

LOS BONA PATERNA Y LA FECHA DE LAS INTERPRETACIONES

FRANCISCO SAMPER POLO
Catedrático de Derecho romano

Reciben la denominación de *bona paterna* aquel conjunto de bienes de la madre, procedentes de su marido, que de alguna manera ha de reservar ésta a los hijos comunes, especialmente para el caso de que, habiendo enviudado, pretenda pasar a segundas nupcias. Dicha masa está integrada por las donaciones esponsalicias y nupciales, es decir, *quidquid ex facultatibus maritis sponsaliorum iure, quidquid etiam nuptiarum sollemnitate femina perceperit*, y además, por todas las donaciones *mortis causa*, asignaciones testamentarias en calidad de herencia o legado, o instituciones fideicomisarias, provenientes igualmente del marido, (1)

La categoría, y hasta el nombre de los *bona paterna*, tiene su antecedente conceptual en los *bona materna*, creación constantiniana del año 315 establecida mediante una reforma al régimen de la sucesión intestada del hijo *alieni iuris* respecto de su madre cognada: (2) Hasta esa época, y de acuerdo con el senadoconsulto Orficiano, el hijo heredaba a la madre casada *sine manu*, pero en definitiva, la

(1) CTh. 3, 8, 2, pr. *Vid.* texto, *infra*, p. 142

(2) CTh. 8, 18, 1.

adquisición de la herencia en pleno derecho, correspondía al padre como una consecuencia necesaria de la patria potestad. La reforma de Constantino consistió en ordenar que estos bienes, aun cuando pertenecientes al padre, debían quedar reservados al hijo por cuyo intermedio los adquirió, quien entraría en ellos cuando alcanzara la calidad de *sui iuris* a consecuencia de la muerte del padre (3). Mas semejante reforma no podía operar sino a través de un medio técnico contrario a la tradición romana, como era el de poner límites a la facultad de disponer que tenía el *dominus* sobre las cosas (4). Constantino no sobrepasó este punto a pesar de la gravedad que revestía su innovación: el dominio corresponde al padre, aunque se trate de un dominio con prohibición de enajenar (5), tipo que el propio emperador calificará más tarde como *dominium tantum possessionis* (6). Sólo después de Constantino se irá abriendo paso la idea de que el derecho del padre se limita a *uti frui* pero por entonces, ya se ha confundido la noción de usufructo con la de propiedad *ad tempus*, y si parece que se vuelve a la tradición romana en cuanto a la prohibición de enajenar, en cambio dábese un apartamiento de la tradición aun mayor que el anterior, por cuanto, al reconocer que el hijo *in potestate* tiene la propiedad sobre los *bona materna*, se ha roto el hasta entonces inmovible principio de la unidad del patrimonio familiar.

Así pues, como los *bona materna* son aquel conjunto de bienes que un padre adquiere de la madre a través del hijo común colocado bajo la potestad paterna, así también los *bona paterna* serán los bienes que la madre adquiere del padre, pero que ha de reservar a los hijos comunes. Y a pesar de que en tal supuesto no se presentaban problemas que pudieran afectar a la unidad del patrimonio familiar, ya que, muerto el padre, los hijos en cuyo favor operaba la reserva eran *sui iuris*, también se reprodujo la vacilación doctrinaria que va desde la idea del dominio con prohibición de enajenar a la del usufructo con asignación de nuda propiedad al beneficiario de la reserva. NS. 1 (463) reduce, en efecto, este derecho a un simple usufructo, en cuanto recae sobre la *sponsalicia largitas*, pero tal es el resultado de una larga evolución que se remonta a la Const. CTh. 3, 8,

(3) Para el sentido de esta reforma, *vid.* Biondi, St. Soazzi, 87 s.; Dupont. *IURA* (1964) 96; VOICI. DER. 1. 592; Samper. El significado de "cernere", Est. Sta. Cruz. II, 374.

(4) Hay antecedentes clásicos sobre limitaciones personales a la facultad dominical de enajenar, como p. ej. el marido respecto de la dote.

