

tinúa incapaz para disponer de sus bienes; y en el tercero, tiene ya facultad para administrarlos, pero sin realizar actos ó contratos que envuelvan libre disposición ó responsabilidades para su patrimonio, pues el pupilo queda siempre durante toda la minoría de edad, y aun después de mayor, exento de cumplir las obligaciones contraídas por actos que exigieran el consentimiento del tutor, si se omitió esta esencial circunstancia.

21. La familia *rural* rusa, llamada *khoziaine*, es un tipo de organización familiar que propende algo á la *patriarcal*, ó por lo menos se observa en ella el régimen de las *grandes familias*, en las cuales el ejercicio de la autoridad no es del padre natural, sino del abuelo ó del hermano primogénito, y, en su defecto, otro miembro cualquiera de la familia que tenga ascendiente moral sobre los demás. La propiedad es colectiva y común; en el seno de la *khoziaine*, el producto del trabajo de cada uno de los miembros familiares es para la familia, aunque se haya llevado á cabo fuera de su seno y en lugar distinto, sin otra deducción que los gastos prudentes y debidos para el sostenimiento del individuo que aporta aquellos beneficios al erario común de la familia, de la cual vienen á formar parte las mujeres y los hijos de los jóvenes de ella que se casan.

Este tipo de la familia representa una asociación para el cultivo de la tierra bajo la dirección de su jefe, y cuando se disuelve la *khoziaine* todos los varones adultos heredan iguales partes, los hijos naturales ó adoptivos que han sido útiles á la familia trabajando en el seno de ella tienen la consideración misma de los legítimos, y, por el contrario, las hijas casadas no pertenecen á la familia de su origen, sino á la familia de su marido, así como carecen de todo derecho hereditario los hijos que se separan de la casa antes de llegar la hipótesis sucesoria, la cual es más una división de un condominio entre copropietarios, que una delación de herencia entre herederos; pero como una de las causas que favorecieron esta organización de *grandes familias* fué la *servidumbre*, que obligaba á prestaciones penosas y abrumadoras sólo fáciles de sobrellevar con el concurso de mucha gente, desde que en 1861 se disolvió este vínculo de la *servidumbre* quedó más enaltecida y libre la persona individual, elemento de mayor aptitud para la creación de pequeñas familias independientes, que es todo lo contrario de los motivos que dieron lugar á esos otros tipos de *grandes familias* con el indicado título de *khoziaine* (1).

(1) Lehr, ob. cit., págs. 67 á 70.

SECCIÓN TERCERA

LA FAMILIA Y EL DERECHO DE FAMILIA EN SU CONSIDERACIÓN HISTÓRICA ESPECIAL CON RELACIÓN Á España.

CAPÍTULO XI

SUMARIO.—La familia y el Derecho de familia en España.

- Art. I. *La familia en la España goda.*—1. Razón de plan.—2. Elementos de la familia en la España goda.—3. Formas de organización de las relaciones entre los sexos.—4. El matrimonio como acto civil.—5. Los esponsales.—6. El consentimiento paterno y el de los contrayentes.—7. La edad.—8. Los impedimentos y los matrimonios prohibidos.—9. Condición civil de la mujer casada.—10. La dote germana.—11. La disolución del matrimonio por el primitivo repudio de la mujer y aun del marido, y el divorcio; otro derecho del marido en el caso de adulterio de la mujer.—12. El usufructo de la viuda.—13. La patria potestad (relaciones personales y patrimoniales entre padres é hijos).—14. La legitimación y la adopción.—15. El concubinato.—16. El contubernio.—17. La tutela.
- Art. II. *La familia castellana en la España de la Reconquista.*—18. Influidos de época del Derecho público en el de familia.—19. Consecuencias del espíritu feudal en la condición social y civil de la mujer.—20. Idem en la de los hijos (la primogenitura, la troncalidad, los mayorazgos y el retrac.o gentilicio).—21. Influencia de los Cueros legales de la época foral en la constitución de la familia, relaciones de los sexos, personales y patrimoniales ó de bienes entre los cónyuges, patria potestad, etc. (matrimonio *solemne*, *a yuras* y *barraganía*).—22. Las Partidas.—23. El Ordenamiento de Alcalá y las leyes del Estilo.
- Art. III. *La familia castellana desde los Reyes Católicos hasta la publicación de la Nueva y de la Novísima Recopilación.*—24. Las Ordenanzas reales de Castilla.—25. Las leyes de Toro.—26. La Nueva Recopilación.—27. La Novísima Recopilación.
- Art. IV.—*La familia castellana en la España moderna.*—28. Decreto de 22 de Junio de 1821 y ley de 20 de Junio de 1862.—29. El estado familiar según las leyes civiles después de la Novísima hasta la ley de Matrimonio civil.—30. Acción reformadora, pero incompleta, en el orden familiar, que esta última llevó á cabo.—31. El Código civil respecto de las instituciones familiares.
- Art. V.—*La familia foral en los diversos territorios de España regidos por otras legislaciones que la de Castilla.*—32. Razón de plan.—33. A. Aragón.—34. B. Cataluña.—35. C. Baleares.—36. D. Navarra.—37. E. Vizcaya.

