer como para el marido, recoge la norma<sup>202</sup>. En este caso, al igual que en otras normas posteriores a la Ley *Feminae*, se aclara que la viuda tiene un derecho de usufructo y los hijos de nuda propiedad en los bienes procedentes del otro consorte. Ya no existen dudas de la naturaleza jurídica de sendos derechos.

Concretamente menciona la norma para el caso de la viuda: la donación antenuptial, así como cualquier liberalidad que recibiera de su marido *inter vivos*, así como por testamento, donación a causa de muerte, herencia, legado, fideicomiso. Mientras que para el caso del viudo con hijos: no disfrutará en cuanto a la propiedad de los lucros de la dote, así como, no tendrá en firme ninguna otra liberalidad que adquiriera de su mujer, salvo sólo cuanto le fuere lícito usufructuar mientras viva. Los hijos, aunque estén bajo la potestad paterna, serán los dueños de la propiedad de esos bienes, que irán a ellos inmediatamente tras el nuevo matrimonio. En cuanto a la dote y a la donación nupcial, es indiferente para esta norma, si la dieron por sí los contrayentes o si por ellos la dieron otras personas, parientes o extraños; también es indiferente que dentro de la dote se comprenda la donación antenuptial, como a veces sucedía<sup>203</sup>.

Justiniano en esta novela suprime el derecho de elección que tenían las madres desde la Ley *Feminae*, pero que había sido ya derogado en Occidente por

---

<sup>199</sup> Nov. 12, cap. 20 § 1.

<sup>200</sup> *Vid. supra*.

<sup>201</sup> "... ad secundum vero veniat matrimonium priores negligens nuptias".

<sup>202</sup> "Et haec communis mulieris et viri mulcta sit posita" (Nov. 22, cap. 23).

<sup>203</sup> Nov. 22, cap. 23.

Mayoriano<sup>204</sup> y, mantenido, por Libio Severo<sup>205</sup>, unas décadas atrás. En este sentido, para él, todos los hijos de las primeras nupcias al haber sido “igualmente desconsiderados” por las segundas, deben recibir la misma parte de los lucros de su progenitor. En el caso de haber premuerto algún hijo, si tiene descendencia, se les transmitirá su cuota, dividiéndosela entre los que sean por igual<sup>206</sup>. Todos los hijos recibirán los bienes reservados, con independencia de que hayan sido herederos del padre o madre que premuere, o que muere después, al ser también indiferente y no entrar la ley a valorar si hay o no otros herederos<sup>207</sup>. Al igual que ocurría anteriormente, que no importaba si habían aceptado o no la herencia del premuerto, recibirán sus bienes a través del sobreviviente, siempre que no fueran indignos. Sin embargo, también incluye el derecho que tienen los nietos a los bienes reservados. De hecho, si viven algunos hijos y otros fallecieron, pero sobreviven hijos de éstos, podrán adquirir la porción del hijo fallecido, si han sido herederos de su padre, dado que de no serlo serán los hermanos del hijo premuerto los que tengan derecho a esa cuota en relación a los lucros nupciales (dote, donación nupcial o cualquier otro bien proveniente del cónyuge premuerto)<sup>208</sup>.

Los padres tienen prohibido al casarse de nuevo enajenar o hipotecar tales bienes recibidos de su cónyuge premuerto. Si a pesar de esto hubieren dispuesto de alguna cosa, sus bienes propios estarán obligados a favor de los hijos de las primeras nupcias, y se amenaza a los adquirentes con que pueden perder los bienes adquiridos en el caso de sobrevivir al cónyuge sus hijos. La enajenación, donación, compra-venta o cualquier otro acto será, pues, como si no se hubiese realizado, y los hijos y sus sucesores podrán reivindicar estas cosas de los sucesores de aquéllos. Los hijos podrán impugnar las enajenaciones únicamente después de que haya fallecido el cónyuge bínubo, al entenderse que durante su vida éstos deberán respetar sus actos. Contarán con el plazo de treinta años para reivindicar los bienes, transcurrido el cual se producirá la usucapión en los adquirentes, convirtiéndoles en dueños. El plazo comenzará para los hijos desde que apareciera que fueron hechos de propio derecho, a no ser que les favorezca todavía la edad de la impubertad<sup>209</sup>.

En relación con la enajenación realizada por los progenitores de estos bienes, habrá que distinguir según sobrevivan o no los hijos del primer matrimonio. De este modo, en el caso de que sobrevivan los hijos, la enajenación quedará totalmente

---

<sup>204</sup> Nov. Maj. 6 § 8 (*vid. supra*).

<sup>205</sup> Nov. Sev. 1 (*vid. supra*).

<sup>206</sup> Nov. 22, cap. 25. En igual sentido, viene reiterado en el capítulo 26 § 1, al establecer que todos los hijos por el hecho de sobrevivir tienen derecho a esos lucros en igual medida, sin que quepa la elección. En el caso de fallecer un hijo, sus hijos recibirán su parte. Salvo si los hijos son indignos de suceder, con relación a ambos padres o sólo con el último que muere.

<sup>207</sup> Nov. 22, cap. 26 § 1.

<sup>208</sup> Nov. 22, cap. 21 § 1 (*vid. supra*. Nov. Th. 14 = CI. 5.9.5 § 2).

<sup>209</sup> Nov. 22, cap. 24.

invalidada. Mientras que si los que premurieran fueran los hijos, sobreviviéndoles el progenitor, se ratificará el acto, porque al reservarse<sup>210</sup> para los hijos, y estos fallecer, nadie lo invalidará. Pero concreta, en el caso de que existieran varios hijos, y uno muriera, dejando éste hijos, ellos tendrán derecho a su herencia; sin embargo, si no tenía hijos, no todo irá a sus hermanos, sino que le padre se lucrará según lo que se haya establecido en el pacto para el caso en que no existan hijos, yendo lo restante a los sucesores del hijo premuerto (ya sean hermanos, ya extraños: lo que generalmente sucede tratándose de la madre), ya murieran intestados ya testados. Entonces, si el padre o madre hubieran dispuesto de los bienes antes del nuevo matrimonio y después falleciere un hijo, será válida la enajenación, sólo en tanto en cuanto en virtud del pacto para el caso de que no existan hijos fue a poder del enajenante, porque en relación con las otras partes, que pasan a los herederos del hijo, será absolutamente nula. Por lo cual, tras la enajenación ésta queda en suspenso hasta ver quién sobrevive y quién premuere. Por lo cual, se invalidarán las enajenaciones desde el principio, en el caso de sobrevivir los hijos, o serán plenamente válidas, si sobrevive el progenitor, o invalidándose ciertamente en parte la enajenación, pero siendo válida otra parte, según lo establecido en el pacto para el caso de que no existan hijos<sup>211</sup>.

En el capítulo 27<sup>212</sup> reitera lo dispuesto en la Ley *Hac Edictali*, al parecerle muy bien lo allí recogido, en relación con las liberalidades entre cónyuges, existiendo hijos del anterior matrimonio. Aunque aquí altera la cuantía mínima del hijo en el caso de haber sido desiguales las porciones entre hijos, que era al menos de un cuarto, para ser ahora de la tercera parte o de la mitad, salvo en el supuesto de ser ingrato. El exceso entregado al padrastro o madrastra deberá dividirse entre los hijos (sobrevivientes, o los descendientes del hijo fallecido, dividiéndose la porción entre los existentes), que no sean ingratos con sus padres, porque de lo contrario, si de todas formas recibiera su cuota, injuriría o lesionaría al padre al tener la esperanza (*spes*) de conseguir esos bienes. Aquí habla de la esperanza que tienen los hijos antes del fallecimiento del bínubo de adquirir los bienes procedentes del premuerto. En cuanto al tiempo para considerar lo que hay de exceso, se debe atender al momento

---

<sup>210</sup> Aquí se recoge el verbo “reservar” para los hijos (*servavimus*).

<sup>211</sup> Nov. 22, cap. 26. (*Vid.* también, *supra* la Nov. 2, cap. 2).

<sup>212</sup> Anteriormente, Justiniano recogió en su Código la norma de los emperadores León y Antemio (*vid. supra* la Ley *Hac Edictali* = CI. 5.9.6), mediante la cual se prohibía que el cónyuge bínubo dejara a su nuevo esposo una porción mayor de la recibida por los hijos del anterior matrimonio. Sin embargo, posteriormente este emperador entendió beneficiar tanto a los hijos del primer matrimonio como a los del segundo de la cuantía sobrante, lo que se quitaba al segundo cónyuge, para que se dividiera entre todos, y no únicamente entre los del primer matrimonio (*vid. supra* CI. 5.9.9). En esta novela 22, no obstante, vuelve a lo dispuesto anteriormente, y así dispone que únicamente sean los hijos de la primera unión matrimonial y en partes iguales, los beneficiarios del exceso; pudiéndose excluir los hijos ingratos de este beneficio (*vid. supra*. CI. 5.9.10).

del fallecimiento del bínubo, y no al del acto. Será en este momento cuando se tomará la porción, y se considerará con arreglo a ella lo que hay de exceso, se quitará lo que sobra y se le entregará a los hijos<sup>213</sup>. Bonfante considera que al exceso debería concurrir también el segundo cónyuge, no por el tenor literal de la novela, que parecería excluirlo, sino por una interpretación lógica y por la justicia del caso, porque sino resultaría que el segundo cónyuge tendría, finalmente, menos del mínimo legal al haber crecido la porción del hijo menos favorecido<sup>214</sup>.

Posteriormente, en el capítulo 29 se reitera lo señalado por la *Ley Feminae*, dado que los bienes de la madre bínuba, si muere intestada, y tiene hijos de los dos matrimonios, todos éstos adquirirán sus bienes en idéntica cantidad, mientras que la donación antenupcial de cada padre premuerto, será adquirida únicamente por los hijos habidos dentro de esa unión matrimonial, aunque la madre no pase a terceras nupcias. De igual modo, los padres que contraen segundas nupcias deberán reservar la dote para los hijos de la primera unión matrimonial y a los habidos en las nuevas nupcias, la adquirida por la segunda mujer premuerta, aunque éste no contraiga terceras nupcias<sup>215</sup>.