(5) En este sentido, F, La Rosa. Accettazione ed acquisto dell'eredità materna, Ann. Catania (1950) 379.

(6) CTh. 8, 18, 2

2 (7) del año 382, cuyo texto habremos de examinar luego mas ampliamente: diremos por ahora que esta ley se limita a establecer, en el supuesto de la viuda con hijos, que si pasa a segundas nupcias, habrá de reservar todos los *bona paterna* en favor de los hijos del anterior matrimonio, por lo que sobre dichos bienes tendrá la facultad de poseerlos, mas no la de enajenarlos (*possidendi tantum in diem vitae, non etiam alienandi facultate concessa*). A pesar de alguna autorizada opinión contraria, no puedo asimilar semejante *facultas possidendi* con el usufructo (8) y ello en primer lugar, porque según dispone la propia constitución, en caso de que la madre enajenara los bienes, los hijos podrían resarcirse sobre la sucesión (*ex maternis redintegrabitur facultatibus*), y no mediante la reivindicatoria ejercida contra el adquirente, lo cual muestra a las claras que los hijos no son considerados propietarios, sino simplemente titulares de un derecho personal, y que además, la enajenación prohibida, si se realiza, es válida, y la prohibición no afecta a la adquisición del tercero (9). NTh. 14 (a. 439) llega a decir, en el N^o. 4, que el dominio de las cosas que por aquella ley u otras anteriores se reserva a los hijos, esto es, los *bona paterna* y *materna*, pertenece a dichos hijos de manera que, muerto el que los reservaba, pueden ellos reivindicar contra cualquier poseedor; sin embargo, el N^o. 6 de la misma constitución insiste, aunque sea de manera indirecta, en la necesidad que tienen los hijos de adir la herencia, y esto no tendría ningún sentido si los hijos de verdad fueran nudo propietarios, pues en tal caso el dominio se consolidaría automáticamente por muerte del usufructuario (10).

En resumen, si la masa de los *bona materna* está integrada, en un principio, por los bienes que el padre adquiere a través del hijo heredero orficiano (CTh. 8, 18, 1), más tarde son todos los que mediante herencia proceden de la madre o familia materna (CTh. 8, 18, 4), o por donación (CTh. 8, 18, 6), o por legado o fideicomiso (CTh. 8, 18, 7), o dote (NTh. 14), los *bona paterna* están constituidos por todos los bienes procedentes del marido mediante herencia, legado, fideicomiso o donación nupcial o esponsalicia (CTh. 3, 8, 2), aunque los que proceden a través de este último medio sigan en algunos aspectos un régimen especial. Si respecto del derecho del

(7) Caes, Le statut juridique de la *sponsalicia largitas* éhúe à la mère veuve *sui iuris* selon la NM. 6 et la NS. 1 (1949) 14 ss.

(8) García Garrido, AHDE (1959) 400 cree que se trata de un usufructo; Caes, op. et. l. c. dice que se trata de un derecho *sui generis*, más amplio que el usufructo, pero no tanto como el dominio.

(9) Cfr. Sanfilippo. IVRA (1950) 503 s.

(10) Vid. Caes, op. c. p. 37.

marido sobre los *bona materna* se dice que es un dominio sin facultad de enajenar (CTh. 8, 18, 1) o un *dominium tantum possessionis* (CTh. 8, 18, 2) para terminar por reconocer que se reduce a un usufructo (CTh. 8, 18, 9), del derecho de la mujer que pasa a segundas nupcias sobre los *bona paterna* se dirá que es un dominio limitado en la disposición (CTh. 3, 8, 2) aun cuando impropriadamente se le llame usufructo (NTh. 14), hasta que finalmente se usa esa denominación con relativa propiedad (NS. 1) (11).