ART. I

LA FAMILIA EN LA ESPAÑA GODA

1. Recogidas en los capítulos anteriores las principales conclusiones del *proceso histórico general* respecto de la *familia*, y á semejanza de lo que se ha hecho (1) con la institución del *Derecho de la propiedad*, se habrán de trazar aquí sumarias indicaciones que ofrezcan un conciso resumen de este aspecto histórico de la *familia* y de su *Derecho*, pero con *especial* aplicación á España (2).

Pueden distribuirse estas indicaciones históricas respecto de la *familia española*, en tres grupos, según que se trate de la España *goda*, de la España de la *Reconquista*, ó de la España *moderna*, partiendo de la primera, puesto que sólo desde esta época se ofrece España como una verdadera nacionalidad. La familia en los territorios regidos por la legislación *foral*, siguiendo el plan general adoptado en toda la obra, se estudia en el *Artículo* final de este *CAPÍTULO*.

2. La institución familiar en la *España goda* está principalmente integrada por tres elementos: la base *romana*, el influjo y la modificación nacida de las costumbres *germanas*, y la doctrina *canónica*.

3. Como formas de organización de las relaciones entre los sexos en la época visigoda, aparecen las de *matrimonio*, *concubinatio* y *contubernio*.

4. El *matrimonio* se manifiesta con un carácter meramente *civil*, sin que se registre ley ni decreto conciliar Toledano que haga depender de la intervención de la Iglesia la eficacia *civil* del matrimonio, ni siquiera reglamente los impedimentos ni demás condiciones necesarias para su celebración; lo cual no quiere decir que la Iglesia no interviniera con las ceremonias del sacramento, pero generalmente con posterioridad, y limitado su influjo á la esfera propiamente religiosa, sin ninguna trascendencia declarada ni reconocida en las leyes respecto del orden civil. No está averiguado, con la seguridad necesaria para afirmarlo sin duda alguna, si la distinción que hace una ley (3) en matrimonio *noble* (*coniugium nobile*) y matrimonio *no noble* (*coniugium non*

(1) Cap. 4.º, t. III, 2.ª edic.

(2) Cuya brevedad se aconseja por la circunstancia de estar satisfecha más ampliamente esta necesidad con la expresión del contenido de cada uno de los cuerpos legales que constituyen el Derecho civil de España respecto de la familia, ya en las provincias que se rigen por el Derecho de Castilla, ya en los territorios de régimen foral, en numerosos pasajes de esta obra. Véanse los núms. 2, cap. 5.º; 11 c, cap. 7.º; 11, cap. 9.º; 8 c, cap. 10; 8 c, cap. 12; 8 c, cap. 13; 13 c, cap. 14; 5 c, cap. 17; 7 c, cap. 18; 10 c y 21, cap. 19; 5 c, cap. 20; 7 c y 13, cap. 21; 12 c, cap. 22; 21 c, cap. 23; 3 c, cap. 24; 11 c, cap. 25; 10 c, cap. 26; 9, cap. 28, y 17, cap. 29, todos del t. I, 2.ª edic.

(3) 1.ª, tit. 1.º, lib. III, *For. Iud.*, cuyo epígrafe es: «*Ne sine dote coniugium fiat*».

nobile), se refería á la condición social, noble ó plebeya, de los contrayentes, ó á la clase y forma del matrimonio mismo.