En relación con los bienes habidos de los hijos, modificará lo que él dispuso en la Novela 2, capítulo 3<sup>216</sup>, para los matrimonios que se celebren a partir de ese momento. Se diferencia según fallezca el hijo o la hija testado o intestado. En primer lugar, si fallece testado, la madre recibirá según el testamento los bienes que le dejó —como legataria o heredera—, ya sea en propiedad ya en usufructo, tanto de los bienes que adquiriera el hijo de un extraño como si provinieron de su padre, sin que sus hermanos se puedan oponer, dado que si se los pudo dejar a un tercero y no le perjudicaban en nada las nuevas nupcias de la mujer, en este caso que tampoco nadie pueda contradecir al testador<sup>217</sup>. En segundo lugar, si el hijo fallece intestado, tanto si la madre ya había contraído segundas nupcias como si lo hacía después, será llamada con los hermanos del difunto, al igual que en la anterior novela, pero ahora distingue según los bienes: únicamente conservará la madre —que con anterioridad o con posterioridad contraiga nuevas nupcias— el usufructo de los bienes paternos adquiridos por el hijo<sup>218</sup>; mientras que, por el contrario, en el resto de bienes, que eran del hijo con independencia de la sucesión paterna, concurrirá la madre con la

---

<sup>213</sup> Nov. 22, cap. 28.

<sup>214</sup> *Vid. Corso...*, pág. 210.

<sup>215</sup> Nov. 22, cap. 29.

<sup>216</sup> Dispuso, anteriormente, que las mujeres fueran llamadas a la sucesión del hijo que no tenía descendencia, junto a los hermanos del fallecido, manteniendo la propiedad y el usufructo así adquirido pasaran o no a nuevas nupcias, después de ser herederas.

<sup>217</sup> Nov. 22, cap. 46 § 1.

<sup>218</sup> En cuanto a la donación antenupcial, la madre únicamente tendrá el usufructo de ésta, aunque el hijo fallecido sucediera en ésta a su padre, si al morir éste, aquélla lucraba la madre, y con esta finalidad se hizo para ella parte de la herencia (Nov. 22, cap. 47 § 1).

prole existente, ya sean únicamente varones, mujeres o exista una mezcla de varones y mujeres. La madre tendrá tanta parte como los hermanos del difunto; dicho de otro modo, la madre sucede en una porción viril ya existan sólo hijos, ya únicamente hijas, ya exista mezcla de una y otra prole<sup>219</sup>.

El emperador Justiniano permitirá que haya aumentos o disminuciones en las dotes o en las donaciones antenuptiales, pudiéndose dar desde un principio las donaciones por razón de matrimonio (*donationes propter nuptias*) así como aumentarse o disminuirse durante el matrimonio. Sin embargo, no les estará permitido disminuirla si contraen segundas nupcias en el caso de existir hijos de las primeras, porque se podrían perjudicar los intereses de esos hijos. Si el ascendiente hubiera ofrecido una dote o donación antenuptial y luego las redujera, los hijos no tendrán como lucro lo dado, sino que el padrastro o la madrastra podrán lucrarse, perjudicando a los hijos<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> En esta novela se modifica lo establecido por el Senado Consulto Tertuliano, disposición del tiempo de Adriano, que estableció el derecho de la madre a heredar a sus hijos. Con anterioridad, en un primer periodo del Derecho romano, no tenía la mujer un derecho sucesorio particular, dado que como consecuencia de la *manus* (que fue un uso habitual), ésta colocándose *loco filiae* en relación con su marido, tenía los mismos derechos en la sucesión de éste que sus hijos. No obstante con la disminución de la *manus*, así como la constitución de la antigua familia romana donde la personalidad del cabeza de familia absorbía todas las demás, la mujer irá perdiendo sus derechos a la sucesión como hija, para adquirir otros nuevos como mujer. De este modo, el Pretor, al considerar la situación débil de la mujer, le reconoció ciertos derechos algo frágiles y débiles. En este sentido, si estaba *in manum*, podía pedir la *bonorum possessio unde cognati*, ella era llamada después de todos los cognados. Con el Senadoconsulto Tertuliano se la excluiría si concurría con los *liberi* del difunto, su padre o su hermano. En esta norma si la madre concurría con algún hijo varón, se le excluía de la sucesión; en el caso de concurrir con hermanas del difunto, se le concedía a la madre la mitad y la otra mitad para las hermanas, con independencia del número que fueran. Si concurrían hermanos y hermanas, los hermanos excluían a la madre, y éstos y aquéllas se dividían los bienes por igual. Aquí se corrige lo allí establecido para que la madre concorra con sus hijos sobrevivientes y tenga una porción viril como sus hijos (Nov. 22, cap. 47 § 2). Sobre este asunto: *vid.* Reuven Yaron, "Two notes...", pp. 389 y ss. Justiniano considerará la situación de la mujer que al enviudar carece de recursos personales. Será en su Novela 53, cap. 6, sobre la mujer pobre e indotada, que no había recibido ninguna dote ni *donatio propter nuptias*, tomaría una parte de la herencia de su marido premuerto, sin considerar el número de hijos dejados por el *de cuius*. Posteriormente, modificará en su novela 117 y se le entregará a la viuda que no fue dotada y que carece de recursos un cuarto de la herencia, si concurre con tres hijos o menos, o sólo con herederos *ab intestato* de cualquier grado que no sean descendientes. Si, por el contrario, concurre con más de tres hijos, nacidos en su matrimonio con el difunto o que éste tuviera de otras nupcias anteriores, únicamente tendrá derecho a una porción viril. Esta porción la recibe en usufructo si concurre con los hijos habidos de su matrimonio (y éstos tendrán la nuda propiedad), en caso de concurrir con hijos de otro matrimonio del difunto obtendrá la nuda propiedad. En el caso de que concorra con ambos hijos, la madre tendrá el usufructo y éstos la nuda propiedad, entiende Paul Piédelièvre, *Droit romain Des successions ab intestat d'après les nouvelles de Justinien. Droit français de l'exécution des legs particuliers*, Thèse pour le Doctorat, Paris, 1888, pp. 62 y ss.).

<sup>220</sup> Nov. 22, cap. 31.

En el caso de que el cónyuge premuerto le hubiere otorgado por última voluntad al consorte sobreviviente sólo el usufructo de los bienes, se había recogido anteriormente que el supérstite si contraía nuevas nupcias perdiera inmediatamente el usufructo, —del mismo modo que perdía la propiedad sobre los otros bienes—. Sin embargo, Justiniano entiende que esto no es correcto, dado que si se dejara el usufructo por liberalidad, por donación *mortis causa* o *inter vivos*, debería subsistir mientras viva el usufructuario, aunque contrajera nuevo matrimonio el que lo recibe, salvo que el donante o el que lo dejó, ya sea varón ya mujer, expresamente dispusiera que al pasar el usufructuario a nuevas nupcias se extinguiera el usufructo y volviera a la propiedad<sup>221</sup>.

#### d) La Novela 98

El emperador Justiniano con ocasión de esta Novela

*Neque virum quod ex dote est, neque mulierem ex sponsalitia largitate lucrum proprium habere, sed servare dominium suis filiis, vel si ad secundas nuptias non veniant, usu solo in lucro consistente, et ut ex repudio transigentes nuptias, lucrantes aut dotem, aut ante nuptias donationem, et ipsis similiter dominium servant filiis, usum habente persona cogenda filios alere; si vero bona gratia solvantur nuptiae, et videantur occasione damni detineri quaedam, et hac arte perimenda, quae detinentur, filiis servantur*<sup>222</sup>,

dará un giro radical a la regulación de los intereses de la prole, al no discriminar entre si hay o no nuevos matrimonios, en todo caso prevalece su interés y a partir de ahora se prohibirá la enajenación de los *lucra nuptialia*: las nuevas nupcias son indiferentes para el curso de los bienes nupciales, éstos deberán entregarse íntegramente a los hijos (derogándose, por consiguiente, la norma dictada por él en el año 528, la CI. 5.9.8 § 1<sup>223</sup>). En esta norma, pues, se suprime el carácter penal de la pérdida

<sup>221</sup> Nov. 22, cap. 32. (*vid. supra* CI. 5.10.1).

<sup>222</sup> “De que ni el marido tenga como propio el lucro que proviene de la dote, ni la mujer el que de la donación esponsalicia, sino que reserven, aunque no pasen a segundas nupcias, el dominio para sus hijos, teniendo solamente el uso sobre el lucro; de que disolviendo por repudio las nupcias, y lucrando o la dote o la donación antenuptial, reserven igualmente para los mismos hijos el dominio, debiendo ser obligada la persona que tiene el uso a alimentar a los hijos; y de que si las nupcias fueron disueltas de buen grado, y se viera que con ocasión de daño se detentan algunas cosas, y que con este ardid habían de perecer las que se detentan, se les reserven a los hijos”.

<sup>223</sup> En esta norma se permitía expresamente que el viudo o viuda que no contraía nuevas nupcias pudiera disponer libremente de los bienes adquiridos de su consorte premuerto, pudiendo los hijos reivindicar los bienes no enajenados, a pesar de no haber aceptado la herencia del progenitor sobreviviente (pero aceptando la del premuerto) (CI. 5.9.8 § 1, año 528). Para Humbert, Justiniano con esta norma priva de eficacia la disposición de Teodosio II (Nov. 14.7) en la que de la aceptación de los hijos de la

de la propiedad de los lucros nupciales,<sup>224</sup> para que tuviese lugar aunque no pasara a nuevas nupcias el cónyuge supérstite<sup>225</sup>.

En este sentido, si fallecía la mujer, y la dote lucraba al marido, deberá reservarse para los hijos en todo caso, sin distinción entre si pasa o no a segundas nupcias; del mismo modo, si fallecía el marido, la viuda deberá reservar para los hijos los lucros de la donación antenuptial, pudiendo usar los lucros, aunque reservando la propiedad para la prole. Esta regulación se aplica a cualquier matrimonio disuelto ya sea por fallecimiento de un cónyuge, ya por otro motivo, como es el divorcio. Si ambos contrayentes hubieran fallecido, no tendrán los herederos este derecho.