Otro punto interesante para nuestro propósito es el de la distinción de dos masas entre los *bona paterna*, y las facultades que en cada una de ellas se dan a la madre, sobre todo en lo relativo al *ius elegendi*, o derecho de preferir *mortis causa* a un determinado hijo para la asignación de dicha masa (12): veamos y comparemos al respecto, el texto de CTh. 3, 8, 2, con el de su *interpretatio*.

CTh. 3, 8, 2. Imp. Gratianus. Valentianus et Theodosius AAA. Floro P.P.

Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas transierint nubtias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsaliorum iure, quidquid etiam nubtiarum sollemnitate perceperint, Quidquid aut mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis maritorum fuerint adsecutae, id totum ita ut perceperint integrum 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. Nec quidquam eadem feminae ex isdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam preasumant atque habeant potestatem: possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. Nam si quid ex isdem rebus per fraudem scaevioris animi in alium quemlibet fuerit a possidente translatum, maternas redintegrabitur compensationibus facultatum, quo inlibata ad hos quos statuimus heredes bona et incorrupta perveniant. I Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex isdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, qui sorores vel sororem, non

(11) Es frecuente en los textos postclásicos, el empleo atécnico de la expresión *usufructus* o *uit frui*: valgan como ejemplos, entre otros. CTh. 3, 9, 1; CTh. 3, 8, 3; CTh. 5, 1, 8; C. 5, 10, 1, e inclusive Gai, 2, 7, donde el agregado "*vel usumfructum*" puede deberse a un glosema del siglo IV.

(12) Sobre esta diferencia en los textos, *vid* Otero, AHDE (1963) 27 ss.

etiam fratrem relinquens senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, seu etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sororibus tantum, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit, quod successionis beneficio mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his qui supere-runt ex priore suscepti matrimonio filiis relinquat nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quidquam abalienandi habeat potestatem. 2 Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem vel natus native decesserint, omne, quod quoquomodo perceperit, pleni proprietate iuris obtineat, atque ex his nanciscendi dominii et testandi, circa quem voluerit, liberam habeat potestatem. 3 Simili etiam ammoneri maritos volumus et pietatis et legs exemplo; quos, etsi vinculo non adstrigimus velut inpositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus, ut sciant id a se promptius sperari contemplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matribus imperatur: ne, si ita necessitas suaserit, et circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab his oporteat, quod optari interim sperarique concedeat. Dat XVI Kal. Ian. Constant (ino) p (oli) Antonio et Sygrio Conss.

Interpretatio, Mulieres, quae amissis maritis ad alias postea nub-tias legitimo tempore, id est expleto anno, venerint, si ex priore marito filios habuerint, quidquid per sponsaliciam largitatem vel nubtiarum tempore consecutae sunt, totum filiis conservabunt, nec in alias vel extraneas personas noverint transferendum. Quidquid vero prior maritus per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit, de his rebus, quas tali mulier donatione percepit, seu omnibus filiis seu in unum pro merito servitii si conferre voluerit, habebit liberam facultatem, ita ut ei de bonis prioris mariti a filiis ipsius quidquam alienare non liceat. Quod si preassumpserit, de propriis facultatibus noverit compensandum. Hoc specialius huic legi credidit inserendum, ut mulieri, cum ad alias nubtias venerit, si de filiis, quos ex matrimonio priore susceperat, masculus moriatur, eo casu, ut matrem et sorores aut certe sororem superstitem dimittat et fratrem non dimittat, qui matrem possit excludere, tunc beneficio legis mater cum filiabus vel filia aequali sorte succedat. Si vero filia moriatur et matrem et sorores tantum dimittat, mediam defunctae filiae hereditatem mater adquirat et media sorori-bus, seu una seu plures sint, proficiat: ea tamen ratione, ut, dum advixerit mater, adquisitam ex hac filii aut filiae mediatatem tantum-modo in usufructu possideat et reliquis, si supererunt ex priore matrimonio, filiis post obitum derelinquat, ad alias personas in transferendo nec per testamentum nec per donationem habitura

licentiam. Cui mulieri si de priore marito filii non supersint tunc quaecumque sub hac occasione percepit, sibi velut propriam vindicet facultatem et in quemcumque voluerit, iure transmittat. In hac etiam lege similem et patres mortuis uxoribus condicionem, si ad alias nubtias venerint, voluit observare, ut, si de priore uxore filii aut filiae fuerint, ex quibus aliqui moriantur et in suam portionem locum patri faciant, post illius obitum fratibus sororibusve, qui supererunt de ipso coniugio, portio relicta proficiat, nec poterit per patriam potestatem ad alias transire personas.

