

ABSTRACCION Y DESHISTORIZACION DE LA NORMA: A PROPOSITO DE LA PROHIBICION DE LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES

José Calvo G.

Sería nuestro deseo que no se interpretaran estas palabras preliminares como pórtico de justificación. Sirvan mejor de testimonio de adhesión a quienes piensan que la Filosofía Jurídica, como la Historia del Derecho, ni se resume ni totaliza en un mero estudio arqueológico de sistemas y concepciones que el tiempo fue cubriendo con manto de olvido o inactualidad, sino que es, fundamentalmente, análisis de las estructuras y funciones vitales del Derecho, en un afán de recoger y transmitir sus ansias de proyección futura. Miran, pues, con óptica errónea aquellos que sólo descubren en la tarea del historiador o del filósofo del derecho una contemplación neutra y erudita de los vestigios de un mundo jurídico pretérito, porque concebido el progreso, la tradición del saber y la experiencia jurídica en su reconocida dimensión científica, las situaciones pasadas tienen todas en el presente su palpito último.

Será imprescindible, por tanto, tratar de hallar en todo momento los antecedentes racionales y sociales, es decir, jurídicos, de la conducta humana hecha norma de derecho. De ahí el interés por cuidar la apoyatura en el derecho histórico con consideración histórica del derecho, que tan importante ha de mostrársenos para un conocimiento científico, técnico y dogmático, en suma, filosófico, de todo sistema.

Es así como opinamos que pertenece de iure a la misión del filósofo del derecho no sólo la descripción y reelaboración lógica del derecho positivo vigente, sino, a través de estas funciones, también la explicación, fundamentación y valoración crítica del mismo.

Problema de la valoración crítica donde François Geny, impugnador de los excesos legalistas de la Escuela de la Exégesis y renovador profundo del método jurídico, declaraba en su obra *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*¹ que al jurista compete, de un modo particular, el uso de su razón y conocimientos para obtener el criterio de lo justo antes de descender al examen de la naturaleza de los hechos positivos. Fundamentación, como elemento de indiscutible significado científico-filosófico. Y explicación, ligada para nosotros a la resolución jurídica de un estado social, cuyo movimiento se inicia y prolonga más allá de un principio y final aparentemente evidentes, encerrando por

lo general una vitalidad sorprendente que a fuer de insobornable escapa, a veces, cargada de pedagogía, por entresijos dispares.

Y es por todo ello que habrá de renacer en el jurista, y cómo no en el filósofo del derecho, una voluntad por ejercer influencia sobre la política legislativa, bien sea en un momento posterior o anterior a la aparición de la ley, pues el filósofo, al igual que el docente de derecho privado o público, no puede por más tiempo mantenerse ajeno, insensible incluso, a los problemas legislativos, sus defectos, sus quiebras, su mejoramiento. En este sentido, toda reflexión filosófica sobre el Derecho y la Historia del Derecho Privado ayuntará esfuerzos en pro de una transformación del espíritu jurídico capaz de recorrer cada día cauces más justos y perfectos, que es al fin lo que ha agitado el compás de la vocación humana por el Derecho desde los primeros avatares de la civilización.

Anotado esto, consideramos pertinente hacer una advertencia y distingo de carácter general y previo; esto es, la confusión que a menudo aflora en los cuerpos legales del fundamento de la protección jurídica que los ordenamientos otorgan a ciertas relaciones sociales, con la naturaleza jurídica de las instituciones en las que se inscribe. Son éstas, cuestiones en donde si bien median con frecuencia importantes conexiones, constituyen campos delimitados dentro del proceso de formación de la norma. Así, mientras la primera es claro que atiende al porqué de la protección y ordenación jurídica, a la razón que la justifica, la naturaleza jurídica abarca un más amplio espectro, integrando junto al fundamento de la institución los expedientes técnicos que el legislador ha utilizado para ordenarla y hacerlo en una forma determinada.

Sólo bien delimitadas ambas esferas del fenómeno jurídico podrá asimilarse con claridad el estado verdadero en el que la norma se encuentra, decretando su necesidad por el grado de inserción que posea en la realidad social actuante. Mas en esta labor vemos surgir los inconvenientes propios que derivan en ocasiones de la inspiración filosófico jurídica o de la misma situación social en que aquellas se sustanciaron. El proceso codificador de las leyes históricas y los antecedentes primeros de las instituciones en ellas contenidas pone de relieve a este respecto en no pocos casos una sucesiva simplificación que conduce, como señala el prof. Díez Picazo, a una cada vez "mayor dosis de abstracción y a una mayor generalización. Ello puede comprobarse cotejando los textos de las Partidas con textos contemporáneos o, simplemente, comparando los textos de Código Civil francés (1804) con los textos del Código Civil español (1889). Los textos se van decantando cada vez más, pero a costa de una gran pérdida de matices y de mayores dificultades de interpretación. El incremento del proceso de abstracción produce también una ruptura del cor-

dón umbilical que ligaba al texto con el problema o grupo de problemas que presidieron su origen”².

Este es el caso, a nuestro juicio, de la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Un ejemplo, por lo demás, de persistencia de norma frente a la cesación de su “ratio legis”, cuando tal hubiera bastado para la cesación de la propia norma, en base al empleo de la “interpretatio abrogans”.

¿Cómo actuar entonces? Las pautas de solución, dada la quiebra entre el presente y el sustrato originario de la normación, deben intentarse en una investigación de la “ratio legis” que, sin agotarse en la finalidad directamente perseguida por la ley, permita ampliar significativamente el marco y efectos de la interpretación abrogans³.

No se nos oculta, pues, el valor de una estrecha colaboración con los estudios de Historia del Derecho. Y aquí, en concreto, por el tema elegido, con los de Historia del Derecho romano. Las razones que a ello nos obligan son varias. En primer lugar existe una de orden cronológico e histórico, porque si nuestra cultura jurídica se entroniza satisfecha en el hondón de la tradición romana, en Roma se localiza además la aparición de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem. También porque con posterioridad, escribe con acierto E. Ehrlich, “Las abstracciones medievales y modernas, son, en gran parte, generalizaciones romanas vaciadas de su contenido”⁴. Proceso de abstracción y dehistorización que veremos intensificado por la naturaleza autointegradora de la mayoría de las remisiones interpretativas dispuestas por los Códigos una vez producida la incorporación, provocando un deterioro más acentuado, por distanciamiento, de la evolución histórica de la tradición y de sus instituciones⁵.

No hay que olvidar, por otra parte, la dirección actual de las investigaciones romanistas, encaminadas “más que a acoplar el Derecho romano a un sistema cerrado de normas, a conocer su evolución histórica, la cual ofrece ante nuestros ojos, proyectada sobre dos milenios y medio (contando la supervivencia del Derecho romano), la mutación del significado de sus normas al cambiar las circunstancias y la progresiva elaboración de valores supratemporales de nuestra cultura jurídica”⁶. En este sentido, hace tiempo que los profs. Ursicino Alvarez y Alvaro D’Ors destacaron el valor del derecho de Roma como elemento fundamental en la interpretación del derecho positivo y educación del jurista moderno⁷.

No nos extenderemos más antes de entrar en el análisis histórico legal de la prohibición. Séanos permitido, sin embargo, repetir las palabras de Giuseppe Carle para quien los romanos “no descubrieron, sino que hicieron la historia del derecho”⁸; conviniendo con San Nicolò en el Derecho romano privado “seguirá siendo, después como antes, la floración

más notable de la evolución jurídica antigua y la suprema elaboración espiritual entre los influjos jurídicos que vienen de todas las zonas de cultura del orbis terrarum”⁹.

Régimen histórico legal de la prohibición en Roma

El tema de la prohibición de las donaciones *inter virum et uxorem* ha sido recientemente estudiado con detallado manejo de las fuentes por el prof. López Rosa, quien sobre el mismo redactó y presentó, en septiembre de 1976, su trabajo de tesis doctoral¹⁰. En el quedó sobradamente demostrado que dicha prohibición se sustancia en una época históricamente coincidente con el problema de la restitución de la dote por el marido ante la aparición y difusión del matrimonio libre y el auge enorme del divorcio.

A fin de dispensar una mayor protección a los bienes aportados por la mujer al matrimonio, cuya restitución peligraba, sobre todo por cuanto el cumplimiento de esta obligación se aseguraba sólo a través de las *cautiones* privadas realizadas en el acto de constitución dotal, se intenta una separación patrimonial entre los cónyuges que carecería de eficacia de admitirse las donaciones entre ambos¹¹.

Se descarta así toda relación, en lo que hace al origen y fundamento de la prohibición, con la *Lex Cincia*. El autor se inclina por un origen consuetudinario, patente además en la expresión *moribus* del D. 24, 1, 1, afianzando merced a la labor del juez, convertido en garante de la devoción y protección de la dote de la mujer¹².