Contempla el caso de disolución del matrimonio por divorcio, al entender el Emperador que no pueden quedar desatendidos los hijos habidos en esa unión matrimonial. En el caso de que exista prole, no podrán los cónyuges en el caso de que haya delinquido o haya realizado cosas dignas de la pérdida de la donación antenuptial, o que la mujer sea merecedora de la pérdida de la dote, que no lucre el marido la dote ni la mujer la donación antenuptial, sino que al perderse estos bienes, que pasen inmediatamente a los hijos comunes, siendo de ellos el lucro de la propiedad, siendo de los padres su uso. Pero también tiene constancia el Emperador que en algún caso de disolución de buen grado del matrimonio, en la que la donación antenuptial volvió al que la dio y la dote a la que la ofreció, incluso las partes se dieron una cantidad de dinero en compensación de los daños y perjuicios, pareciendo que esto no era lucro nupcial, y que no debía reservarse para los hijos, sino que provenía de una causa extraña, por hacerse por otra causa del que la recibió. Sanciona Justiniano, para remediar esta situación, que si alguna cosa se da y pase algún lucro al otro, se les reserve a los hijos, yendo a éstos la propiedad, siendo el uso del que se lucró. De este modo no perjudicarán a sus hijos, y se “abstendrán de todo vicio y deseo irracional”. Finalmente, Justiniano, prestando atención e interviniendo en

herencia del premuerto nacia un derecho y una limitación en los derechos del sobreviviente. Se conserva que los hijos pueden reivindicar sin haber aceptado la herencia del sobreviviente, si aceptaron la del premuerto, y se pregunta contra quién. Responde que sólo contra los herederos intestados, porque contra los herederos válidamente instituidos le será imposible. Como no pueden reivindicar si no aceptan la sucesión del sobreviviente si ellos son herederos intestados, entonces, o se produce la distribución de los bienes *ex testamento*, y los hijos nada pueden rebatir (por tener el sobreviviente un derecho de disposición *mortis causa*) o se produce *ab intestado*, y los hijos que son necesariamente herederos del sobreviviente, sólo podrán reclamar los bienes si aceptan la sucesión del sobreviviente. Esto deroga la Novela 14,7 (que es suprimida en el texto interpolado del CI. 5.9.5 § 7) y limita los derechos de los hijos (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 451).

<sup>224</sup> Humbert duda sobre si se conserva o no el *ius eligendi* de los cónyuges que no se casan de nuevo, al no hacerse referencia a él en esta norma. Sin embargo, al decir que los hijos tendrán en todo caso la *proprietas* y el cónyuge sobreviviente el *usus fructus*, para Justiniano —dice— estos términos harían referencia a las nociones clásicas de propiedad y usufructo, que excluirían el *ius eligendi* del usufructuario (*vid.* Michel Humbert, *Le remariage...*, p. 452).

<sup>225</sup> *Vid.* Pietro Bonfante, *Corso...*, p. 207.

beneficio de sus súbditos, recoge que si los padres no reservan en primer lugar y de una manera espontánea, será él mismo, al ser después de Dios, el padre común de todos, el que los mandará reservar<sup>226</sup>.

### e) La Novela 127

El emperador Justiniano, en su ánimo de beneficiar a los cónyuges viudos que no contraen nuevos matrimonios dispondrá en su Novela 127

*Ut fratrum filii succedant patrui ad imitationem fratrum etiam ascendentibus exstantibus; et ut mulieres non insinuata antenuptiali donatione non laedantur, non insinuans autem vir, vel si competat nuptiale lucrum, eo non fruatur; et rursus ut mulieres non secundo nubentes dominae sint partis sponsalitiarum largitatis, quantum pars facit unius filii; et ut similes sint poenae utriusque sexus, dum sine causa rationabili repudium mittitur*<sup>227</sup>,

que los cónyuges sobrevivientes que no contraigan nuevas nupcias tenga una porción viril en propiedad junto con sus hijos. En caso de nuevas nupcias, por el contrario, se perderá la propiedad, aunque únicamente en la medida de la cuota viril<sup>228</sup>.

Concretamente en el capítulo 3 de esta novela está lo dispuesto para las mujeres que no se casan nuevamente. Éstas tendrán el uso de la donación antenuptial, y también tanta parte en propiedad cuanta constituye la porción de los hijos, como si en la porción de propiedad ella tuviere la personalidad de un hijo. Esto se aplicará a las madres, pero también a los padres, así como a cualquier ascendiente que se abstiene de contraer nuevas nupcias<sup>229</sup>.

<sup>226</sup> “... Res enim est et castitate plena, et bonis moribus congrua, et paterno maternoque affectu plena, deum qui est communis omnibus pater (dicimus autem qui imperium habet) per legem iis, qui a parentibus laesi sunt, servet, et hic quoque ea, quae de lucris et successionebus pridem disposita sunt, teneant; nihil enim eorum innovamus, praeter illa sola, quae expressim in hac lege scripsimus” (“Porque esta cosa está llena de castidad, es congruente a las buenas costumbres, y está plena de afecto paternal y maternal, para que lo que los padres no les reservan espontáneamente, se lo reserve el que después de Dios es padre común de todos, (nos referimos al que tiene el imperio), por medio de la ley a los que fueron perjudicados por sus padres, y tenga validez en este caso también lo que sobre los lucros y las sucesiones se dispuso antes; porque en ello no innovamos nada, excepto sólo lo que expresamente hemos escrito en esta Ley”). Ildefonso García del Corral, *Cuerpo..., Novelas...*, p. 347.

<sup>227</sup> “De que los hijos de los hermanos sucedan al tío paterno a imitación de los hermanos aun habiendo ascendientes; de que no sean perjudicadas las mujeres por no haber sido insinuada la donación antenuptial, pero el marido que no la insinuó, aunque le competa el lucro nupcial, no disfrute de él; y también de que las mujeres, que no se casan segunda vez, sean dueñas de tanta parte de la donación sponsalicia, cuanta constituye la de un solo hijo; y de que sean análogas las penas de ambos sexos, cuando sin causa razonable se envía el repudio”.

<sup>228</sup> Vid. Pietro Bonfante, *Corso...*, p. 208.

<sup>229</sup> Nov. 127, cap. 3 (año 547).

## II. La evolución de la reserva desde la época visigoda hasta la Codificación

### 1. Nociones básicas en el Código de Eurico, la *Lex Romana Visigothorum* y su revisión: la reiteración del Derecho romano

Antes de la caída del Imperio Romano de Occidente, habían entrado y estaban asentados dentro de éste distintos pueblos bárbaros o germanos, concretamente en la Península Ibérica serán los visigodos los que permanezcan tras diversas luchas y guerras. En esta época estará en vigor desde su promulgación, en el año 438, el Código Teodosiano, siendo aplicable en nuestra península la legislación romana basada en el Código Teodosiano para los hispano-romanos, mientras que para los visigodos les eran de aplicación sus costumbres germanas. Bajo el reinado de Eurico, se promulgará el Código de Eurico<sup>230</sup>, importante por ser el primer cuerpo jurídico visigótico en la península ibérica, donde se recogen las normas que aplicaban los visigodos en la península. Concretamente, en la ley 321<sup>231</sup> en relación con el

<sup>230</sup> Dejamos de lado el problema de su denominación, como *Codex o Edictum*, nosotros lo seguiremos denominando Código de Eurico por ser ésta la denominación divulgada, a pesar de que para D'Ors "en rigor deberíamos llamarlo *Edictum Eurici regis*". Eurico, primer legislador tras la caída del Imperio Romano, modelo para las siguientes legislaciones habidas en el Imperio, continuaba la tradición legislativa de los emperadores romanos, y su Código es "un monumento del derecho romano vulgar", por servirse del conocimiento de las escuelas del siglo V del sur de las Galias. La falta en el Código de Eurico de la forma mayestática y retórica existente en la antigua cancellería es, en opinión de este autor, por el carácter con que se promulgó el Código, y no por la falta de medios en aquel momento histórico de derrumbe del Imperio. Para él no se trataría de un Código, en sentido moderno, por no querer ser una ley completa, porque simplemente era "una norma para aclarar puntos fundamentales, pero que suponía una aplicación general del derecho romano, el cual seguía vigente a pesar de la caída de Roma" (Alvaro D'Ors, *Estudios Visigóticos, II, El Código de Eurico*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, 12, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1960, pp. 2 y ss.).

<sup>231</sup>Ley 321 Código de Eurico: "Si marito superstitute uxor forsitan moriatur, filii qui sunt eodem coniugio procreati in patris potestate consistent, et res eorum, si novercam non superduxerit, ea conditione possideat ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare praesumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. 2. Fructus tamen omnes pro iure percipiat <et> una cum filiis communibus consumat expensis. 3. Cum vero filius duxerit uxorem aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam recipiat portionem, ita ut usufructuaria patri tertia derelinquatur. 4. Pater autem tam filio quam filiae, cum XX annos aetatis impleverit, mediam ex eadem quam unumquemque contigit de rebus maternis restituat portionem, etiam si nullis fuerint nuptiis copulati; medietatem vero dum advixerit pater sibi vindicet filiis post obitum relinquendam. 5. Qui autem novercam superduxerit, omnes facultates maternas filiis mox reformet, / ne, dum filii cum rebus ad domum transeunt alienam, novercae suae vexentur iniuriis. 6. Eadem quoque de nepotibus forma servetur" ["Si viviendo el marido muere la mujer, los hijos nacidos de aquel matrimonio queden en administración de su padre, y, siempre que no se case de nuevo, posea éste los bienes de aquéllos, de forma que no intente vender o malgastar o enajenar de otro modo cualquiera nada de aquellos bienes, sino que conserve todo íntegra y escrupulosamente para sus hijos. 2. Tome para sí, en cambio, todos los frutos y gástelos juntamente con sus hijos en las necesidades comunes. 3. Cuando el hijo tomare mujer o la hija aceptare

viudo se señala que al premorir la esposa, no experimentará ningún cambio en su puesto de administrador de los bienes familiares, al venir dado por su condición de padre dentro de la organización matrimonial. Sin embargo, sí se modifica parcialmente la situación familiar, así los hijos habidos en esta unión quedan bajo la tutela del padre superviviente, y serán propietarios del patrimonio que antes detentaba la madre. Durante su minoría de edad, los hijos carecerán de plena capacidad de obrar, por lo que la administración de estos bienes se le confiere al padre viudo, mientras se conserve en ese estado. El padre viudo deberá conservar para sus hijos todos los bienes maternos habidos en esa unión matrimonial, sin poder enajenarlos, y únicamente tendrá un derecho de usufructo sobre ellos, mientras no contraiga nuevo matrimonio. Porque en este caso, junto con otros que ponen fin a la autoridad paterna: la emancipación de los hijos, ya sea por cumplir la mayoría de edad (20 años) así como por contraer el hijo un matrimonio, señala la ley unas devoluciones que deberá hacer el padre. Así, en concreto, en el caso de la mayoría de edad, el padre podrá retener en usufructo la mitad del caudal de sus hijos emancipados (el romano “premio de la emancipación”); y en el caso del matrimonio del hijo, el padre retiene y disfruta de un tercio del patrimonio del hijo. Si el padre viudo pasa a nuevas nupcias deberá devolver todos los bienes maternos a los hijos. Para Gacto Fernández esta regulación de Eurico en este punto “es un armonioso desarrollo de las directrices del último Derecho romano”<sup>232</sup>. Ervigio mantiene la obligación de entregar a los hijos las cuotas del patrimonio materno establecidas por Eurico: las dos terceras partes al casarse los hijos y la mitad desde su mayoría de edad. Si el viudo contrae un segundo matrimonio, la autoridad paterna se pierde, pero ahora se constituye una tutela para los hijos menores cuya titularidad, a diferencia de lo dispuesto por Eurico y Recesvinto, podrá asumir el binubo, si así es su voluntad; y no pasará a un extraño, como ocurría anteriormente.