Como se advertirá, hay una diferencia sustancial entra la constitución y la *interpretatio*: en tanto aquella se limita a enumerar las distintas categorías de bienes que integran los *bona paterna*, y al mismo tiempo que impone a la madre bñuba el deber de reserva sobre todos estos bienes en favor de los hijos, le da la facultad de preferir a uno de ellos, y asignarle *mortis causa* los *bona paterna*, el intérprete entiende que se ha de distinguir, por una parte, *quidquid per sponsaliciam largitatem vel nubtiarum tempore consecutae sunt*, los cuales se repartirán igualmente entre los hijos del primer matrimonio, y por otra, aquellos que el primer marido *per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit*, respecto de los cuales se le concede el derecho de elegir libremente entre dejarlo a uno o varios de los hijos a quienes dichos bienes están reservados. Esta clasificación binaria de los *bona paterna*, aunque no original de la constitución del año 382, tampoco es nueva en tiempos de la *interpretatio*: C. 5, 10, 1(a 392) y CTh. 3, 9, 1 (a. 398) distinguen entre el “usufructo” que el marido deja a la mujer mediante testamento, y que ésta pierde si pasa a segundas nupcias, y el “usufructo” sobre la *sponsalicia largitas* que no se extingue por las segundas nupcias, a pesar de tener que reservarse para los hijos del primer matrimonio. (13). Implícitamente hacen la misma distinción CTh. 3, 8, 3 (a. 412), que confirma el usufructo de la bñuba sobre la *sponsalicia largitas* y CTh. 5, 1, 8, (a. 426), la célebre ley Mater, donde se dispone que la madre, cuando sucede *abintestato* a un hijo en concurrencia con otros hermanos, y pasa a segundas nupcias, conserva el usufructo de los bienes que proceden del padre (a través de sucesión), cuya propiedad corresponde a los otros hermanos herederos, mejorándose así a la madre bñuba con relación al precedente de CTh.

(13) Aunque CTh. 3, 9, 1 podría también interpretarse en el sentido de que no se refiere a la sucesión sobre los *bona paterna* según lo preceptuado en CTh. 3, 8, 2, sino a lo que el marido dio precisamente en usufructo, ya por un acto voluntario de sucesión, ya por *sponsalicia largitas*.

3, 9, 1. También, y de manera explícita, C. 5, 9, 4 (a. 422), al advertir que, aunque los *bona materna* van íntegros a los hijos, de la *bona paterna* han de reivindicar en especial (*speciale*) la *sponsalicia largitas*.

En cuanto *al ius eligendi* presenta una evolución singular cuyas vicisitudes no han pasado inadvertidas a los estudiosos modernos (14); establecido en favor de la madre para todos los *bona paterna* en el año 382, se extiende también en favor del padre para los *bona materna* el año 439 (NTh. 14), pero se deroga el de la madre mediante la constitución NM. 6 (a. 458). Livio Severo confirma esta derogación, pero establece que, reducido el derecho de la madre sobre los *bona paterna* al simple usufructo, puede disponer de este usufructo en favor de cualquiera de los hijos (NS. 1, a. 463). Por fin, la *interpretatio* de CTh. 3, 8, 2 parece restaurar la división en dos masas y el *ius eligendi* de la madre, al decir que ésta tiene facultad de dejar a cualquiera de los hijos comunes la parte de los *bona paterna* que no proviene de donación sponsalicia o nupcial.