5. Era muy frecuente la práctica de hacer preceder los *esponsales* al matrimonio. El requisito esencial de éste consistía en el consentimiento de los contrayentes.

6. Á pesar de la autoridad del padre para oponerse á los matrimonios proyectados por sus hijos y aun para castigar severamente á aquéllos cuando se casaran con persona distinta de la aceptada por él, es lo cierto que el matrimonio efectuado contra la voluntad de la mujer se declaraba *nulo*, conservándose, sin embargo, como monstruosa excepción, condenada por algún Concilio (1), la de que se pudiera ordenar el de una mujer sin contar con su voluntad y aun en oposición con ella; práctica abominable, que cayó en desuso, hasta que, en tiempos muy posteriores, se estableció la fórmula de que se guardaran y no se cumplieran las Cartas reales en que se ordenase casar á alguna mujer contra su voluntad (2).

7. No se registra en las leyes visigodas ninguna expresiva de la *edad* necesaria para contraer matrimonio, si bien se entendía ésta referida á la de la *pubertad*.

8. Las leyes visigodas, dada la consideración únicamente *civil* que el matrimonio tenía para ellas, sin perjuicio y con independencia del aspecto religioso, regularon también la materia de *impedimentos* nacidos de la consanguinidad, afinidad, orden religioso ó condición sacerdotal, fuerza, mayor edad en la mujer que en el hombre, y otros encaminados á evitar la confusión de clases, que dieron lugar á la prohibición de matrimonios, primero entre godos y romanos—más tarde abolida por Recesvinto (3)—entre cristianos y judíos, entre libres y siervos, libertos y siervos, entre los libres y los franqueados de las iglesias, y entre los franqueados y las personas y parientes del linaje de su señor.

9. Por el matrimonio no perdía la mujer su *personalidad*; por el contrario, la conservaba en juicio y fuera de él respecto de los bienes propios, de los cuales estaba vedado al marido disponer, y también representar á su mujer en cuanto á ellos, contra su voluntad. Tenía la mujer la consideración de compañera del hombre y participaba de las ganancias del matrimonio, produciéndose cierta comunidad de bienes, si bien limitada á las adquisiciones posteriores á la celebración del matrimonio, y sin perjuicio de los particulares de cada cónyuge.

Desconocidos los *gananciales* en las leyes romanas, se explica que siendo mera expresión de ellas el Código de Alarico, no se hiciera en él mención alguna de esta institución, puesto que se rigieron por él los españoles durante el primer período de la monarquía visigoda, dado el régimen legal de *castas*.

(1) Canon X, Concilio III, de Toledo.

(2) LL. 2.ª y 3.ª, tit. 2.º, lib. X, Nov. Rec.

(3) L. 1.ª, tit. 1.º, lib. III, *For. Iud.*

En el *Forum Iudicum* y en una ley (1), que parece ser de Recesvinto, aunque sus orígenes consuetudinarios, por lo menos como *tendencia*, más que como *régimen* perfecto y acabado, proceden indudablemente de las costumbres germanas, y que es de las primeras que reglamentaron esta institución, estableciéndola en uno de los más antiguos Cuerpos legales de Europa que la sancionaron (2), con un criterio proporcional y tipo de *distribución* de los gananciales entre marido y mujer cuando había desigualdad evidente entre los bienes particulares de ambos, dada la consideración que aquéllos tienen de ser en su mayor parte *productos* de éstos, según todo lo hace presumir,—se determina que la división de los gananciales entre cónyuges se había de hacer *en proporción* al caudal que cada uno hubiese aportado al matrimonio, y no por iguales partes, como se infiere debía venirse practicando y se quiso corregir por esta ley, á no ser que los bienes propios respectivos fuesen de igual cuantía ó no fuese grande la diferencia. Sin embargo, prácticas y disposiciones posteriores acreditan la inobservancia de la ley goda (3).

Tenían, pues, la consideración de *gananciales* todas las adquisiciones de uno ú otro cónyuge, como productos del caudal de cada uno y aun las derivadas de su trabajo, excepto lo adquirido en la guerra ó sus adquisiciones personales á título lucrativo individual procedentes de donaciones, herencias, etc., que ingresaban en su patrimonio particular.