---

marido, reciba inmediatamente de su padre su porción de los bienes maternos, dejando al padre una tercera parte en usufructo. 4. El padre, al cumplir, tanto el hijo como la hija, los veinte años, restitúyalas la mitad de lo que les tocó a cada uno de los bienes maternos, aunque no se hubieren casado; y quédese con la otra mitad mientras viva, para, a su muerte, dejarla a los hijos. 5. El que contrajo nuevas nupcias, devuelva luego todos los bienes maternos a los hijos, para que, al pasar a una casa extraña con sus cosas, no sean los hijos injuriosamente vejados por la madrastra. 6. Obsérvese la misma norma también para los nietos” (Alvaro D’Ors, *Estudios Visigóticos...*, pp. 36 y ss.]. La Ley 321 del Código de Eurico será la *Lex Visigothorum* (L.V.) 4.2.13.

<sup>232</sup> Gacto Fernández entiende, a pesar de no ser muy clara la ley, que si el hijo mayor de veinte años contrae matrimonio, el padre le entregará la parte de sus bienes que sumada a la mitad que ya recibió, complete los dos tercios a que el hijo casado tiene derecho; el padre retendrá en todo caso, mientras se mantenga viudo, un tercio de la cuota hereditaria de cada hijo en los bienes de su madre muerta, pudiendo escoger de entre sus hijos al sucesor en este tercio (vid. Enrique Gacto Fernández, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Sevilla, 1975, pp. 34-36).

Por su parte, la situación hereditaria de la viuda en los bienes de su marido difunto, era distinta, y así recoge la ley 322<sup>233</sup> que al fallecer la madre bínuba deberán los hijos sobrevivientes recibir en igual medida los bienes que la madre recibiera de su esposo premuerto en usufructo. En esta disposición se establecía que la viuda, mientras conservara su estado de viudez, tendría derecho al usufructo de una porción de la herencia del marido difunto equivalente a la que en propiedad recibieran sus hijos. En el caso de que contrajera un nuevo matrimonio, supondría la pérdida de esta facultad, y cualquier extralimitación que excediera los límites del usufructo se compensaría con el propio patrimonio de la viuda. La viuda, en vida, tenía derecho a disponer de su derecho de usufructo en beneficio de cualquiera de sus hijos, y desde Leovigildo también a los extraños<sup>234</sup>. Se trata de una norma que recoge disposiciones sucesorias de la madre viuda, sin mencionar las facultades que la madre tendría sobre la persona y bienes de sus hijos. Comparada con la norma anterior (CE 321) que se refería al viudo, aquí no hay ninguna mención a las funciones tutelares que la viuda pudiera tener. Leovigildo sí regulará la posición de la viuda en esta cuestión: podrá ser tutora si quiere siempre que se mantenga viuda, y previa formalización de un inventario de los bienes, requisito éste imprescindible para cualquier tutor.

<sup>233</sup> Ley 322 del Código de Eurico: “Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; qua(m) usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis ... e conferre praesumat. 2. Quod si eam filii hanc portionem matris <evertere> sive per neglegentiam sive per odium eorum forte prospexerint, ad millenarium vel ad comitem civitatis aut iudicem referre non differant, ut matrem suam contestatione commoneant ne res quas ad usu(m)fructum accepit evertat. 3. Nam usumfructu(m) quem ipsa fuerat perceptura dare cui voluerit, filio vel filiae, non vetetur. [Sed et quod de ipso uso sibi debito iuste conquirere potuerit, faciat quodeumque illi omnimodi iustissime placuerit] 4. Verum si ex usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciantur. 5. Post obitum vero matris, portio quam acceperat ad filios equaliter revertatur, quia non possunt / de paterna hereditate fraudari. 6. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt” [“Si la madre permaneció en viudedad, tenga, en usufructo, una porción más entre sus hijos, esto es, como uno de los hijos; que posea en derecho de usufructo hasta su muerte, sin intentar donar ni vender ni dar a uno de sus hijos... 2. Y si los hijos vieren que ella, por negligencia o maldad, malgastaba esa porción materna, no tarden en acudir al milenario, al conde de la ciudad o al juez, a fin de amonestar judicialmente a la madre para que no malgaste las cosas que recibió en usufructo. 3. No se le impide, en cambio, dar el usufructo que debía tomar ella al hijo o hija que ella quiera. 4. Y si se probó que había malgastado algo de la porción usufructuaria, indemnícese a los hijos, al morir la madre, de los bienes de ésta. 5. Al morir la madre, la porción que había recibido revierta a los hijos por igual, pues no pueden quedar defraudados en la herencia paterna. 6. Y si la madre contrajo acaso nuevas nupcias, desde aquel momento, tendrán derecho los hijos nacidos del anterior matrimonio, con el resto de los bienes paternos, a aquella porción usufructuaria que ella había conseguido de los bienes de su marido” (Alvaro D’Ors, *Estudios Visigóticos...*, pp. 38 y 39)]. Los corchetes dentro del apartado 3, son lo adicionado sobre el Código de Eurico por Leovigildo: LV. 4.2.14 según Enrique Gacto Fernández (*vid. La condición...*, p. 44).

<sup>234</sup> *Vid.* Enrique Gacto Fernández, *La condición...*, p. 44.

En el Breviario de Alarico, *Lex Romana Visigothorum*, de Alarico II también se recoge la disposición *Feminae*. Así, la mujer bínuba está obligada a reservar a los hijos del primer matrimonio todo lo recibido del marido, por cualquier título, conservando el usufructo sobre estos bienes. La madre puede preferir a uno solo de los hijos (privando al resto de estos bienes) aunque el autor de la *Interpretatio* sólo lo limita a lo que la madre recibió por testamento, legado o fideicomiso, y no a la donación esponsalicia, que deberá ser entregada a todos los descendientes de igual manera. Se aconseja al viudo que haga lo mismo con los *bona materna*. Posteriormente se recogerá la equiparación de la viuda y el viudo, al obligar al padre bínubo a reservar los bienes, convirtiendo en obligación lo que anteriormente fue un consejo<sup>235</sup>.

## 2. Evolución del Derecho de Castilla hasta la Codificación: ampliación de la reserva viudal al viudo

### 2.1. El Fuero Juzgo: la viuda y las arras

En el Derecho de Castilla<sup>236</sup> se recoge únicamente para las mujeres viudas que contraen nuevas nupcias, y en relación con las arras<sup>237</sup> recibidas de sus difuntos esposos, que éstas deberán entregárselas a los hijos del matrimonio habido entre ambos en el caso de que su madre tras enviudar pase a nuevas nupcias. No se trata de una regulación tan exhaustiva como se dispuso en el Derecho romano, de guar-

<sup>235</sup> Igualmente recogerá Alarico las sucesivas modificaciones llevadas a cabo por los emperadores Mayoriano (que obliga a la viuda aunque no contraiga un segundo matrimonio a reservar a los hijos los bienes procedentes de la donación, y deroga la facultad de mejora) y Libio Severo (la viuda se case o no sólo tendrá el usufructo de la donación marital, porque la propiedad se reserva a los hijos, permitiéndole ceder a quien estime su derecho de usufructo) (*vid.* Enrique Gacto Fernández, *La condición...*, pp. 71 y ss.).

<sup>236</sup> Entiende Gacto Fernández que hay que presumir que el sistema gótico de la época de Ervigio perdurará los primeros siglos de la reconquista en territorios como Asturias y León, se da por supuesta la vigencia de la *Lex Visigothorum*, y posiblemente en otras zonas carentes de ordenamiento jurídico formulado, en donde se conservaría aunque mezclado con matices consuetudinarios. Durante la Baja Edad Media este régimen se generaliza por el Levante y el Sur, con motivo de la expansión del Fuero Juzgo, y se mantiene en importantes enclaves del Norte y Centro de la Península. Posteriormente, el Fuero Real va a enlazar en buena medida con el sistema visigodo, aunque con ciertas deformaciones, debidas al cambio de circunstancias socioeconómicas así como por la influencia de otros sistemas. Por ejemplo, en relación con la tutela de los hijos, ésta se le encomienda al padre viudo, ya permanezca en ese estado (aquí se diferencia con el sistema gótico, porque no se le respeta la patria potestad), ya contraiga nuevas nupcias. En cuanto a la madre, únicamente será tutora si no contrae un matrimonio ulterior, y siempre que exprese previamente su voluntad de querer asumir el cargo (*vid.* Enrique Gacto Fernández, *La condición...*, p. 51).