¿Como se puede explicar esta doctrina innovadora de ITh. 3, 8, 2 respecto de la constitución que interpreta, a pesar de que Mayoriano y Severo habían abolido el *ius eligendi* materno? Porque no se debe dejar de tener presente que las *interpretationes*, cuando introducen novedades, no se limitan a ser una paráfrasis del texto, sino que muestran una práctica jurídica viva superpuesta a la letra del texto. Ahora bien, si ha desaparecido el *ius eligendi* y en consecuencia ha dejado de tener sentido, al menos en lo que al asunto de esta fuente se refiere, la clasificación de los *bona paterna* en dos masas diversas, no resulta fácilmente comprensible la referencia innovadora del intérprete a una institución derogada y caduca.

Se ha dado como explicación que la reducción del *ius eligendi* a la parte que no proviene de las donaciones nupciales era una práctica acaso coetánea a la propia constitución del año 382 (15), y esta conjetura estaría avalada por el hecho de que ya frecuentemente se distinguía entre los dos grupos de *bona paterna*; pero dicha explicación ha de rechazarse como errónea, ya que NTh. 14, del año 439, apenas 20 años anterior a la abolición del *ius eligendi* materno mantiene el derecho respecto de todos los bienes recibidos directamente del marido premuerto por donación entre vivos o a causa de muerte, o indirectamente como heredero de un hijo común y muy especialmente, sobre las donaciones nupciales.

(14) *Vid.*, por todos, Otero, AHDE (1963) 5 ss.

(15) Así Otero, op. c. p. 30

Otra explicación podría ser la siguiente; Livio Severo, mantuvo la abolición *del ius eligendi* en lo relativo al dominio, mas lo restituyó en cuanto al usufructo, de manera que la madre, si bien no puede mejorar *mortis causa* a uno determinado entre varios hijos, sí está facultada para cederle el usufructo sobre todos los *bona paterna* que le corresponde mientras viva. Sin embargo, este argumento resulta tan poco convincente como el anterior, aunque por razones diversas; ya que en verdad, la cesión del usufructo sólo se puede realizar entre vivos, y en todo caso, no afecta a la finalidad de reserva del patrimonio familiar en favor de los hijos propia de estas categorías de bienes paternos y maternos: si la madre tiene el usufructo, es muy libre de cederlo a quien le plazca, de manera que, si algún sentido tiene en este punto la reforma de Livio Severo, ha de ser no la restitución *del ius eligendi* sino la restricción de ceder el usufructo sólo dentro del reducido círculo de los hijos.

La única posibilidad que se nos ocurre para explicar la aparente antinomia a que nos referimos, es la siguiente: ITh. 3, 8, 2 debe tener una fecha de redacción anterior a NM. 6 esto es, anterior al año 458. La reducción del *ius eligendi* de la madre a una sola de las masas que constituyen los *bona paterna* habría tenido lugar acaso por influencia doctrinal del paralelo entre dote y *sponsalicia largitas*, entre los años 439, fecha de NTh. 14, y 458, fecha de NM. 6, y dicha innovación quedó recogida —o establecida— en la correspondiente *interpretatio*. Tal solución nos puede llevar a un planteamiento más general sobre la fecha de las *interpretationes*, porque aunque deba rechazarse la idea de que esta fuente occidental seudojurisprudencial constituye un bloque único, debido a un solo autor o a un solo libro, por lo menos parece verdadero que existe en ellas un acervo principal, del que forma parte nuestra comentada ITh. 3, 8, 2, al que se agregan más tarde otras aportaciones posteriores, como podría ser el caso de INM. 7, INM. 11, e INS 1, e incluso parece comprobada la presencia de un estrato propiamente visigótico, como se manifiesta claramente en la parte final de la *interpretatio* a la celeberrima Ley de Citas. (16)

(16) ITh. 1, 4, 3, en su parte final: "... *sed ex omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano. Gaio, Papiniano et Paulo, quae necessaria causis presentium temporum videbantur, elegimus*" hace una inequívoca alusión a la forma en que está compuesta la sección de *iura* del Breviario de Alarico.