Ahora bien, si circunstancias como la progresiva relajación de las costumbres, más sobre todo a partir de las guerras púnicas, impelen y confirman la necesidad de la prohibición, más tarde se apreciará su decaimiento desde la promulgación en el 323 de la Constitución de Constantino con la inauguración del régimen de la prohibición de donar *ultra modum*, desapareciendo la incapacidad sucesoria entre los cónyuges impuesta por la *Lex Cincia* que incorporaba la prohibición de la que tratamos como complemento de su sistema de incapacidad sucesoria, hasta constatar una aplicación restrictiva, por la jurisprudencia y la legislación imperial, de esta prohibición que al cabo carecía ya motivos que justificaran su subsistencia¹³.

El que la compilación justiniana se ocupe de ella, a fuerza de las argumentaciones a posteriori dadas por juristas como Ulpiano (D. 24, 1, 1), Proculo (D. 24, 1, 37, 7), Paulo (D. 24, 1, 2; 7 ab Sab)., Sexto Cecilio y Africano o Papiniano (D. 23, 4, 27)¹⁴, de carácter accesorio a su verdadero origen, parece más fruto del desconcierto creado por la Ley de

Augusto y el vigor de la tradición, que de una existencia con base legal cierta¹⁵.

Con todo, el hecho de que estos argumentos sean acogidos por Justiniano tendrá luego y por circunstancias que más adelante examinaremos, una trascendencia desmesurada en orden a la fundamentación esgrimida para su permanencia en los cuerpos legales de la Baja Edad Media y finales del siglo XIX.

Régimen en el derecho histórico español

El derecho visigodo

Observar que el Derecho visigodo continuó la evolución post clásica romana no sólo refuerza la tesis defendida por el prof. López Rosa, sino que, a nuestro entender, sirve igualmente para verificar respecto de su fundamento originario el alejamiento paulatino de otros derechos históricos.

Cierto es que no se puede esperar en los fenómenos jurídicos una evolución o progresividad indefinida —“mera abstracción” llama a esto Del Vecchio¹⁶—, ni debe pensarse tampoco que haya existido un supuesto de involución, pero ya veremos como el derecho castellano, tras un período que alcanza hasta el *Fuero Real de España*, asimiló únicamente, sobre todo desde las *Partidas*, lo que fueron razones accesorias de la prohibición, oficializándolas como fundamento principal al prescindir del entorno social e histórico que la generó, con lo que, deshistorizada la norma, pierde su valor y acabará por resultar inconveniente su persistencia.

Mas, como decimos, no sucedió así en el Derecho visigodo español. En el *Liber Iudiciorum* 3, 1, 5¹⁷, articulado sobre una famosa ley de Chindasvinto (*Cum de dotibus*, 644), modificada luego por Ervigio (681), encontramos una configuración de la donatio propter nuptias¹⁸ en íntima conexión con la dote, estableciendo un régimen semejante en cuanto a su protección jurídica¹⁹.

La legislación justiniana, en efecto, permitió aumentar durante el matrimonio, por analogía con la dote, la donatio propter nuptias ya realizada o hacerla aún celebrado en matrimonio²⁰. El *Liber* va a consagrar esta posibilidad, estableciendo, lo que es más importante, el régimen de proporcionalidad y equilibrio permanente entre ambas aportaciones, dotes del marido y la mujer, ordenando contraprestaciones cuando aquél se rompa.

Este ánimo de proporcionalidad y equilibrio inspirado en impedir enriquecimientos desiguales e injustos era también pretensión de la prohibición romana, si bien enfocado desde el lado del aseguramiento de la aportación dotal ante un eventual derecho a su devolución. La evolución

y paralelismos entre ambos sistemas, romano y visigodo, respecto de la protección de los patrimonios aportados al matrimonio parece clara.

Al dictado de la ley gótica se añade por la modificación de Ervigio, un límite temporal ("un anno oviere que es casado"), a partir del cual los cónyuges son libres para donarse. Esta restricción relativa al primer año de vida matrimonial no era absoluta ya que, además de ser válidas las donaciones que no sobrepasaran lo pactado en ante nuptias, lo eran también las que excedieran ese montante siempre que se arbitrara la oportuna compensación dotal, en perfecta coherencia, pues, con el interés señalado del legislador por conservar la proporcionalidad. Consumado este término, que tenía por objeto fijar la cuantía de la donatio²¹, y ya que luego de él lo normal sería la existencia ya de algún hijo en el matrimonio, la facultad de donar de marido o mujer, se vería constreñida por otros motivos, razón por lo que no había inconveniente en admitir el tipo de donaciones a que venimos refiriéndonos. Límite por presencia de hijos en el matrimonio recogido después, expresamente, en el *Fuero Real*.

Baja Edad Media

Una continuidad territorial del *Liber Iudiciorum* se aprecia en el *Fuero de León* que al Libro añade como apéndices los Decretos de 1017 y algunas leyes posteriores. A todo ello se le conocerá en los siglos XII y XIII como *Fuero de León*. Continuidad textual se observa en el *Fuero de Toledo* (Alfonso VIII) de forma que en la primera mitad del s. XIII el *Liber* pasa como *Fuero de Toledo* por confirmación de Fernando III a las ciudades de Córdoba (1241), Cartagena y Jaén (1246), Sevilla (1250) y Carmona (1252), y como *Fuero de Sevilla*, concedido por Alfonso X a Alicante (1252), Alcalá de Guadaíra y Jerez de los Caballeros (1253), Orihuela (1265), Ecija y Murcia (1266), Niebla (1263) y otras poblaciones, extendiéndose más tarde por algunos lugares de Canarias y Las Indias.

Del período anterior y en particular sobre el tema que nos ocupa, Font Rius escribe: "La forma convencional más corriente de ordenación del matrimonio en los siglos de la Alta Edad Media continuó siendo la basada en el sistema visigodo"²², respetándose en la región leonesa las orientaciones visigodas de Chindasvinto y Ervigio²³. Este rumbo proseguirá la política unificadora de Fernando III y Alfonso X, como en parte hemos apuntado, cerrándose con la traducción del *Liber* bajo el nombre de *Fuero Juzgo* y la redacción, hacia la segunda mitad del s. XIII del *Fuero Real de España*. Valga hacer sobre ellos algunas observaciones en relación a la prohibición que comentamos.

Heredero, como se ha dicho, de la corriente del *Liber*, el *Fuero Juzgo* 3, 1, 6 (*Ley Antigua: Titol quanto deve dar el marido á la muger por*

arras de sus cosas), libera a los cónyuges como aquel de la citada prohibición al año de la unión²⁴. Antes de esta fecha, no podían darse, con las salvedades indicadas al referirnos al Derecho visigodo, más de las arras.

Pero consignemos especialmente el dato "por amor" y la función, tan de todo punto distinta a la que, bajo una capa de recelo y suspicacia hacia él, tuvo para Ulpiano y Próculo y que reaparecerá más adelante en el legislador de las *Partidas* retomándose por los del s. XIX para fundamentar la prohibición. Muy al contrario, frente a este entendimiento degradado y accesorio del fundamento de la prohibición, la legislación hispano-germana, como ha señalado un comentarista, propendió siempre "a desarrollar los sentimientos de familia sobre la base del cariño y de la perfecta igualdad"²⁵.

Respecto al *Fuero Real de España*, éste acoge las normas del *Liber* y *Fuero Juzgo*, añadiendo a la condición temporal de éste, otra, no sin cierta obscuridad, relativa al nacimiento de hijos en el matrimonio. No está del todo claro, al menos en principio, si esta condición se extingue al año o, por contra, se extiende a la duración íntegra del matrimonio²⁶. Esta segunda hipótesis parece sin embargo totalmente descartada a tenor de los datos que la interpretación histórica nos suministra.

De cualquier forma, estos textos, continuadores del sentido de la institución romana, fueron introduciendo, poco a poco, la validez de las donaciones entre cónyuges apoyados en el espíritu de la *Oratio Antonini* y *Oratio divi Severi* del 206, cuando eran confirmadas en testamento, e incluso no confirmadas, cuando por ellas no resultaba más rico el cónyuge donatario ni más pobre el donante.

Al propio tiempo, se sustanciaban en otras áreas de nuestra Península nuevos sistemas de fuentes cumpliendo una misión de territorialización del derecho semejante a la hasta ahora vista. En el sistema de fueros municipales, el *Fuero de Cuenca*, estudiado por el prof. Martínez Gijón²⁷, en el ámbito de su repercusión conocido como "*familia del Fuero de Cuenca*"²⁸, denota una clara continuidad del Derecho visigodo y de sus reglas.

En cuanto a Cataluña, es fácil advertir la observancia del *Liber* y de su precepto 3, 1, 5 aunque, como apostilla el prof. Lalinde, con una interpretación "sui generis" de la modalidad de las donaciones pasado el año²⁹. Cita los ejemplos de Ramón Berenguer I que en 1056 dona a Almodiz territorios y propiedades, haciendo constar que el acto se lleva a cabo "después de tres años de matrimonio", la donación del Conde Ramón Pallars a su mujer, Valencia, en 1056, y la que al año de casados hace Dulce, en 1112, a su marido, Ramón Berenguer III.