<sup>237</sup> Recordemos que las arras matrimoniales estaban constituídas por el conjunto de bienes que el esposo entregaba o prometía a su futura mujer en el momento de solicitar el matrimonio. El término arras, según Gacto Fernández, aparece por primera vez en los textos jurídicos altomedievales en su versión romanceada (*vid.* *La condición...*, p. 84).

dar y transmitir todo lo habido del esposo premuerto o de los hijos del anterior matrimonio, sino que aquí se pretende que las arras recibidas no se mezclen con el resto de bienes de la viuda, con la finalidad de que no sean adquiridas por los hijos de la segunda unión matrimonial ni por otra familia extraña al esposo donante, siempre que haya hijos del matrimonio precedente<sup>238</sup>. En esta disposición no se contempla ninguna mención sobre la posición jurídica de la viuda ni de los hijos mientras viva la bñuba, porque la regulación es más simple, disponiendo solamente que los hijos de un matrimonio sólo adquieran las arras dadas a su madre por su padre, pero no por otro esposo anterior. Concretamente, en el *Liber Iudiciorum* o en romance, Fuero Juzgo, se recoge en su Libro IV: *Del linaje natural*; Título V: *Titol de lo bienes que pertenescen por natura*; Ley II, final: "... E la muier que ovo dos maridos, ó mas, é ovo fiios dellos, las arras que ovo del un marido non puede dexar á los fiios del otro; mas cada un fiio ó fiia, ó nieto ó nieta deve aver las arras quel dió su padre ó su avuelo á su madre despues de la muerte de su padre". Esta ley en sus primeras líneas dispone que la madre viuda, que así se mantenía, si no tenía hijos ni nietos podía disponer libremente de las arras recibidas, en caso contrario se disponía que esta prole recibiera tres cuartas partes, siendo el cuarto restante de libre disposición de la madre<sup>239</sup>.

En el Fuero Juzgo se recogen nuevamente las penas para la viuda que antes del año de luto contrae nuevas nupcias o comete adulterio, al igual que se estableció en el Derecho romano, como vimos anteriormente. En este caso, la viuda pierde la mitad de sus bienes en beneficio de los hijos del anterior matrimonio, siempre, claro está, en ausencia del privilegio del príncipe<sup>240</sup>.

## 2.2. El Derecho local: los fueros castellanos

Conocido es por todos que en la Alta Edad Media, a medida que avanza el proceso de repoblación será la concesión de cartas de población el expediente al que

<sup>238</sup> Esta norma se inspira en la Ley *Quum aliis*, de Honorio y Teodosio del año 422 (CI. 5.9.4) cuya finalidad era que los hijos habidos de cada matrimonio retuvieran los bienes esponsalicios de sus respectivos padres. Criterio también aplicado en el Fuero Real, como después se verá.

<sup>239</sup> "Porque á las muieres era mandado que fiziesen de sus arras lo que quisiesen, algunas dexaban sus fiios é sus nietos, é dábanlas á otros estrannos. Por ende menester es que aquellos ende ayan algun provecho por la crianza de los quales fué fecho el casamiento. Onde establescemos que la muier que a fiios ó nietos, non pueda dar mas de la quarta parte de sus arras ni á la egleisia, ni á otra parte; é las tres partes deven fincar á sus fiios ó á sus nietos, si fuere uno *sennero*, ó muchos. Mas quando la muier non a fiio ó nieto vivo, estonze puede fazer de sus arras lo que quisiere" (*Fuero Juzgo o libro de los jueces*, ediciones Zeus, 1ª edición, Barcelona, 1968, p. 233).

<sup>240</sup> Libro III: *De los casamientos e de las nascencias*; título II, *Titol de las vodas que non son fechas lealmientre*; Ley I; *Si la muier casa despues de la muerte de su marido ante que compla el anno*: "Si la mugier despues de muerte de su marido se casa con otro ante que cumpla el anno, ó fiziere adulterio, la meetad de todas sus cosas reciban los fiios della é del primero marido. E si non a fiios, los parien-

acuden los monarcas y señores para facilitar el establecimiento de poblaciones en los lugares recientemente reconquistados. A pesar de que en todos los lugares del reino Astur-leonés y posteriormente, de Castilla y León en esta época estaba vigente el Derecho de época visigoda (el *Liber Iudiciorum*), sin embargo, en la realidad tenía una aplicación más teórica que real, ya que en gran parte del territorio era la costumbre la que dominaba como fuente de Derecho, siendo la norma consuetudinaria de inspiración germánica adaptada a las nuevas circunstancias económicas y sociales impuestas por el proceso repoblador la que marcaba el comportamiento jurídico de las distintas poblaciones<sup>241</sup>. Esta norma solía recogerse por escrito en los fueros municipales cuyos primeros ejemplares datan del siglo X que incluyen, de forma breve, distintos privilegios concedidos a una población y alguna disposición de Derecho penal y procesal como podemos ver en el Fuero de Castrogeriz (Burgos) del año 974 otorgado por el Conde de Castilla García Fernández. El número de los fueros fue creciendo durante el siglo XII y XIII, siendo su composición cada vez más extensa y completa pues recogía no solamente la costumbre local sino la primitiva carta de población, en el caso de que la hubiera, los diversos privilegios concedidos a esa población y las sentencias judiciales que habían creado un derecho consuetudinario y normas jurídicas procedentes de otros fueros que completaran las cada vez más complejas relaciones jurídicas. En este caso nos encontramos ante los llamados fueros extensos, en contraposición a los denominados fueros breves de la primera época<sup>242</sup>.

Centrándonos en la salvaguarda de los intereses patrimoniales de los hijos del primer matrimonio, por regla general, todos los fueros permiten que el cónyuge superviviente pueda gozar hasta la mayoría de edad de sus hijos de los bienes provenientes del cónyuge premuerto, estableciendo que los entregue a los hijos en el momento de pasar a un nuevo matrimonio, cosa que normalmente suponemos sucedería. A fin de evitar posibles fraudes, traemos a colación el Fuero de Teruel que aunque no pertenece al área geográfica de este epígrafe, establecía una disposición sancionadora para el viudo que por ignorancia o por codicia no procediera de este modo, autorizando a los hijos del primer matrimonio a tomar la mitad de los bienes de su padre en cualquier momento incluso los adquiridos con posterioridad al segundo matrimonio, respetando, eso sí, los bienes pertenecientes a la segunda mujer<sup>243</sup>.

tes mas propinquos del marido muerto ayan la meytad. E por esto queremos que aya la mugier esta pena, que aquella á quien el marido dexa preñada, quando se coyta mucho de casar, ó de fazer adulterio, que non mate el parte ante que sea nazido. Todavía mandamos que aquellas mujeres sean sin pena desta ley, las quales se casan ante del anno cumplido por mandado del príncep” (Fuero Juzgo..., p. 161).

<sup>241</sup> José Sánchez-Arcilla Bernal, *Historia del Derecho. I. Instituciones políticas y administrativas*, Madrid, 1995, pp. 207-215.

<sup>242</sup> Vocablo “Fuero”, *Diccionario de Historia de España*, Germán Bleiberg (Dir.), Tomo II, Madrid, 1968, 2ª edición, pp. 142-148.

<sup>243</sup> Así lo recoge Emma Montanos Ferrín, *La familia en la alta edad media española*, Pamplona, 1980, p. 289, nota número 247.

Las arras sirven para el sostenimiento de la viuda y sus hijos, así como cumplen una función de garantía del enlace matrimonial. En los fueros se distingue según exista o no prole del matrimonio. Así, ciertos fueros contemplan la posibilidad de que la viuda se quede con las arras en caso de inexistencia de prole matrimonial; mientras que si hubiera descendencia, desde que ésta nace, se les priva de este derecho, porque como señala Gacto Fernández, las arras “mueren”, esto es, se confundirían con el patrimonio que deben heredar los hijos, y así en fueros como Oviedo, Avilés y Soria, las viudas no contarán con la cuantía de las arras. Sin embargo, existen otros fueros en los que esta situación no es así. Para el mencionado autor, en el Fuero de Zamora<sup>244</sup>, a pesar de tener prole, la viuda no pierde las arras, sino que las conserva aunque no puede transmitir las; si el viudo sobrevivía a la mujer, los bienes que él donó a su esposa volverán a su patrimonio, constituyendo una masa separada de la que no podrá disponer, debiendo reservarlos para sus hijos; mientras que si el viudo sobrevivía sin prole sobreviviente, recobrará las arras sin ninguna limitación dispositiva. También en Uclés, se presumiría que la viuda adquiriría las arras entregadas por su esposo aunque tuviera hijos, dado que se dispensa a los hijos pagar por las arras no entregadas por su padre antes de su fallecimiento<sup>245</sup>.

### 2.3. El Fuero Real: la viuda y las arras

En el Fuero Real, en la Ley I, del Título II, del Libro III, también se recoge la obligación que tiene la viuda si contrae segundo o ulterior matrimonio, de dejar a los hijos habidos con cada marido las arras dadas a ésta por aquel, con la intención de que las arras dadas por cada padre no sean compartidas entre otros hijos que no lo sean del padre que las entregó a la mujer. Únicamente se obliga a la viuda que guarde las arras, y no cualquier otro bien, para los hijos. El viudo en la misma situación nada debe guardar para los hijos. Concretamente es el Libro III, Título II: *de las arras*, Ley I:

“...Et si la muger oviere fijos de dos maridos o de mas, cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre de guisa que los fijos del un padre non partan en las arras que dió el padre de los otros. Et si el padre o la madre quisieren dar arras por su fijo, non puedan dar mas de el diezmo de lo que puede heredar dellos”.

---

<sup>244</sup> Recoge Gacto Fernández en relación con el Fuero de Zamora, que al fallecer su esposo, la viuda tiene derecho a ellas, pudiéndolas deducir del patrimonio del difunto si no llegó a recibirlas en vida, concediéndole la norma la posibilidad de hacer con ellas lo que quisiera. Para el autor, esta facultad dispositiva debería darse a falta de descendencia, a pesar de que en el Fuero nada se establezca, dado que al viudo con prole se le obliga a reservarlas para ellos; sin embargo, no se le escapa al autor que esta limitación puede deberse a que las arras se han convertido en bienes de la madre y herencia de los hijos, de la que el padre sólo podrá administrar (*La condición...*, p. 94).

<sup>245</sup> Enrique Gacto Fernández, *La condición...*, pp. 92-93.

En la parte inicial de esta ley se recoge la cuantía que puede dar el marido a su mujer en concepto de arras, concretamente, un décimo. También dispone que si la mujer tiene hijos del marido que se las dio, éstos deberán recibir tres cuartos de éstas, pudiendo la viuda disponer libremente de un cuarto; sin embargo, si no tuviera descendencia, podrá disponer de ellas según su voluntad, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. No obstante, si la mujer no otorgara testamento, las arras serán recibidas por el marido que se las dio o por los herederos de éste<sup>246</sup>.