Eran condiciones necesarias para que se produjeran gananciales: el *pariter viventes*, la convivencia ó unidad de domicilio, y que el matrimonio fuera de los llamados *nobles*, es decir, contraído con dote y mediación de autoridad pública, por personas nobles, ó sea godos, hasta que se abolió la prohibición de celebrar matrimonio entre godos y romanos ó naturales. Después se generalizó la institución de *gananciales* para *todos* los matrimonios, siempre que cumplieran las otras dos condiciones de intervención de dote y autoridad pública (4).

(1) 16.^a, tit. 2.^o, lib. IV.

(2) La ley de los visigodos (*Lex Wisigothorum*), la ley Ripuaria (*Lex Ripuariorum*) y la ley de los sajones (*Lex Saxonum*), que son las tres llamadas leyes de los bárbaros (*Leges Barbarorum*), que aparecen en los siglos VII al IX, son las que estatuyen, en primer término por derecho escrito, el régimen legal de *gananciales* ó dan formas legales á la idea de la comunidad de bienes entre los cónyuges, generalizada como costumbre más tarde en otros pueblos de Europa, como Francia y Alemania, hacia el siglo XIII; siquiera sus gérmenes embrionarios y de mera tendencia fraigan su origen de costumbres y prácticas de los germanos meridionales.—K. D'Olivecrona, *Précis historique de l'origine et du développement de la communauté des biens entre époux*. Paris, 1865, pág. 30.

(3) La costumbre generalmente observada en los primeros siglos de la Reconquista, y leyes del Fuero Juzgo y Fuero Real, según la que los gananciales vinieron dividiéndose por mitad y no á prorrata del caudal aportado por los cónyuges, como mandaba la ley de Recesvinto.

(4) *Dum cuiuscumque dignitatis aut mediocritatis mariti persona uxori fuerit nobiliter atque competenter adiunta, et pariter viventes, aliquid augmentaverint, vel in quibuscumque rebus, quippiam profligasse visi fuerint, atque proveniat, ut unus ex eis maioris rei et facultatis dominus sit, de omnibus augmentis et profligationibus pariter*

10. A diferencia de Roma, no era la mujer la que aportaba la *dote*, sino el esposo (1); si bien con tasa legal, que no podía exceder de la *décima parte* de sus bienes y los diez mancebos de servicio (*pueros*), diez mancebas (*puellas*), veinte caballos y mil sueldos en prendas de vestir; todo lo cual constituía la *dote* (2).

Tuvo esta dote para las mismas leyes godas el carácter de *precio* de la doncella que se casa (3), entrando la dote en poder del padre ó de la madre, y no de la misma hija desposada, puesto que ésta era, todavía en aquel tiempo, considerada como *algo* que formaba parte del *patrimonio* del padre ó, en su defecto, de la madre; siendo, por esto, los hijos ó hermanos de la hija que se casaba y por quien entregaban la dote al esposo, los obligados á restituir dicha dote, llegado el caso, si los padres hubiesen muerto (4). Sin embargo, á la mujer, que podía disponer de la dote por testamento — si no tenía hijos de aquel matrimonio en que la dote se constituyó, de todos los bienes dotales y de la cuarta parte, si los tuviere — correspondía, durante la vida de los padres, su propiedad, y á éstos el usufructo y la administración, heredando el marido dicha dote, premuerta la mujer sin hijos y sin haber dispuesto de ella en el testamento; y en tales casos, faltando el marido, también gozaban de igual derecho los parientes más próximos del mismo (5).

De todas suertes parece lo cierto que la *dote* se consideró como un requisito necesario del matrimonio *solemne* ó verdadero (6); y, en cam-

conquisitis, tantam partem unusquisque obtineat, quantam eius facultatem fuisse omnimodis sibi debita vel habita possessio manifestat. Ita ut si æqualis abundantia, domini sunt, pro parvis rebus contentionem intemperantiam non adsumant...—L. 16.^a, tit. 2.^o, lib. IV, *For. Iud.*

En la versión del *Fuero Juzgo* al castellano, hecha en tiempo de Fernando III, se lee: «Quantoquier que el marido sea noble, si se casa con la mujer cuemo debe, é viviendo de so uno, ganan alguna cosa ó acrecen, etc...»—L. 17.^a, tit. 2.^o, lib. IV, *For. Iud.*

(1) L. 10.^a, tit. 1.^o, lib. III, *For. Iud.*—Antes de la publicación del *Forum Iudicum* aparecen en el Breviario de Aniano ó Código de Alarico algunos preceptos trasladados del Código Teodosiano—L. 2.^a, tit. 15, Cód. Theod., por ejemplo—estableciendo la *dote romana* aportada por la mujer, lo cual se practicó en España para los naturales ó vencidos mientras rigió la legislación de castas.