De Aragón, que tampoco es ajeno a la presencia jurídica visigoda³⁰, se transporta ésta a Navarra, donde por nombrar sólo un caso, el *Fuero*

de *Viguera* adopta también las soluciones del *Liber*³¹. Sobre Galicia, presidida jurídicamente por el Arzobispado de Compostela y el poder y autoridad del tribunal eclesiástico de apelación, baste decir que la revisión de las sentencias se hacía sobre un ejemplar del *Liber Iudiciorum*. Sobre la misma cuestión se ofrecen datos del derecho valenciano en *El régimen matrimonial de los bienes en los "Furs de Valencia"*, de Belda Soler³².

Mas si es fácil comprobar la evolución y el sostenimiento del Derecho visigodo o de gran parte de sus normas a lo largo de esta etapa, avanzada ya la Edad Media, con la llegada de las *Partidas* y la trascendencia que como derecho supletorio de primer o segundo grado va a tener en los derechos de los reinos peninsulares, no puede por menos sorprendernos el fenómeno por el que la institución que examinamos se irá gradualmente deshistorizando y a la vez rompiendo con todo o casi todo lo anterior para alcanzar su punto más álgido en la promulgación de nuestro Código.

Pero, ¿qué tratamiento se dio a la prohibición de las donaciones entre cónyuges en las *Partidas* del rey Sabio?

Si bien es cierto que las *Partidas* se hicieron de alguna manera, moderado eco de la flexibilización y atemperamiento del rigor originario que la prohibición tuvo en Roma clásica, en concordancia, por consiguiente, con el perfil de la legislación que más arriba se vio, no acertaron sin embargo a captar el espíritu de la razón última que la inspiró; el fundamento y la ordenación técnico jurídica obedece al peligro y temor de que los cónyuges se expolien por el mutuo amor. Pero detengámonos en ver con algún detalle más de qué forma se reguló la prohibición de este cuerpo legal castellano.

Afirmando en la primera de las leyes³³ "*Durando el matrimonio facen á las vegadas donaciones á la muger o ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que se han de so uno el uno con el otro. Et tales donaciones como estas son defendidas que las non fagan, porque non se engañen despojandose el uno al otro por el amor que se han de so el uno, et porque el que fuese escaso serie de mejor condicion que el que es franco en dar. E por ende, si las fecieren, despues que el matrimonio es acabado, non deven valer...*", se agrega a continuación en esta misma y en las siguientes un catálogo descriptivo de donaciones válidas exigiéndose para ello que entren en alguno de estos supuestos fundamentales: 1) Que el donante nunca las revocase o deshiciere, 2) Que no se haga por ellas el que da más pobre, ni más rico el que recibe y, 3) Que aun cuando empobreciere el que la hace, no se enriquezca más aquel que la recibe.

Se admiten además todas aquellas donaciones cuyo móvil es la piedad o similar, "porque son dadas de manera que se tornan en servicio a Dios".

Igualmente, las que sirvan para dar honor a los cónyuges³⁴, para sepultura y compra del terreno donde se deba enclavar³⁵, las donaciones de escasa importancia que se hicieran en determinadas fechas³⁶ y las mortis causa, que en el fondo constituyen la confirmación de la norma prohibitiva³⁷. Estas y otras excepciones a la regla general no son sino las que había aportado la jurisprudencia y legislación imperial romana³⁸.

Unos comentarios a las *Leyes de Toro*, que no recogen específicamente la institución que tratamos, reiteran la opinión de las *Partidas* sobre el fundamento de la prohibición. Así, en los elaborados por don Juan Alvarez de Posadilla, miembro del Consejo de S.M. y Fiscal del Crimen de la Audiencia de Valencia³⁹, en el diálogo que sostiene Abogado y Escribano, pregunta éste al examinar la Ley LII, cuáles son las donaciones que se llaman *inter virum et uxorem*⁴⁰. "Toda simple donación que se haga por el marido a la muger, o por la muger al marido, despues de consumado el matrimonio: estas donaciones están prohibidas", contesta el Abogado, "por evitar que a causa del mutuo amor el consorte más sa-gaz, y que menos ama, despoje al otro de sus bienes".

¿Cómo se llega a esta situación?

De las fuentes e influencias del ius commune

Las causas que dieron lugar a esta situación parece conveniente buscarlas en la intensa corriente desarrollada en los s. XII y XIII como consecuencia de lo que se ha dado en llamar "renacimiento jurídico del Derecho romano y canónico". Bolonia, principalmente, sirve de marco a la labor de glosadores como Irnerio o Accursio. Pronto los códigos glosados de los primitivos estudiantes de las escuelas italianas y francesas, copiados y difundidos ampliamente, se imponen a las mismas leyes⁴¹. La influencia y atención desmesurada, no falta de fundamento político que a estos textos (en los que pocamente asoma el sentido crítico, la perspectiva histórica o el simple análisis filológico) se da y presta, va a ser origen de la perpetuación incontestable de las razones accesorias que juristas como Ulpiano o Prócuro señalaron como fundamento de la prohibición⁴².

Los glosadores, en efecto, repetían los textos y nada más. Coadyuvaba a ello el que Justiniano hubiera hecho su *Corpus Iuris* precisamente como libro indiscutible, cuyo texto debía ser respetado absolutamente; todo atrevimiento con él debía considerarse como una profanación. Las opiniones de estos autores, en consecuencia, adquieren la fuerza de proposiciones dogmáticas⁴³. Una situación generalizada en todo el continente, en donde el empleo del Derecho romano por los comentaristas de la Escuela de Pavia para la legislación longobardo-franca, la ley romana posee el carácter de "lex omnium generalis"⁴⁴. Un clima general, por tanto, al que la Península no podía sustraerse.

Bien se ha referido Elías de Tejada a todas estas circunstancias, acertando a ver en el trabajo de aquellos hombres, transido de esa especial mimética religiosa o teológica que al fin representaba "recibir la revelación de Dios por un conducto extraevangélico, era la nueva revelación laica llegada por los caminos del dorado resol de Justiniano. Quien medite un instante acerca de lo que suponía la fe religiosa en las sociedades del s. XII y relea los textos apuntados, captará cuan infinita pasión de fervores devotos motivó a los hombres cultivadores de la Glosa. Fueron los evangelizadores de otra religión nueva. La del derecho romano. Acercábanse a los textos redescubiertos sacramento laicos con el respeto efervorizado de los neófitos, tocándolos intelectualmente con el amor que se guarda para la veneración de las atesoradas reliquias. El romanismo de los glosadores fue casi fenómeno de religiosos embelesos, una manera nueva de los saberes jurídicos que tuvo más de culto adorador que de fría indagación intelectual"⁴⁵.

Mas si esta nota característica que aletea en la obra de los glosadores respecto del Derecho de Roma, más concretamente del Derecho justinianeo, les impidió una investigación histórico-crítica y desapasionada de sus normas, provocando su deshistorización y paulatina abstracción al extirpar el entorno cultural (en sentido amplio), no menos interesante resulta comprobar el uso ideológico (también en un sentido amplio) que de ellas harán los monarcas a fin de ver robustecido en las raíces la significación e influencia y autoridad de las instituciones que en la sociedad de la época tocábales representar.

Y así, con los decisivos argumentos que permitían de manera indiscutible el ejercicio de sus funciones⁴⁶, se transporta la glosa toda sin más adaptaciones que las imprescindibles por la naturaleza de los pueblos o la singular "armonía" de sus leyes. Si a esto agregamos los efectos que en el orden administrativo y burocrático se producen en numerosos campos a través de la iniciativa regia, como la facultad de nombramiento de oficiales para cargos públicos que aplicarían el decreto del rey, y, por razón de la conexión soberanía-derecho, la utilización de aquél en los casos de apelación⁴⁷, aún comprenderemos más rápidamente la supremacía que ese derecho irá adquiriendo, si no formalmente desde un principio, sí en la poderosa realidad que la praxis tiene en toda tradición histórica. Desenvolvimiento espontáneo de la tradición histórica que, con respecto a nuestro asunto, había interpretado mejor no limitándose al cuadro que, en exclusividad, se ofrecía en la codificación justiniana.

Quizás sea oportuno, ya desde este mismo momento, traer a la memoria la recomendación que siglos más tarde haría el aragonés J. Costa a los legisladores de 1889, al asegurar que el Derecho de Castilla tenía mucho que aprender del de las regiones⁴⁸.

El predominio del Derecho castellano en los reinos hispánicos peninsulares y la postergación del Derecho romano

Iría el Derecho castellano imponiéndose cada vez con más fuerza en calidad de derecho común de España y derecho supletorio de los diversos territorios de la Península.

“Las recopilaciones generales de Derecho de Castilla —comenta el prof. Peset en el estudio introductorio de la obra que se cita⁴⁹— por su contenido y por su mismo título aspirarán a ser en cierto modo recopilación para todos los territorios sometidos a los reyes de España”.