#### 2.4. Las Partidas: aparece el vocablo “reservar”

En la ley 26, título 13, Partida 5<sup>a</sup>, aparece por primera vez el término “reservar” para definir lo que la viuda que contrae nuevas nupcias debe hacer con las arras y donaciones habidos de su difunto marido en beneficio de los hijos habidos entre ambos. Esta norma contiene varias novedades si se compara con las anteriores normas: por un lado, se emplea por primera vez el término “reservar”; por otro, se amplían los bienes reservables, aparte de las arras, a las donaciones; y, finalmente, se “empeñan calladamente” todos los bienes de la madre, para asegurar a los hijos la adquisición al fallecer ésta de los bienes reservados, así como de los bienes del nuevo marido hasta que se nombre guardador a los hijos. El actual artículo 978 del Código Civil relativo a la hipoteca por bienes reservables se inspira en esta disposición, al sancionar que al contraer nuevas nupcias el viudo venga obligado a asegurar con hipoteca, la restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieron al fallecer éste, el abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionen si fuera su culpa; la devolución del precio recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tuvieron cuando se enajenaron a título gratuito; y, finalmente, el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados. Así se dispuso:

“... Marido de alguna muger finando, si casasse ella despues con otro, las arras e donaciones, que el primer marido finado le ouiesse dado, en saluo fincan a sus fijos del primer marido, e deuenlas cobrar, e auer despues de la muerte de su madre; e para ser seguro desto los fijos, fincarles por ende obligados, e empeñados calladamente todos los bienes de la madre. E esso mismo dezimos que seria si muriesse el marido de alguna muger de quien ouiesse fijos, e teniendo ella en guarda a ellos, e a sus bienes se casasse otra vez, que fincan

---

<sup>246</sup> “Todo ome que casare non pueda dar mas en arras a su muger del diezmo de quanto oviere, et si mas le diere o pleyto sobrello ficiere non vala. Et si por aventura mas diere, los parientes mas propinicos del marido lo puedan demandar por él. Et si la muger aviendo fijos deste marido finare, pueda dar por su alma la quarta parte de las arras, o a qui quisiere, et las tres partes finquen a los fijos de aquel marido onde las ovo, e si fijos non oviere, faga de sus arras lo que quisiere, quier en vida quier en muerte. Et si ella moriere sin manda e non oviere fijos dél, finquen las arras al marido que gelas dió o a sus herederos” (*Fuero Real del Rey don Alfonso el Sabio, copiado del Códice del Escorial, y cotejado con varios Códices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 67-68*).

entonce todos los bienes de la madre obligados a sus hijos, e aun los que de aquel con quien casa, fasta que hayan guardador, e que les den cuenta, e recabdo de lo suyo. Otrosi dezimos, que los bienes de cada un ome que fiziesse mandas en su testamento, que fincan obligados a aquellos a quien fizo las mandas, fasta que sean pagados della. E aun dezimos que si algun ome rescibiesse de otro maravedis prestados, para guarnir alguna naue, o para refazerla, o para fazer alguna casa, o otro edificio, o para refazerlo, que qualquier destas cosas que fuesen metidos o en despendidos los maravedis, fincan obligadas calladamente a aquel que los emprestó”.

## **2.5. La extensión al viudo de la reserva y la exclusión en la reserva de los bienes gananciales: las Leyes 14 y 15 de Toro y su posterior regulación en la Nueva y Novísima Recopilación**

En las leyes 14 y 15 de Toro se aclara que en los mismos casos en los que se obliga a la mujer viuda que contrae nuevas nupcias a reservar para los hijos del matrimonio anterior los bienes recibidos de sus padres, también los viudos deberán reservar para éstos los bienes recibidos de sus difuntas esposas. En la ley 14, concretamente, se recogió:

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

Esta disposición pasará a ser la ley 6ª, del título 4º, del libro 10 de la Novísima Recopilación. Antecedente del actual artículo 968 del Código Civil que excluye de la reserva la mitad de los bienes gananciales adquiridos por un cónyuge al disolverse la sociedad de gananciales por el fallecimiento del cónyuge.

La ley 15 de Toro, por su parte, recoge la disposición de la reserva que se contiene en las Leyes de Toro. Ésta dispone:

“En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas a reservar a los hijos del primero matrimonio la propiedad de lo que ouieren del primero marido o heredaren de los hijos del primero matrimonio, en los mismos casos el varón que casare segunda o tercera vez sea obligado a reservar la propiedad dellos a los hijos del primero matrimonio; de manera que lo establecido cerca deste caso en las mugeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que pasaren a segundo o tercero matrimonio”.

Aquí se extiende la obligación de las reservas a los varones bínubos, aunque únicamente en beneficio de los hijos habidos maritalmente entre ellos. No menciona a

los descendientes o nietos como hacían las normas anteriores, y en cuanto a los bienes reservables aquí amplía a lo que hubieren recibido del primer consorte o heredado de los hijos del primer matrimonio. Esta disposición pasará a recogerse en la Novísima Recopilación, concretamente, en su ley 17<sup>a</sup>, título 4<sup>o</sup>, libro 10.

Con posterioridad, el rey Felipe II mandó reunir el Derecho vigente en el Reino de Castilla en esta Nueva Recopilación, promulgada en el año 1567.

El rey Carlos IV en el año 1804 mandó reformar la Nueva Recopilación publicada por Felipe II, en la que se incluía el Derecho real vigente hasta ese momento. Concretamente, las Leyes 14 y 15 de Toro pasarán a ser la ley 6<sup>a</sup>, del título 4<sup>o</sup>, del libro 10 y la ley 7<sup>a</sup>, título 4<sup>o</sup>, libro 10, respectivamente.

En la primera de estas leyes se dispuso:

*“Ley VI. Ley 14 de Toro. Facultad del cónyuge que superviva, para disponer de los bienes multiplicados en el matrimonio, sin obligación á reservarlos para los hijos de él. Mandamos, que el marido y la muger, suelto el matrimonio, aunque casen segunda ó tercera vez ó mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero matrimonio, aunque haya habido hijos de tales matrimonios, ó de alguno dellos, durante los quales matrimonios dichos bienes se multiplicaron, como de los otros sus bienes propios que no hubiesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de tales bienes” (ley 6. tit. 9. lib. 5 R.)<sup>247</sup>.*

En esta ley, como se ve, se dispone que los cónyuges viudos que contraigan un siguiente matrimonio, sea éste el segundo o posterior, no deben reservar los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio anterior en favor de los hijos habidos en ese matrimonio; sino que pueden disponer libremente de esos bienes. Con esta disposición se continuaba con lo dispuesto en la Ley 14 de Toro, primera que estableció la no reservabilidad de los bienes gananciales.

En cuanto a la segunda ley relativa a la reserva que se recoge en esta Novísima Recopilación, se trata de la Ley 7<sup>a</sup>, del título 4, del libro X, que manifiesta:

*“Ley VII. Ley 15 de Toro. Casos en que los padres que pasen á segundo matrimonio, deben reservar á los hijos del primero la propiedad de los bienes del difunto. En todos los casos que las mugeres, casando segunda vez, son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que hubieren del primer marido, ó heredaren de los hijos del primer matrimonio, en los*

---

<sup>247</sup> Novísima Recopilación de las leyes de España. Dividida en XII libros. En la que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año 1567, reimpressa últimamente en el de 1775; y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804. Mandada formar por el Señor Don Carlos IV, Madrid, 1805, t. VI, p. 26.

mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad de ello á los hijos del primer matrimonio; de manera que lo establecidos cerce deste caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercero matrimonio” (Ley 4, Tít. I, Lib. 5. R.)<sup>248</sup>.

En esta ley se amplía, al igual que lo hiciera anteriormente la Ley 15 de Toro, la obligación de reservar al cónyuge viudo que contrae nuevas nupcias y tiene hijos nacidos del primer matrimonio, la propiedad de los bienes habidos de su primera esposa o de los hijos de ese matrimonio.

### 3. El mantenimiento de la reserva viudal en el Código Civil de 1889

Con posterioridad a los trabajos preparatorios del Código Civil, en la conocida Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizaba al Gobierno para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases establecidas en esta Ley, en su Base 18, se establecía la institución de la reserva, y concretamente, se decía:

“...respecto de las reservas, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición, y el pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia”.

En la primera edición del Código Civil, R.D. de 6 octubre de 1888, se recoge la reserva viudal en los artículos 968 a 980, con la misma redacción dada en la edición revisada del Código Civil publicado pocos meses después, con las enmiendas y adiciones de los Cuerpos Colegisladores, en R.D. de 24 de julio de 1889.

La figura de la reserva viudal se mantiene, pues, y según estableció la Ley de Bases de 1888, “con la mayor precisión posible” a la regulación vigente. Además de esta reserva, en el artículo 811, se incorpora otra nueva reserva, la lineal, también conocida por la doctrina como familiar o troncal, con la misma finalidad que la viudal, para que los bienes no salgan de la línea familiar de la que proceden, pero para el caso de que el viudo no contraiga nuevas nupcias. Concretamente, este artículo que tanta discusión ha generado, dispone:

“El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor

---

<sup>248</sup> *Novísima Recopilación...*, t. V, p. 26.

de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”.

Los preceptos de la reserva viudal se aplican supletoriamente a la figura de la reserva lineal<sup>249</sup>, en aquellas cuestiones dudosas o sin regulación.

En España, los redactores del Código Civil optaron además de por mantener esta longeva y tradicional institución de la reserva viudal<sup>250</sup>, por regular y aclarar en los trece preceptos que la componen, diversas dudas que había ido generando esta figura a lo largo de los siglos de su existencia, y aparte de esto, por crear una nueva figura, la reserva lineal, para evitar la pérdida de bienes familiares existiendo parientes de la familia de procedencia, y que fueran a acabar en manos extrañas a su origen. Con las diferentes modificaciones que ha sufrido el Código Civil, en relación con la reserva, ha sido importante la ampliación de la aplicación de esta figura al caso del hijo adoptivo que no sea descendiente del cónyuge premuerto, porque ante este hecho también los bienes reservables pueden desviarse de la línea familiar de procedencia. El legislador, por tanto, ha mantenido, y mejorado algo esta figura, sin embargo, a pesar de las modificaciones y aclaraciones, la figura sigue planteando ciertas dudas, incluso algunas lagunas a la hora de aplicarla, por ejemplo si sería conveniente su ampliación a los hijos no matrimoniales, porque después del artículo 14 de la Constitución española, que equipara las diferentes filiaciones, el desigual trato que pueden sufrir los hijos nacidos fuera de un matrimonio respecto a los matrimoniales, ante una posible reserva viudal, es cuanto menos llamativo. Los hijos nacidos dentro de un matrimonio se verían beneficiados de la reserva, y serían reservatarios, mientras que a los nacidos fuera de un matrimonio, no se les aplicaría la figura, por lo que no serían reservatarios y posibles beneficiarios de los bienes provenientes de su progenitor premuerto.