Uno de los procedimientos mediante los cuales va materializándose la penetración de este nuevo derecho común (derecho castellano) nos lo describe Bartolomé Clavero del siguiente modo: “El sistema donde quedarán comprendidos los fueros viene así definido o constituido por el *ius commune* que será recibido en la generalidad de los territorios, adaptándose a él, de una u otra forma, sus institutos particulares. En ellos, se insistirá a menudo en que ha de aplicarse siempre en primer lugar su derecho privativo— sus fueros o costumbres— y, sólo faltando éstos, el *ius commune*; pero tales testimonios hemos de entenderlos, no en cuanto a la intención política de sus emisores (que ponían acento sobre los fueros por recogerse aquí sus privilegios más inmediatos o peculiares), sino en cuanto a la realidad que en ellos se expresaba: definiéndose un sistema normativo en segundo extremo —derecho común—, y no en primero —fueros particulares—, ello implicaría en último término la aplicación sin más, generalmente, del *ius commune* (conforme a su recepción efectiva en cada territorio, que lo delimitaba de algún modo dentro de la riqueza y complejidad doctrinal) con las excepciones que, con respecto a algunas instituciones o a algún aspecto concreto de las mismas, pueda determinar el derecho tradicional fijado por escrito o en costumbres reconocidas, o el derecho particular establecido en esta época en virtud, en principio, de la facultad “legislativa” de los reyes reconocida, como sabemos, por el derecho común”⁵⁰.

Con estas notas, la situación por reinos, brevemente indicada, viene a ser la que sigue⁵¹. En Valencia percibimos en las “Costumbres del Reino de Valencia”, promulgadas por Jaime I en 1240, una notable influencia del derecho común. Toda particularidad termina por Decreto de 29 de junio de 1707 con la abolición de los fueros valencianos y la reducción a las leyes de Castilla⁵². Mallorca, continúa en una primera etapa la línea característica de la Baja Edad Media con una especial organización legislativa y judicial, para, en una segunda, por Decreto de 16 de enero de 1716, suprimirse las fuentes de producción jurídica e imponerse la autoridad del rey en esta materia⁵³, respetándose la vigencia del derecho local.

Respecto a Navarra, el Derecho romano venía aplicándose desde el s. XIII como supletorio de primer grado⁵⁴. El derecho supletorio de segundo grado lo constituyó las *Partida*. La incorporación del Reino de Navarra al de Castilla en Cortes de Burgos de 1514 y la influencia del Virrey y del Real Consejo de Navarra, que eran de nombramiento del monarca, aumentarán progresivamente el influjo del derecho castellano. Con la ley del 16 de agosto de 1841 desaparecen las Cortes de Navarra y sus tribunales especiales, además de una gran parte de sus fueros. Después de esta ley, la historia legislativa de Navarra se confunde con la de España.

Cataluña prosigue hasta 1714 el itinerario general visto en la Baja Edad Media. Ahora bien, poseen para nosotros una enorme importancia dos hechos: por un lado, que el Príncipe de Cataluña sea el Rey de Castilla; la actividad legislativa del Príncipe que cesa y las Cortes adoptando el estilo castellano junto a su escasa labor hacen que pueda decirse que para 1599 Cataluña se halla inmovilizada legislativamente⁵⁵. Por otro lado, los Tribunales del Reino hacen cada vez un mayor uso del derecho castellano, cuestión sobre la que en Cortes anteriores a la guerra y, por supuesto, al Decreto de Nueva Planta que cegarà las fuentes jurídicas de este territorio, se elevan varias propuestas y quejas al rey. No debe olvidarse tampoco el valor que en este terreno tiene la posibilidad de que los cargos públicos se ocupen también por castellanos y naturales de otros reinos o regiones no aforadas, en concreto en los órganos jurisdiccionales, lo que sin duda favoreció una traslación junto de los esquemas mentales castellanos del propio Derecho de Castilla, plasmado en las funciones y decisiones judiciales⁵⁶.

En Aragón, nos dice Federico de Castro, "sus juristas trataron de seguir el ejemplo castellano y, apoyados en la autoridad de los autores de Castilla, afirman el carácter de derecho común de sus fueros, pero los propios preceptos forales, que impedían su interpretación extensiva y que remitían como regla supletoria a la razón natural, hicieron que continuaran en la práctica con carácter de *statuta* y necesitados, por tanto, de un derecho complementario"⁵⁷. La política unificadora del primer monarca en España de la Casa de los Borbones abole los fueros aragoneses en 1707, para, por Decreto de 3 de agosto de 1711, con motivo de la reorganización de las Audiencias, atenuar el inicial rigor de aquella medida.

Medida que afectará igualmente a Cataluña y Mallorca, pero que no cambia el hecho de que para estos fueros provinciales se siga el derecho común nacional, es decir, el derecho castellano en sustancia, a la hora de completar sus disposiciones; esto es, se aplican las *Partidas* y la *Nueva Recopilación* en aquello que no suponga estar en presencia de una institución particular del territorio. Parece, pues, lo más acertado aceptar

como opinión más correcta la que da a los Decretos de Felipe V el carácter más que de abolición de derechos forales, de sustitución del Derecho romano supletorio por el derecho común castellano⁵⁸, lo que no resulta óbice para la subsistencia de diversas instituciones de origen, naturaleza o inspiración romana, apoyadas más en la costumbre del territorio en cuestión, que en un sistema de fuero o derecho común, sea el castellano o el antiguo derecho común o Derecho romano.

Dos ejemplos de subsistencia consuetudinaria del tenor de la tradición histórica

Con carácter consuetudinario e incardinadas en el estilo que la evolución histórica dio en nuestro país a la prohibición sobre la base de su origen y fundamento auténticos, hallamos poco antes de la Codificación el Derecho Civil de España dos territorios, Aragón y Cataluña, que, si estableciendo en cada caso una ordenación distinta de las donaciones entre cónyuges, respetan a nuestro juicio el tenor de la tradición y la intención que motivara al legislador romano. Los demás territorios —Balears, Galicia, Navarra y Vizcaya siguieron de cerca y con uniformidad más o menos común la regla establecida en las *Partidas*, sin más asomo de peculiaridad.

Cataluña

Están prohibidas las donaciones entre cónyuges. "El derecho y la legislación romana las reprueban por regla general, siempre que uno de los esposos se hace más rico y el otro más pobre"⁵⁹. No se comprenden en la prohibición las cosas de poco valor y uso diario, ni las donaciones que se hacen con motivo de fausto o grato para la familia como los días del consorte, el nacimiento de algún hijo u otro semejante. Tampoco las que se hacen al marido para facilitar la obtención de honores o para reconstruir un edificio ruinoso o arruinado. El redactor de la *Memoria*, refiriéndose a Fontanella, nos dice que éste no alega sentencia de la antigua Audiencia en apoyo de la opinión de que no se contienen en la prohibición las donaciones remuneratorias, explicando, empero, que "tiénese esta opinión por doctrina corriente en el foro catalán"⁶⁰.

Subrayemos también la vigencia en Cataluña de las leyes 1ª y 5ª del Tit. 4º, Lib. 24 del Digesto y la ley 5ª, Tit. 16, Lib. 5º del Código, por las que se reputan donación del marido a la mujer las adquisiciones hechas durante matrimonio si no se justifica plenamente la procedencia del dinero para ellas empleado⁶¹, así como el Senado Consulto de Caracalla⁶² que revalida las donaciones entre cónyuges cuando el donante hubiera fallecido sin revocarlas.

Ahora bien, interesa señalar que, con carácter consuetudinario, se desarrolla en el territorio que comprende el Obispado de Gerona, el llamado "*tantundem*" (tanto igual), especie de donación propter nuptias romana, mediante la cual, al contraer matrimonio, el esposo entrega a la esposa como donación una cantidad exactamente a la que la mujer aportó en dote⁶³. En realidad, esta costumbre viene a actuar con un espíritu muy similar a las prácticas que vimos al examinar el Derecho visigodo, y que a la vez considerábamos prolongación del espíritu y las pretensiones del legislador romano al prohibir las donaciones entre cónyuges; esto es, la protección de la dote. Así se manifiesta Durán y Bas, para quien "se trata de una garantía de la dote"; pacto que el Código, recomendando, no debe regular ni prohibir⁶⁴.

Esta protección de la dote otorgada por el decreto catalán en el *tantundem* se extiende también, de la mano de la "*opción dotal*", a los supuestos de eventuales ejecuciones por deudas de los bienes del marido. Formulada por Jaime II en 1241⁶⁵, consiste en que la mujer en vida del marido o la viuda a su muerte, pueda elegir entre los bienes del marido para hacer efectiva su dote.

Aragón

En el territorio de Aragón las donaciones entre cónyuges se rigen por las siguientes reglas:

a) El marido y la mujer pueden respectivamente donarse entre vivos o por testamento todos o parte de sus bienes, sin consentimiento de sus parientes, excepto cuando se trate de la dote y el axobar o ajovar, para lo que se requiere por el fuero y las observancias, la autorización de los padres y, en su defecto, de los dos consanguíneos más próximos y legítimos⁶⁶.

b) Están fuera de la donación por actos inter vivos del marido a la mujer, los bienes muebles, en razón a que éstos vuelven a la administración del marido, que podrá enajenarlos, como dueño de los mismos.

Pórtoles afirma que es costumbre prohibir la donación del marido a la mujer de bienes muebles, como no la otorgue para después de fenecido el matrimonio⁶⁷.

Por tanto, la admisión de los actos de liberalidad entre cónyuges sea indirectamente o directamente, como es el caso de Aragón, tiene como único límite el respeto al principio de protección de la aportación dotal de la mujer, tal como fue deseo del legislador en Roma.

El Código Civil novísimo

Con la redacción del Código Civil, por encima del respeto al derecho histórico patrio que con tan buena voluntad se proclamaba en la Base 1ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, la quiebra que por sucesivos motivos hemos ido constatando a lo largo del proceso legislativo histórico español, sumariamente expuesto en estas páginas, acaba por consolidarse de la forma más absoluta y radical.

Así, no ocultará este mismo parecer don Modesto Falcón cuando escribe: "el Código Civil novísimo, concluyendo con toda sutileza de escuela y con todo distinguo legal, restablece en toda su integridad la antigua prohibición romana, declarando de una manera absoluta en su art. 1334, que es nula toda donación entre cónyuges durante el matrimonio"⁶⁸, "en lo cual el Código se separa de nuestro derecho histórico, por haber demostrado la experiencia los males que a los mismos cónyuges y a los que con ellos contratan, se sigue de la libertad que para estipular y contratar entre sí les dejaban nuestras leyes seculares"⁶⁹.

El error está claramente manifiesto; creer que el fundamento de esta institución se enmarca en la libertad de contratar que parte de la legislación histórica concedía a los cónyuges. Esto nos describe uno de los puntos críticos de la curva de deshistorización de la norma, por una falsa interpretación del entorno social e histórico concreto en que en ella apareció.

Peligros pudo haberlos, ciertamente, mas no aquí. Con más motivo, opinamos, existieron en la práctica que autorizaba la entrega de arras durante el matrimonio, y sobre ello vimos los procedimientos compensatorios que se arbitraron, además de los límites taxativos de cuantía que, con algunas variantes según qué épocas⁷⁰, lograron resultados eficaces, como el mismo autor ha sabido reconocer en otra parte de su obra⁷¹.

El Código rompe también con los instrumentos que la legislación histórica desarrolló para la ordenación jurídica de la norma. Mientras allí se decía "están prohibidas" o "non valen", se aplica ahora la nulidad de tales actos. Entre invalidez y nulidad media un distinto grado de eficacia que es fácil advertir al haber desaparecido la posibilidad de revocación o de revalidación por ulterior confirmación antes existentes.

Sobre el alcance de esta nulidad, Vallet de Goytisolo sostiene que el precepto proporciona la interpretación al expresarla mediante el adverbio de tiempo "durante", en vez de solo "entre cónyuges"⁷². Fórmula criticada por Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁷³, opiniones de las que no participamos, pues la de Vallet está más en consonancia con los antecedentes históricos a los que hemos aludido otras veces.

Motivos de la prohibición. Crítica sistemática

Un tan afamado miembro de la Comisión general de Codificación, magistrado del T.S. y consultadísimo comentarista de nuestro vigente Código Civil, como fue don José M^a Manresa y Navarro, examinando el art. 1334 señalará cómo los motivos principales de la prohibición “deben verse en la especial situación creada entre los cónyuges por el matrimonio, en su relación íntima y constante, que deja al más débil entregado a la voluntad del más fuerte, cualquiera que sea su sexo, obligándole, ya con halagos y abusando de su cariño, ya con amenazas, por miedo o por fuerza, a ceder una parte mayor o menor de sus bienes, consumándose un despojo inicuo y favoreciendo los impulsos de las malas pasiones y los matrimonios celebrados con el solo estímulo del interés. La ley teme la falta de libertad en cualquiera de los cónyuges, quiere impedir que uno se enriquezca a expensas de la fortuna del otro, que la facilidad de donar conduzca a una insolvencia real o falsa en perjuicio de terceros, defraudando los intereses de los acreedores legítimos, y cree deber intervenir prohibiendo entre los cónyuges durante el matrimonio toda donación”⁷⁴.

Asertos realmente sorprendentes, revisados por fortuna recientemente en la doctrina civilista (Puig Brutau, Albadalejo, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁷⁵). Para los últimos, por ejemplo, la norma “carece de fundamento serio; los que se alegan en su apoyo (evitar el despojo de un cónyuge por el otro; la mayor facilidad para defraudar a terceros) son muy débiles; en los países donde se permiten tales donaciones la experiencia demuestra la falta de esos inconvenientes”⁷⁶.

Y es que, en efecto, parece increíble que pudieran ocultarse a la inteligencia de Manresa y los demás redactores, pese a los términos que él mismo emplea, tales como “entregado a la voluntad del más fuerte”, “obligándole”, “con halagos y abusando”, “con amenazas, por miedo o por fuerza, a ceder” o “falta de libertad”, la elección de los expedientes técnicos existentes en la ley y previstos para la protección de la libre formación de la voluntad en los negocios jurídicos⁷⁷. Pero, en realidad, se arrastraba aquí la consecuencia que el apego a una sola etapa de nuestro derecho histórico, con todo muy importante, producía en el caminar de la evolución jurídica.

Por otra parte, los derechos legitimarios se hallaban garantizados por la limitación general a la facultad de donar contenida en el art. 636, por la que “ninguno podrá dar o recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por vías de testamento”, aparte de la reserva especial del 968, cuando impone que “el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que hayan adquirido de su

difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquiera título lucrativo; pero no su mitad de gananciales". Esta disposición, por otra parte, advierte de la posibilidad de existencia de donaciones durante el matrimonio, no limitables a las antiguas arras, esponsalicios y demás donaciones matrimoniales o regalos módicos, según cabe deducir de los precedentes legislativos y comentaristas como Manresa, Falcón y otros ⁷⁸.

Respecto a los acreedores legítimos, disponiendo el art. 643, la presunción de donación hecha en fraude de acreedores "cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella", no se protegen mejor sus intereses con la norma del 1334.

Si hubo en la mente de aquellos redactores otros motivos, jamás se dieron a la luz. Mas importa hacer aún algunas consideraciones.

Cuando se piensa en el despojo de una parte mayor o menor de los bienes de un cónyuge por el otro, en el *ne mutuo amore invecen spoliarentur*, habría que preguntarse si lo querido con esta prohibición ha sido abortar un efecto ulterior alcanzado por un acto principal que tiene su causa en un negocio que respete las formas normales de la liberalidad con el fin de transmitir gratuitamente un valor patrimonial de una persona a otra, o ha sido, sin especificación del instrumento jurídico a emplear, impedir el efecto económico que se logra con la transmisión. No parece correcto pensar que sea lo primero. Por tanto, si es lo meramente económico, tal podría alcanzarse mediante un acto principal que tenga por causa una distinta de la donación. Cambia, pues, únicamente el revestimiento jurídico. Para evitarlo, por consiguiente, no parece la técnica mejor prohibir las donaciones entre cónyuges; sería factible su elusión por donaciones indirectas (simulación, reconocimiento de deudas inexistentes, preceptos que atribuyan determinados efectos a un acto, prescindiendo de la voluntad de las partes, etc. . . .), si bien el ordenamiento ha previsto normas materiales que cierran el paso a algunas de estas prácticas. De todas formas, sería aventurado afirmar que con ellas se ha eliminado toda posibilidad.

Por otra parte, el legislador ha establecido en este precepto una presunción legal de fraude con alcance generalizado para todos los actos de donación llevados a cabo durante el matrimonio. Que su preocupación por el ánimo de despojo sea tan grande no le justifica de haber formado de casos singulares regla general.

La capacidad de captación a que se refiere, es opinable. Tanto que, ya que el legislador teme las "influencias" del donatario sobre el donante, debería haber protegido a aquél de las de éste, toda vez que es infrecuente que una liberalidad se manifieste pura y libre de intención. Un

análisis jurisprudencial de esta circunstancia ha llegado a confirmar que la ausencia de sentimientos altruistas es incompatible con la gratuidad del acto⁷⁹. Según esto, habrían de revisarse numerosos actos en los que la ley no desconfía y, por supuesto, no prohíbe.

De cualquier modo, no se ve libre el donante de recibir estas "perniciosas influencias" en los demás casos en que dona, sea a parientes, sea a terceros respecto a la relación familiar, y no por eso se le prohíbe donar. Tal solución sería ridícula y desproporcionada a la vez, existiendo en el ordenamiento recursos técnicos suficientes con los que corregir la malformación de la voluntad jurídico-negocial.

Es claro que si atendemos al origen y fundamento de la institución tal como ésta apareció en Roma, estas reflexiones caen en la nada. Pero, esto no ocurre ahora, cuando abstracta, general y deshistorizada, observamos su actual configuración.

Hemos de sorprendernos ante su actual configuración, porque de su examen al no emplearse los recursos que la teoría general del negocio jurídico suministra, los motivos y el rigor de la prohibición se cifran, recordemos las palabras de Manresa, "en la especial situación creada por el matrimonio". De aquí se infiere, por imposible que pueda parecer dados los presupuestos en los que el Código Civil se inspira, una declaración sobre la peculiar predisposición que el matrimonio origina entre los cónyuges para la realización de actos fraudulentos, declaración general y sin excepciones.