En países de nuestro entorno y que han bebido igual que en nuestro caso, de las fuentes latinas, como es el caso de Francia<sup>251</sup> o Italia<sup>252</sup>, existió la reserva viudal. Sin embargo, por diferentes circunstancias ha sido derogada; para llegar a este resultado ha contribuido la consideración y valoración de la amplia cuota legitimaria que reciben ya los hijos al fallecer su progenitor (con independencia de que contraiga o no unas nuevas nupcias posteriores el cónyuge viudo), igualmente el considerar que al cónyuge que contrae un nuevo matrimonio se le puede estar “penalizando” por casarse de nuevo, porque no hay que olvidar que la reserva se origina, entre otros

---

<sup>249</sup> Sobre la reserva lineal o troncal pueden verse los trabajos de Javier Serrano García *La reserva troncal del artículo 811 del Código Civil*, Barcelona, 1991 y M<sup>a</sup> Teresa Pérez Giménez, *La reserva lineal del artículo 811 del Código Civil*, Jaén, 2005.

<sup>250</sup> En relación con el Derecho Civil de Mallorca, vid. Pedro Munar Bernat, *La reserva viudal*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009.

<sup>251</sup> Vid. Araceli Donado Vara, “La reserva viudal en Francia...”, *E-Legal History Review*, 7, 2009.

<sup>252</sup> Vid. Araceli Donado Vara, “La reserva viudal en Italia...”, pp.1547-1562.

supuestos, ante este hecho (un nuevo matrimonio). Por lo cual, nos planteamos si no recuerda en algo, aunque sea de un modo remoto, al origen romano de la reserva viudal y la penalización por contraer un nuevo matrimonio. ¿No se estará en el fondo limitando el *ius connubii* de los viudos manteniendo la reserva viudal? El legislador español deberá considerar estas y otras circunstancias si quiere conservar, pero modernizando la figura, o suprimirla, como nosotros sugerimos como ha ocurrido en los países que acabamos de mencionar. Donde después de estas derogaciones, su Derecho de Sucesiones<sup>253</sup> no echa de menos la figura, sino al contrario: cada legitimario conserva su cuota legitimaria y el cónyuge viudo mantiene la plena propiedad de sus bienes antes y después de unas posibles segundas nupcias, que en nada le limitan su libertad dispositiva sobre los bienes reservables.

#### 4. El caso catalán y valenciano

##### 4.1. El *Usatge Vidua*

En el Usatge 147,<sup>254</sup> titulado *vidua*, se recoge que la viuda mientras se mantenga en este estado, conserve todo lo recibido de su marido. Sin embargo, si cometiera adulterio, pierda todos los bienes en beneficio de sus hijos; pero los bienes esponsalicios los tendrá mientras viva, debiendo recibirlos sus hijos u otros parientes suyos al morir ésta.

##### 4.2. La bínuba en los *Furs de Valencia*

En Valencia, concretamente en sus *Furs*, también se recogió una disposición semejante para la viuda y el viudo que pasando el año de luto contrajese segundas o ulteriores nupcias, de guardar para los hijos o descendientes de su difunto consorte los bienes recibidos de éste. Concretamente, será en la Ley IX, del Libro V, rúbrica II, del rey Jaime I:

<sup>253</sup> En materia de Derecho sucesorio español, vid. por todos, mi Maestro el Profesor Carlos Lasarte Alvarez, *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil*, t. VII, Madrid, 2008, 5ª edición.

<sup>254</sup> 147: “Vidua si honeste et caste post mortem viri sui in suo honore, bene nutriendo filios vixerit, habeat substantiam viri sui, quamdiu steterit sine marito. Si se adulteraverit et cubile viri sui violaverit, amittat honorem suum et totum avere viri sui; et veniat honor in potestate filiorum, si in etate fuerint, vel aliorum propinquorum; ita tamen ut non perdat suum avere, si in presenti apparuerit, nec sponsalium amittat, quamdiu vixerit; postea reddant ad filios vel propinquos”. (VIDUA. “Vidua si honestament e casta viura apres la mort de son marit en sa honor, nodrint be sos fills, haja la substancia de son marit, aytant com estara sens marit. Si cometra adulteri e lo lit de son marit violara, perda sa honor e tot lo haver de son marit; e la honor venga en poder dels fills, si en edat ne seran, o de altres propinques de aquells; axi empero que no perda son haver si en present apparra, ne perda lo sponsalici mentre viura, e puy retorn al fills o als propinques”), [*Los Usatges de Barcelona*, Estudios, comentarios y edición bilingüe del texto, Prólogo de Fernández Viladrich y Peláez, Preparación de la obra, selección de originales y correcciones a cargo de Peláez y Guerra; Vals Taberner, Barcelona, 1984, p. 117].

“Can alcú morrà e lejarà muller e fills comuns d’ell e d’ella, si aquela muller après I an volrà altre marit pendre, reta tots los béns del pare als fils damunt dits e no tinga aquels en son poder. Mas aqueles coses les quals lo primer marit donà a aquela muller en donatió, per núpces o per donacions feytes entre vius o en testament o en altra darrera volentat, tinga en la sua vida. E après la sua mort restituesque totes les damunt dites coses als fils del primer marit del qual reebé e hac totes aqueles coses. La donatió, emperò, per núpces, si no y haurà fils, restituesque e reta als pus proïxmes parents del primer marit, si doncs per convinença que serà feyta del primer marit en temps del matrimoni o en alguna darrera volentat del marit no serà atorgada alcuna cosa a ses volentats a la muller. Si, emperò, alcuna muler morrà e lejarà marit ab fils comuns o sens fils, totes les damunt dites coses de part d’aquel marit en sos cases atressí sien observades”<sup>255</sup>.

La viuda que quería casarse en segundas nupcias tras el año de luto debía entregar a los hijos del primer marido los bienes recibidos de éste; y la viuda podía conservar mientras viviera todos los bienes que su difunto marido le hubiere dejado por donación nupcial, inter vivos, testamento o cualquier otra manifestación de voluntad, con la obligación de reservarlos tras su muerte a los hijos del primer matrimonio. Si faltaba la descendencia, los bienes deberían ser devueltos a los parientes más próximos del primer marido, salvo que por pacto antes del matrimonio o por acto de última voluntad, el primer marido hubiera otorgado alguna cosa para la mujer. Todo esto era aplicable al hombre que enviudaba al premorir su mujer y que posteriormente contraía nuevas nupcias<sup>256</sup>. Todos los hijos heredan por igual los bienes del progenitor bínubo, mientras que los recibidos de los diferentes consortes premuertos, debían entregarse únicamente a los hijos legítimos nacidos de ese matrimonio.

<sup>255</sup> Libro V, rúbrica II, SI LA MULLER A QUI LO MARIT LEXÀ L’USUFUUYT PENDRÀ ALTRE MARIT, Ley IX, Iacobus rex (Cum decesserit aliquis, uxore superstite cum filiis, si illa uxor post annum voluerit alii secundo viro nubere, reddat filiis omnia bona patris nec eos teneat in potestate sua; ea vero, que primus maritus dedit eidem uxori in donationem propter nupcias, vel donationes factas inter vivos vel in testamento sive ultima voluntat, teneat in vita sua et, post eius obitum, restituat omnia filiis primi mariti, a quo perceptit; dona[t]ionem autem propter nupcias, non existentibus liberis, restituat propinquieribus primi mariti, nisi ex pacto mariti facto tempore contracti matrimonii vel ultima voluntate mariti eidem uxori ad voluntates suas aliquid concessit. Si vero aliqua mulier moriatur, superstite marito cum filiis ex parte ipsius mariti, prescripta omnia in suis casibus similiter observetur), (*Furs de Valencia*, volumen V, Colón y García, Barcelona, 1990, pp. 24-25).

<sup>256</sup> Para Santana Molina con este criterio igualitario se pone de manifiesto el carácter liberal con el que se abordó la organización de la sociedad valenciana. En su opinión, aparte del influjo del Derecho romano en la península, y, concretamente, en Valencia, la institución de la reserva ya estaría vigente en la sociedad mozárabe valenciana, según se desprende del Liber, influido por la legislación que Mayoriano ordenó para Occidente (vid. Manuel Santana Molina, *Las segundas nupcias y la reserva de bienes en los furs de Valencia*, Alicante, 1992, p. 31).

Todos los bienes del padre irán a los hijos comunes, no teniéndolos en su poder. Sin embargo, los bienes donados por el difunto por donación nupcial o donaciones entre vivos o por causa de muerte, los tendrá hasta que fallezca ésta. Tras su muerte, deberán devolverse esos bienes a los hijos del primer marido, del que recibió la viuda esos bienes. En relación con la donación nupcial, si no hay hijos, se restituirá a los parientes más próximos del marido premuerto. Únicamente se aplicaría la reserva al caso de segundas nupcias del viudo, dado que en caso de adulterio de la viuda, ésta perdería todos los bienes recibidos del marido, y si nacía algún hijo no matrimonial durante el matrimonio, a los hijos adulterinos o ilegítimos les estaba prohibido heredar los bienes de su padre<sup>257</sup>.

### III. Conclusiones

Esta institución de la reserva vidual siempre ha estado presente en los sistemas matrimoniales de Oriente y de Occidente, con un fundamento común que era la protección de la familia, concretamente, los intereses económicos de hijos y descendientes matrimoniales. A la mujer viuda se le imponía una carga, una limitación dispositiva, debía conservar los bienes provenientes de su difunto esposo o de sus familiares para los hijos habidos dentro de ese matrimonio, caso de que contrajera nuevas nupcias. Por lo cual, no se necesitaría la institución de la reserva si no hubiera un ulterior matrimonio, o si éste se prohibiera.

El origen de la reserva vidual está en la disposición *Feminae* del emperador Teodosio I, que será interpolada en el Código de Justiniano, y en ellas se inspirarían los códigos civiles, como el italiano y el francés, aunque en la actualidad no haya rastro de ellos en esta figura.