La excepción del art. 1334

De la prohibición se exceptúan "aquellos regalos módicos que los cónyuges se hacen con ocasión de regocijo para la familia".

¿Obedece esta excepción a que no son auténticas donaciones? Por el contrario, se trata de auténticas donaciones; los "regalos módicos" son liberalidades de uso (*Cadeaux d'usage*; *Gelegeheitsgeschenke*), en las que no está ausente el *animus donandi*, de ahí el carácter de excepción con que se presentan.

¿A qué se debe esta excepción? De un examen histórico cabe concluir su reconocimiento desde las leyes romanas a los textos jurídicos de los distintos territorios anteriores a la Codificación. En opinión de Falcón, "hubiera sido llevar demasiado lejos la suspicacia de la ley al prohibir también estas muestras de aprecio y consideración que en todos los pueblos cultos autorizan las costumbres"⁸⁰. De "candorosa" la ha calificado Alfonso de Cossío⁸¹.

¿Cuál es su eficacia y función? No cabe duda que los "regalos módicos" o regalos de costumbre, funcionan aquí como límite y perfilan la institución. Pero ¿cómo determinar la modicidad de estos regalos? Para Fe-

derico de Castro⁸², la modicidad de un regalo deriva de su admisibilidad como habitual en la vida ordinaria de la localidad de forma que, según esto, no sean considerados excesivos o exagerados. Pero si esta apelación a la vida ordinaria de la localidad —esto es, la costumbre del lugar, con las dificultades que en orden a su prueba ello implica—, la verdad es que puede convertirse en un dato manifiestamente subjetivo. La vida ordinaria de la localidad, la costumbre del lugar o el arbitrio del juez, que no hay que descartar, fijarán el regalo como “exagerado o excesivo” en atención, fundamentalmente, a la capacidad patrimonial del donante, lo que permitirá en algunos casos que sean permitidas donaciones que llevadas a cabo por otras personas estarían radicalmente prohibidas⁸³.

Pero la ley añade otro requisito: “con ocasión de regocijo para la familia”. Este ha sido incluido por la jurisprudencia en la causa donandi. Es preciso saber qué se ha pretendido indicar con esa expresión. La legislación histórica se refería a este requisito como excepción para aquellos regalos hechos en contemplación a determinados eventos familiares: el nacimiento de un hijo, los días del consorte, u otros semejantes. La ordenación vigente, sin embargo, no ha elegido ni siquiera este rudimentario sistema de lista, por lo que resulta mucho más difícil determinar la extensión de aquellas expresiones.

Para el Prof. José A. Doral⁸⁴, la expresión que comentamos supone un claro ejemplo de la influencia del “interés familiar” que el legislador ha querido llevar, incluso a la esfera del esparcimiento y descanso de los miembros de la familia.

Según esto, al poseer el interés familiar el carácter de elemento determinante para la consideración jurídica de ciertos actos, a nuestro juicio cabría dar a los elementos “regocijo familiar” y “regalo”, un juego complementario al que le atribuye la letra de la ley; es decir, que el regalo sirva, como en la práctica sucede, de regocijo para la familia, y no sólo a la inversa. Desde este punto de vista y en base a la trascendencia jurídica del “interés familiar”, podrían admitirse también algunas donaciones que hoy por hoy no pueden ser aceptadas.

Pero donde estos regalos módicos cumplen una función más satisfactoria con respecto a la propia aceptación de las donaciones entre cónyuges lo hallamos en el art. 76-2 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra: si las liberalidades “que hiciere la mujer en favor del marido excediesen de los regalos módicos según costumbres, necesitarán la aprobación de los parientes mayores que aquella”. Con lo cual, se logra una efectiva salvaguarda del patrimonio de la mujer ante posibles influencias; no es éste el resultado que el in fine del 1334 consigue, más bien es una fórmula “candorosa” como se ha dicho, que puede dar pie a situaciones que en principio es su objetivo evitar.

La injusticia del precepto

Ha sido nuestro empeño, quedó ya señalado, dotar nuevamente de contenido histórico, con arreglo a los resultados que la investigación de los estados jurídicos primeros facilita, aquellas normas e instituciones que el proceso de abstracción y deshistorización vació de sus propósitos iniciales, aportando cuantos criterios puedan ser de utilidad para su correcta interpretación y más justa aplicación o exigiendo su supresión. Tarea, pues, que no debe confundirse con el método y la filosofía de la Escuela Histórica del Derecho, orientada como en el caso de Federico Carlos de Savigny, más a la acomodación histórica de los materiales justinianos útiles todavía al *modernus usus* que al esclarecimiento del presente jurídico por sus raíces históricas.

Pero lo más importante es poder alcanzar soluciones más justas o el restablecimiento de la justicia, porque a veces la abstracción y deshistorización de las normas conduce inevitablemente a situaciones de flagrante injusta desigualdad.

Efectivamente, tal ocurre cuando observamos que el funcionamiento de la prohibición romana iba apegado a la circunstancia de la protección de la aportación dotal en las uniones válidamente constituidas, donde únicamente existían. Esta era la razón por la que caían fuera del ámbito prohibitivo de la norma las donaciones que los concubinos tuvieran a bien hacerse.

Mas el hecho es que, como se vio, la norma subsiste en nuestro vigente derecho con independencia de la necesaria protección a la dote como fundamento que apreciamos tuvo en Roma y cuyo espíritu conservó el derecho histórico patrio hasta una determinada fecha. El fundamento actual no es otro que la desconfianza hacia los medios de captación que alguno de los cónyuges pueda poner en juego, lo que en la práctica conduce, como ha escrito el Prof. De Cossío, a que se haga "de peor condición a la mujer legítima que a la concubina"⁸⁵.

Nos atreveríamos a decir que este tipo de situaciones se produce debido a un encuadre erróneo de las donaciones entre cónyuges tanto desde una perspectiva estructural dentro del código como jurídica. En efecto, si se consideran estos actos a la luz del matrimonio debieron formar parte del título, capítulo y sección relativo a los efectos que el matrimonio produce entre los contrayentes y no aparecer en el lugar destinado a las "donaciones por razón de matrimonio", a las que ciertamente no pertenecen. Por otro lado, aun así, tampoco tenemos por la mejor estructura relacionar este tipo de donaciones con la celebración del matrimonio. En este punto, nos adherimos a las opiniones de José M^a Puig Salellas⁸⁶, para quien "las relaciones económico matrimoniales sólo pueden ser las

generadas por el hecho del matrimonio en sí; es decir, las necesarias y específicas consecuencias que el casamiento origina al crear, en la actual situación social, una nueva economía", "las demás relaciones patrimoniales entre marido y mujer son, en principio, relaciones equiparables a las existentes entre terceros".

Ello nos obliga a una doble reflexión: la colocación de estas donaciones, de continuar existiendo, fuera del lugar que hoy ocupan; la exigencia, ante situaciones de clara injusticia como las examinadas, de otorgar la necesaria protección a la familia, que con tanta insistencia se reclama en nuestros días, que mal podrá alcanzarse si antes no se comienza por valorar adecuadamente lo que el matrimonio representa, en todas sus facetas y momentos, para la formación del núcleo familiar.

En consideración a estas preocupaciones nos sentiríamos responsables de no añadir un último epígrafe.

Petición al legislador

Recogiendo las conclusiones del citado estudio del Prof. López Rosa, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem*, y aprovechando la tribuna que esta Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile brinda en sus IV Jornadas de Derecho Natural, elevamos la petición al legislador para la derogación del art. 1334 del C.C. y reconocimiento de la validez de las donaciones entre cónyuges, admitidas de modo absoluto o intermedio (revocables en todo momento) en el Derecho comparado por legislaciones de países europeos e hispanoamericanos⁸⁷, que es de justicia y obligada, además, en nuestro caso de acuerdo con el desarrollo de la Ley /14 de 2 de mayo de 1975, y la recién proyectada reforma del régimen económico matrimonial en la que se destaca la supresión de la dote⁸⁸.

Aportar nuestra colaboración a una concepción del derecho de familia en la que quedarán debidamente estructurados, señalada su interna jerarquía, los valores e ideas rectoras del área cultural y jurídica a la que pertenecemos, ha movido en todo momento el empeño que en estas páginas se condensa. Pensar que hemos contribuido a conseguirlo, es la mayor recompensa.

NOTAS

¹ FRANÇOIS GENY, *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, edic. española, Hijos de Reus, Madrid, 1902, págs. 502 y 504.

² LUIS DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1973, págs. 160-161.

³ LUIS DIEZ PICAZO, *op. cit.*, págs. 308-309.

⁴ EUGEN EHRLICH, *Grundlegund der Soziologie des Rechts*, pág. 243. Cito por la edic. Mónaco-Leipzig, 1929.

⁵ EUGEN EHRLICH, *Juristische Logik*, Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1966.

⁶ WOLFGANG KUNKEL, *Historia del Derecho romano*, Edit. Ariel, Barcelona, 1973, pág. 199.

⁷ URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, *Horizonte actual del Derecho romano*, Publicaciones del Instituto Francisco de Vitoria, C.S.I.C., Madrid, 1944, pág. 35; Alvaro d'Ois, *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, Colec. "O crece o muere", Ateneo, Madrid, 1956, pág. 27 (también en *Estudios varios sobre el Derecho en crisis*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. 24, C.S.I.C., Roma-Madrid, 1973, pág. 10). En general, vid, la amplia bibliografía sobre la crisis de la ley y el Derecho romano en *Los romanistas ante la actual crisis del Derecho*, de Pablo Fuenteseca, en AHDE, vol. XX, 1950, págs. 983-987.

⁸ GIUSEPPE CARLE, *La vida del Derecho*, 2 t., El Progreso Editorial, Madrid, 1889, cit. al t. I, pág. 208.

⁹ SAN NICOLÒ, *Beiträge zur Rechtsgeschicht im Bereide der Keilschriftlichem Rechtsquellen*, Instituttet for sam. Kulturforskning (Serie A: Forelemlinger, XIII), Oslo, 1931, págs. 12-13.

¹⁰ RAMÓN LÓPEZ ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de donaciones inter vitum et uxorem*, Cuadernos del Colegio Universitario de Jerez, Jerez (Cádiz), 1977.

¹¹ RAMÓN LÓPEZ ROSA, *op. cit.*, págs. 62 y ss.

¹² RAMÓN LÓPEZ ROSA, *op. cit.*, págs. 87 y ss. y 92 y ss.

¹³ RAMÓN LÓPEZ ROSA, *op. cit.*, págs. 129 y ss., 131 y ss. y 159 y ss.

¹⁴ RAMÓN LÓPEZ ROSA, *op. cit.*, págs. 180 y ss.

¹⁵ RAMÓN LÓPEZ ROSA, *op. cit.*, págs. 187-189.

¹⁶ GIORGIO DEL VECCHIO, *Evoluzione e involuzione nel diritto*, Tumminelli Editrice, Studium Urbis, Roma-Città Universitaria, 1943, pág. 9.

¹⁷ *Liber Iudiciorum* 3, 1, 5 = *Fuero Juzgo* 3, 1, 6.

¹⁸ Sobre los términos wittum-donatio-arrae-dos, vid. Paulo Merêa, *Estudios de direito Visigotico*, Universidade, Coimbra, 1948 y *Estudos de Direito Hispânico medieval*, Universidade, Coimbra, 1952 (2 vols.); Alfonso Otero, *Las arras en el derecho español medieval*, en AHDE, vol. XXV, 1955.

¹⁹ ALFONSO OTERO, "*Liber Iudiciorum* 3, 1, 5" (*El tema de la dote y "donatio propter nuptias"*), en AHDE, vol. XXIX, 1959, págs. 545-555. Vid. también J. M. Font Rius, *Ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico*, Inst. Edit. Reus, Madrid, 1954, págs. 4-21.

²⁰ *Codex Iustinianus*, 5, 3, 19.

²¹ ALFONSO OTERO, "*Liber Iudiciorum*...", cit., pág. 552.

²² JOSÉ MARÍA RIUS, *op. cit.*, pág. 21.

²³ JOSÉ MARÍA FONT RIUS, *op. cit.*, págs. 40-45.

²⁴ FUERO JUZGO, 3, 1, 6: "...Doncas si el marido después que un anno oviere que es casado, por amor o por grado quisiere dar alguna cosa à la muger, puedelo facer libremente".

²⁵ BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 7 t., Librería Sánchez, Madrid, 1871, cit. al t. V, pág. 110. Vid a este respecto *Fuero Juzgo* 5, 2, 7.

²⁶ *Fuero Real de España*, Leyes 3ª y 9ª, Tit. XII, Lib. III: *Como los casados se pueden dar algo si después de un año no tuvieren fijos*.

²⁷ JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, *El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del fuero de Cuenca*, en AHDE, vol. XXIX, 1959, págs. 45-151.

²⁸ Componen la "familia del Fuero de Cuenca" los siguientes derechos locales: *Fuero de Bejar, de Zorita de los Canes, de Plasencia, de Sepúlveda, Teruel* y el *Fuero de Castiel-Albarracín*, todos ellos adaptaciones más o menos libres del de Cuenca. En los *Fueros de Brihuega, Fuentes de la Alcarria, Alcalá de Henares, Soria, Coria, Cáceres, y Usagre* se descubren numerosas influencias. Por último, también pueden incluirse territorialmente en el área de Cuenca los fueros breves de *Medinaceli, Calatayud, Guadalajara, y Daroca*, y entre los extensos o más desarrollados, los de *Molina, Uclés, Alfambre y Madrid*.

²⁹ JESÚS LALINDE ABADÍA, *Los pactos matrimoniales catalanes*, en AHDE, vol. XXXII, 1963, págs. 143-144.

³⁰ Vid. JESÚS LALINDE ABADÍA, *La presencia visigoda en el derecho aragonés*, en AHDE, vol. XLII, 1972, págs. 643-656.

³¹ Vid. JOSÉ MARÍA LACARRA, *Notas para la formación de las familias de Fueros navarros*, en AHDE, vol. X, 1933, págs. 203 y ss.

³² Vid. MARÍA ANGELES BELDA SOLER, *El régimen matrimonial de los bienes en los "Furs de Valencia" (Contribución al estudio de las instituciones de derecho histórico valenciano)*, Edit. Cosmos, Valencia, 1966.

³³ Sobre la prohibición trata la Ley 4^a, Tit. XI, Partida IV: *Quáles donaciones non valen quel marido et la muger entre si después quel matrimonio fuere acabado, et en que manera se puede desfacer*; Ley 5^a, Tit. XI, Partida IV: *Por qué razones valen las donaciones quel marido et la muger se facen uno al otro*; y, finalmente, Ley 6^a, Tit. XI, partida IV: *De qué cosa se pueden facer donaciones el marido et la muger uno al otro, mager fuese acabado el matrimonio*.

³⁴ Se corresponde con D. 24, 1, 42 (11 ad ed. pr.)

³⁵ Se corresponde con D. 24-1, 5, 8-12.

³⁶ Se corresponde con D. 24-1, 31, 8.

³⁷ Se corresponde con D. 39, 6, 32; Vid. RAMÓN LÓPEZ ROSA, *op. cit.*, pág. 165.

³⁸ Vid. RAMÓN LÓPEZ ROSA, *op. cit.*, págs. 159 y ss. y 180.

³⁹ JUAN ÁLVAREZ DE POSADILLA, *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, 2 t., Imprenta de don Antonio Martínez, Madrid, 1826.

⁴⁰ JUAN ÁLVAREZ DE POSADILLA, *op. cit.*, t. I, pág. 311.

⁴¹ Entre las penalidades que sufrió el derecho aragonés señala P. de la Fuente como más nociva la influencia que sobre juriconsultos aragoneses tuvieron tendencias extrañas al país de bolonios y decretistas. Vid. *La interpretación de los Fueros de Aragón*, en Rev. de Derecho Priv. año XXIX, núm. 338, mayo, 1945, pág. 338. Gustav Radbruch al analizar esta misma situación referida al derecho inglés atiende principalmente al dato de la organización gremial de los juristas que permitió conservar la preparación de los juristas futuros sobre la base del derecho nacional. Vid. *El espíritu del derecho inglés*, Rev. de Occidente, Madrid, 1958, págs. 14-15.

⁴² ACCURSIO, *Glosa in Digestum Vetus*, Augustae Taurinorum, Ex officina Erasmiana, Torino, MCMLXIX, vid. Glosa al Liber xxiiij, *Dedonationibus inter virum et uxorem*, pág. 638 de la edic. consultada; Azo, *Lectura super Codicem Hugolini, Apparatus in tres libros*, Augustae Taurinorum, Ex officina Erasmiana, Torino, MCMLXVI, vid. comentario in Lib. VI Codicis. *De legatis*, Tit. XXXVII,

L. 2.I, L.3.; In Lib. III Codicis, *Ad. Senatus Consultum velleianum*, Tit. XXIX, L. 4.2, L.10.I (págs. 309 y 310 de la edic. consultada).

⁴³ ALVARO D'ORS, *op. cit.*, pág. 22. También págs. 6 y 7 de los *Estudios varios sobre Derecho en crisis*, cit.

⁴⁴ FRANCESCO CALASSO, *Introduzione al diritto commune*, Giuffré Editore, Milano, 1950, pág. 42.

⁴⁵ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, 2 t., Publicaciones de la Universidad Hispalense, Sevilla, cit. al t. II, pág. 362.

⁴⁶ Vid. CHIAPELLI, *La idee politiche del Bartolo*, en Arch. Giur., vol. XXVII, págs. 387-439. Mario Cabalieri, *Di alcuni fondamentali concetti nella glosa D'Accursio*, en Arch. Giur., vol. LXXXIV, págs. 141-168.