En cuanto a la evolución de las segundas nupcias en el Derecho romano, cabe destacar el desinterés inicial del legislador, pasando a continuación por su incentivación, para finalmente establecer diversas penalizaciones a las segundas nupcias, siendo una de ellas, el origen de la reserva. En este estudio, hemos analizado cada una de las normas que se refieren a la materia de las segundas nupcias de un modo cronológico y de una manera individualizada, para así poder ver con más facilidad las diferencias y modificaciones que en sus derechos iban sufriendo, en definitiva, el bínubo o la bínuba, aun cuando se trataba de medidas previstas en beneficio de la prole.

La doctrina contemporánea ha discutido mucho acerca de la naturaleza jurídica que tuvo en su origen, en el Derecho romano, la institución: en concreto, la calificación de los derechos de la bínuba y los de los hijos del primer matrimonio, debate éste que se mantiene hasta nuestros días. Para unos, las bínubas tenían un derecho de usufructo, y los hijos la nuda propiedad; por el contrario, otros autores conside-

---

<sup>257</sup> Así sucedía en los FURS (8.9.6) al igual que en la Partida 6<sup>a</sup>.12.10, cuyo antecedente estaba en la Novela 89, capítulo 3.

ran que la bínuba tenía algo más que un simple usufructo, dado que le estaba permitido mejorar a algún descendiente, para este sector doctrinal tendría un derecho de propiedad limitado. Posteriores leyes romanas sí especificaron que la madre viuda, desde las segundas nupcias, perdía la propiedad y mantenía el usufructo de los bienes habidos del consorte premuerto y de sus hijos, y así lo contemplan diversas normas: CI. 5.9; CI. 3.9, CTH. 3.8.3; CTH. 5.1.8; CTH.8.18.10; Novela 35 de Valentiniano III en su apartado 10; la Novela 6 de Mayoriano; la Novela 1 de Libio Severo; las Novelas de Justiniano, la 2, capítulo 1; la 22, capítulo 23 y la 127. Sin embargo, con posterioridad algunos derechos que tenían los bínubos, como el de mejora, serán suprimidos, así en la Novela 6 de Mayoriano y en la Novela 1 de Libio Severo, estableciéndose que los hijos debían heredaren partes iguales. No obstante, la Ley de Zenón, CI. 5.9.7, mantiene la facultad de distribución para la parte oriental del Imperio, al igual que lo hará posteriormente Justiniano en su Novela 2.

Otra norma importante es la *Hac Edictali*, promulgada por los emperadores León I y Antemio en el año 472 que dispuso que el padre o la madre que contrajera un sucesivo matrimonio, teniendo hijos del primero, no podía dejarle al nuevo consorte, por testamento, derecho de herencia, legado, fideicomiso, dote, donación *propter nupcias*, donación *mortis causa* ni *inter vivos*, más que lo dejado al hijo o hija, en el caso de existir sólo uno. Pero si tuviera varios descendientes, y éstos recibieran partes iguales, no podía darle al nuevo cónyuge más de lo que hubiera recibido cada uno de ellos. Mientras que si los bienes los hubiera distribuido de manera desigual entre los hijos, al nuevo cónyuge le estaría prohibido recibir más de lo que adquiriera el hijo o la hija que menor porción recibiera, sin que en ningún caso los hijos adquirieran menos de la cuarta parte establecida legalmente. En el caso de que el bínubo le hubiera otorgado al nuevo consorte más de lo establecido, el exceso debería distribuirse entre los hijos. Esta norma también sufrirá algún cambio con Justiniano, aunque ha inspirado diversos preceptos mantenidos en los Códigos Civiles de Italia y Francia, hasta su derogación hace algunos años. Por último, recogemos algunas de las modificaciones introducidas en la materia de las segundas nupcias por Justiniano en sus Novelas. Otros temas tratados en estas normas son: la sucesión de las viudas si fallecen los hijos; la constitución de una fianza si contraían segundas nupcias para asegurar el valor de los bienes reservables, y también el régimen jurídico de las enajenaciones realizadas por el bínubo antes y durante la reserva.

La institución en su origen romano se estableció únicamente para las viudas que pasaran a segundas nupcias, si bien posteriormente se extendió a los viudos en el mismo supuesto de hecho; en nuestro Derecho visigodo en un primer momento la figura afectó exclusivamente a las bínubas. Así, comenzamos con el Código de Eurico (artículo 321), que dispuso que los bienes maternos recibidos por el padre viudo fueran devueltos al contraer éste un segundo matrimonio a los hijos nacidos del primer matrimonio, para que no se vieran perjudicados. Respecto a la viuda (artí-

culo 322) se estableció que la cuota que recibiera en usufructo de la herencia de su primer marido premuerto, fuera para los hijos habidos en ese primer matrimonio desde que contrajera un segundo enlace matrimonial. En diversos fueros de la Alta Edad Media también encontramos limitaciones dispositivas que afectan al cónyuge viudo en los bienes habidos de su esposo premuerto, así como el establecimiento de reintegros y devoluciones de dichos bienes a la familia del cónyuge fallecido, en el caso de existir hijos de las primeras nupcias y contraer el cónyuge viudo un segundo matrimonio.

En el Derecho de Castilla existen algunos preceptos que nos recuerdan a la antigua reserva viudal romana, a pesar de que su regulación no es tan exhaustiva ni pormenorizada como la que tuvo en Roma, y únicamente se refiere a las madres bínubas. En este sentido, en el Fuero Juzgo (2,5,4) se estableció que las arras recibidas del anterior marido premuerto deberían ser entregadas a los hijos del primer matrimonio desde que sus madres viudas contrajeran un segundo matrimonio, para que las arras acabaran en manos de los descendientes de los que las dieron, y no en manos extrañas a su origen. Parecida regulación contempló el Fuero Real (1,2,3), al disponer que la madre viuda que contraía un segundo matrimonio estaba obligada a dejar a los hijos habidos en el primer matrimonio las arras que le dio su difunto esposo, con la finalidad de que no fueran mezcladas con las del nuevo cónyuge y que los hijos de la primera unión matrimonial adquirieran las arras de su padre y los de la segunda las del suyo. En este sentido, no será hasta las Partidas (26,13,5<sup>a</sup>) cuando el legislador introduzca el vocablo “reservar” para definir lo que tiene que hacer la viuda con los bienes y las arras adquiridos de su difunto esposo, desde que contraía un segundo matrimonio. En este precepto se introduce una novedad muy interesante especialmente remarcable ya que con la finalidad de garantizar la futura adquisición de los bienes por parte de los hijos, se empeñan tanto los bienes de la mujer como los de su segundo esposo para garantizar la futura (y posible, si sobreviven y no son desheredados) adquisición de los hijos del primer matrimonio. En este precepto se inspiraría parcialmente el actual artículo 978 relativo a la hipoteca por bienes reservables del actual Código Civil. Sin embargo no será hasta la Ley 15 de Toro cuando se extienda la reserva al cónyuge viudo que contrae segundas nupcias. Por otra parte, la Ley 14 de Toro aclara una duda existente hasta ese momento que hacía referencia a si los bienes gananciales se debían o no reservar. Este precepto opta por su exclusión. Nuestro actual artículo 968 se inspira en él, para excluir de la reserva la parte de los bienes gananciales que adquiere el cónyuge sobreviviente tras la disolución de la sociedad de gananciales por el fallecimiento del cónyuge. Estas normas pasarán a recogerse literalmente en la Nueva Recopilación, así como en la Novísima Recopilación. Finalmente, mencionamos que la institución después de esta evolución histórica se ha mantenido en nuestro Código Civil, concretamente en los artículos 968 a 980, que como hemos destacado encuentra su origen en la Ley *Feminae* romana.

El texto codificado mantiene, y mejora (o perfila) algo más esta figura. No obstante, a pesar de las modificaciones y aclaraciones, al estudiar la institución nos asaltan ciertas dudas legales, incluso algunas omisiones en su aplicación, como lo es la conveniente ampliación o extensión de la institución a los hijos no matrimoniales. Esta inclusión debe darse desde que nuestra Constitución en su artículo 14, ha equiparado las filiaciones, y en la reserva viudal se provoca un trato desigual (y, por lo tanto, discriminatorio) respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio en relación con los matrimoniales, al no serles de aplicación la reserva viudal, desigualdad cuanto menos llamativa. Consideramos que la prole no matrimonial no puede verse desfavorecida ni discriminada por este trato desigual que genera la aplicación literal (que no, a nuestro entender, según una interpretación teleológica en la que todas las filiaciones tendrían cabida) de los preceptos recogidos en el Código Civil, en su redacción actual, en la que se alude a “hijos de un primer matrimonio”, celebración de un “segundo matrimonio”. Tampoco tendrían cabida los hijos nacidos en una pareja de hecho, a los que, por lo tanto, la reserva viudal también discriminaría. El legislador español tendría que considerar esta figura para actualizarla y hacerla más acorde con los tiempos actuales del Derecho de Familia contemporáneo, a fin de que todas las filiaciones fueran beneficiarias de la reserva viudal.

Sin embargo, al estudiar otros ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro, consideramos que el legislador español podría optar directamente por la supresión o derogación de la figura, por generar, en definitiva, una limitación en la voluntad matrimonial del cónyuge supérstite, que es, en resumen, el sujeto obligado, creemos injustamente, por esta figura. Entendemos que nuestro legislador ya reconoce a los hijos una amplia cuota legitimaria en la herencia de su progenitor premuerto, que no se modificaría, pero no comprendemos la finalidad actual de la reserva, en definitiva, sobre bienes que pertenecían al viudo en plena propiedad, y que tiene limitadas sus facultades dispositivas, desde que contrae un segundo matrimonio, en beneficio de una prole que ya adquirió su amplia legítima en su día. Mientras que si el viudo no contrae un ulterior enlace matrimonial su libertad dispositiva sobre esos mismos bienes, provenientes de su cónyuge difunto o de su familia, no se verá alterada al no entrar en funcionamiento la reserva viudal. Es por esto que en el fondo consideramos que el fundamento de la institución, tal como está concebida en nuestro ordenamiento jurídico actual, sigue siendo el de la penalización de las segundas nupcias del cónyuge viudo, situación injusta, con la que no podemos estar conformes, por lo que, a modo de conclusión, rechazamos y proponemos su modificación o mejor aun, su derogación.