⁴⁷ "De todos (el rey) es soberano, e como quiera que algunos pueblos e jurisdicciones aya fecho merçed a sus duques, condes, marqueses e otros ricos omes, pero la apelación e soberanía siempre queda anexa e subjecta a su cancellería e corona real" (Fernando de la Torre, s. XV), cit. por Bartolomé Clavero, *Temas de Historia del Derecho. Derecho Común*, Publicaciones de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1977, pág. 79.

⁴⁸ JOAQUÍN COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Edit. Soler, Barcelona, 1902, pág. 17.

⁴⁹ ANTONIO PÉREZ MARTÍN-JOHANES MICHAEL SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Universidad, Valencia, 1978. Vid. pág. 10 de la introducción a cargo del prof. Peset.

⁵⁰ BARTOLOMÉ CLAVERO, *op. cit.*, págs. 83-84.

⁵¹ Sobre la evolución de la distinción entre Derecho Común y Derechos Forales hasta el s. XVIII y desde éste al movimiento codificador, vid. Federico de Castro y Bravo, *La cuestión foral y el Derecho Civil*, en ADC, T. II, fasc. 3, julio-septiembre, 1949, págs. 1007-1028.

⁵² ANTONIO PÉREZ MARTÍN-JOHANES MICHAEL SCHOLZ, *op. cit.*, págs. 255-y ss.

⁵³ ANTONIO PÉREZ MARTÍN-JOHANES MICHAEL SCHOLZ, *op. cit.*, págs. 242 y ss.

⁵⁴ Vid. VICTORINO LACARRA MENDILUCE, *Instituciones de Derecho Civil navarro*, 2 t., Imprenta Provincial, Navarra, 1917, cit. al t. I, pág. 16, n. 6.

⁵⁵ ANTONIO PÉREZ MARTÍN-JOHANES MICHAEL SCHOLZ, *op. cit.*, págs. 211 y ss.

⁵⁶ Vid. JOSÉ M^º PONS GURI, *Constituciones y otros Derechos de Cataluña*, José M^º Bosch Editor, Barcelona, 1952. Se recogen en este libro las "Constitutions y Altres Drets de Cathalunya", según se publicaron en cumplimiento de lo acordado en el cap. 82 de las Cortes convocadas por Felipe V el año 1702 en Barcelona. Junto a cada norma se citan las fuentes concretas de "dret comú".

⁵⁷ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, págs. 1009-1010. Sobre la evolución del derecho aragonés a partir de los Decretos de Nueva Planta, puede verse V. Fairen Guillén, *El Derecho aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código Civil*, en Rev. de Derecho Priv., Año XXIX, núm. 338, junio, 1945, págs. 361-375 y núms. 340-341, julio-agosto, 1945 de la misma revista y año de la colec., págs. 431-440.

⁵⁸ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, págs. 1024-1028.

⁵⁹ MANUEL DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña (Escrita con arreglo a lo dispuesto en el art. 4º del Real De-*

creto de 2 de febrero de 1880), Imprenta de la Casa de la Caridad, Barcelona, 1883, pág. 77.

⁶⁰ Idéntica consideración se hacía en los *Comentarios a las Leyes Toro*, de Alvarez de Posadilla, cit. Esto nos inclina a corregir el grado de la alusión que el autor catalán hace al "derecho y legislación romana", debiendo entender que se refiere a la dirección marcada por las *Partidas*, quedando la conformidad con el Derecho romano, estrictu sensu, en el establecimiento de la prohibición y la validez de las donaciones que se hacen durante el matrimonio cuyos efectos sólo surten con su disolución (mortis causa).

⁶¹ JOSÉ ROBLES POZO, *El Código Civil y su Jurisprudencia hasta 1º de enero de 1896*, 2 t., Imprenta de la Rev. de Legislación, Madrid, 1896, cit. al t. II, pág. 24. De la misma presunción se habla en *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Mallorca*, con prol. del Excmo. Sr. Antonio Maura, Establecimiento tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1888, págs. 233 y ss. (*Memoria del Sr. Ripoll*).

⁶² D. 24, 1, fr. 32.

⁶³ LUIS MOUTON OCAMPO, *Diccionario de Derecho Civil Foral compilado y consuetudinario*, 3 t., Sociedad Editora Española, Madrid, 1904, cit. al t. I, págs. 352-353; Vid. también del mismo autor, *Las donaciones matrimoniales en el Derecho civil foral*, en RGLJ, t. 118 de la colec., 1911, pág. 389.

⁶⁴ MANUEL DURÁN Y BAS, *op. cit.*, pág. 71.

⁶⁵ Const. 1, Tit. 2, Lib. 5, vol. 2º

⁶⁶ *Fuero De contractibus conjugum*, Observancias *De donationibus y De iure dotium*. Las fuentes consultadas para ello han sido "*Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*", Edic. Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1977, págs. 176 y ss. y 188 y ss., y *Fueros de Aragón*, 3 t., Edit. E.T. Salas, Zaragoza, 1907.

⁶⁷ Vid. JOSÉ ROBLES POZO, *op. cit.*, t. II, pág. 51; JOSÉ Mª MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, 12 t., Imprenta de la Rev. de Legislación, Madrid, 1904, cit. al t. IX, pág. 281; LUIS MOUTON OCAMPO, *Diccionario ...*, cit., vid. págs. 352-353, *Las donaciones matrimoniales ...*, cit., pág. 402.

⁶⁸ MODESTO FALCÓN, *Código Civil español*, 4 t. y un apéndice Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889, cit. al t. III, pág. 28 y t. IV, pág. 144.

⁶⁹ MODESTO FALCÓN, *El Derecho civil español común y foral*, 4 t., Tip. "La Publicidad" de Tobella y Costa, Barcelona, 1902, cit. al t. IV, pág. 128.

⁷⁰ Maximun: el décimo de los bienes del donante. *Fuero Juzgo*, Ley 6ª, Tit. I, Lib. III; hasta el tercio del heredamiento que hacía suyo la mujer después de la muerte del marido, si permanecía viuda y place a los herederos, porque si non deven dar a ella quinientos sueldos, *Fuero Viejo*, Ley 1ª, Tit. I, Lib. V; todo home non pueda dar mas arras a su muger del diezmo de cuanto oviese (al tiempo de constituir las o al tiempo en que la demante la mujer), *Fuero Real*, Ley 1ª y 2ª, Tit. II, Lib. III.

⁷¹ MODESTO FALCÓN, *El Derecho civil ...*, t. IV, págs. 122-123.

⁷² JUAN VALLET DE GOYTISOLO *Estudios sobre donaciones*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1978, págs. 149 y ss.

⁷³ J. L. LACRUZ BERDEJO Y F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1974, pág. 148.

⁷⁴ JOSÉ Mª MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, t. IX, págs. 264-265.

⁷⁵ J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil español*, 8 t., Librería Bosch, Barcelona, 1966, vid. t. IV, vol. I (Familia y Sucesiones); MANUEL

ALBADALEJO, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1974; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, cit.

⁷⁶ J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 145.

⁷⁷ Opinión sustentada también por RAMÓN LÓPEZ ROSA, *op. cit.* pág. 23.

⁷⁸ JOSÉ M^º MANRESA y NAVARRO, *op. cit.*, vid. t. VII, págs. 218-219; MODESTO FALCÓN, *Código Civil español*, cit., vid. t. III, págs. 351-356.

⁷⁹ VID. BOUYSSAU *Les libéralités avec charges en Droit Civile Français*, Paris, 1947, pág. 13; HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, Paris, 1920, pág. 371, cit. ambos por LUIS RIERA, AISA, *Liberalidades de uso*, en *Rev. Jurídica de Cataluña*, mayo-junio, 1953, núm. 3, pág. 225.

⁸⁰ MODESTO FALCÓN, *El Código Civil español*, *ctt.*, t. IV pág. 145.

⁸¹ ALFONSO DE COSSÍO y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, 2 t., Alianza Editorial, Madrid, 1975, cit. al t. II, pág. 774.

⁸² FEDERICO DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, 2. t., Valladolid, 1943, vid. Parte General, t. I (Libro preliminar), pág. 333.

⁸³ El párrafo último del art. 20 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña exige que sean "proporcionados a la condición económica y social del cónyuge".

⁸⁴ JOSÉ ANTONIO DORAL, *El fraude y la defensa del interés familiar en el Código Civil*, en *Rev. de Derecho Priv.*, núm. julio-agosto, 1974, pág. 560.

⁸⁵ ALFONSO DE COSSÍO y CORRAL, *op. cit.*, t. II, pág. 774.

⁸⁶ JOSÉ M^º PUIG SALELLAS, *Relaciones económicas entre esposos en Cataluña*, en *Libro Homenaje a RAMÓN M^º ROCA SASTRE*, 3 vols. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977, cit. al vol. III, pág. 225.

⁸⁷ Sobre el antiguo art. 781 del Codice Civile italiano la Corte Constitucional de Italia en sentencia de 27 de junio de 1973, n. 91, declaró su inconstitucionalidad mandando al legislador su derogación.

⁸⁸ Referencia del Consejo de Ministros celebrado el día 22 de junio de 1979.