(2) L. 6.^a, tit. 1.^o, lib. III, *For. Iud.*

(3) «De modo que todavía en la época más brillante de la civilización gótica era una idea común y admitida la de considerar la dote como el precio de la venta del cuerpo de la mujer, y á ésta como una mercancía que formaba parte de la hacienda del padre.»—D. Francisco de Cárdenas, *Estudios jurídicos*, «Biblioteca Judicial», volumen VIII, pág. 12, 1884.

«Si pater de filia nuptiis definierit et de prætio dotis convenerit...» (L. 3.^a, tit. 1.^o, lib. III, *For. Iud.*) «Si parentes raptorem consenserit, prætium filia suæ quod cum priori sponso definisse nos cuntur in quadruplum ei sponso cogatur exolvere.» (L. 3.^a, tit. 3.^o, lib. I, idem id.) «Dato prætio et sicut consuetudo est ante testes.» (L. 2.^a, tit. 4.^o, lib. III, idem id.)

(4) L. 6.^a, tit. 1.^o, lib. III, idem id.

(5) Idem id.

(6) L. 1.^a, idem id.

bio, el marido no podía recibir nada de la mujer hasta que transcurriese un año de la celebración del matrimonio, ni la mujer más que la dote, excepción hecha del supuesto de peligro de muerte en cualquiera de los cónyuges (1).

11. Las primeras leyes visigodas admitieron el *repudio* de la mujer por el marido, con causa y sin ella, si bien cuando ésta faltaba la mujer ganaba la dote y el marido perdía todo lo recibido por donación de la mujer; pero con la doble injusticia de que la repudiada no podía contraer nuevo matrimonio sino con el permiso del primer marido que la repudió, bajo la enorme sanción de quedar los contrayentes del segundo matrimonio sometidos á servidumbre del primer marido. Chindasvinto concluyó con esta doctrina inmoral (2), facultando al marido para que abandonase á la mujer sólo en el caso de adulterio, si es que no usaba del derecho de matarla lo mismo que á su cómplice, por lo que no incurría en pena alguna (3), y convirtiendo, por tanto, el repudio más bien en divorcio. Con uno ú otro nombre y concepto se facultó recíprocamente á la mujer en ciertos casos para que pudiera utilizar la repudiación del marido, infiriéndose de algunas disposiciones (4) que, después del divorcio, podía el cónyuge ofendido é inocente celebrar segundo matrimonio, aun viviendo el que dió lugar al agravio y á la separación; es decir, que este *divorcio* tiene la fuerza de *disolver el vínculo* en favor del cónyuge ofendido.

12. Á la viuda correspondía el derecho de usufructo en los bienes del marido respecto de una parte de la herencia, y en unión de sus hijos mientras no contrajera segundo matrimonio (5). Descendientes y ascendientes tenían la consideración de herederos legítimos.

13. La *patria potestad* se inspiró en los principios de la romana de aquellos tiempos, más racional y humana que la de las anteriores etapas de la historia del Derecho romano; sin embargo, desde el tiempo de Chindasvinto no se registra ninguna pena contra la cruel costumbre de matar á los hijos, y no sin la excitación de algún Concilio (6) se dictó una ley (7) por la cual se estableció la pena de muerte contra los padres que privaran de la vida á sus hijos.

Al padre, pero no puede decirse que á la madre — respecto de la cual sólo hablan las leyes (8) que, muerto aquél, debía tener los hijos menores en *guarda* «si ella quisiere, é si non se casare» — estaba otorgado el poder sobre las personas y bienes de sus hijos, pudiendo casti-

(1) L. 6.^a, tit. 1.^o, lib. III, *For. Iud.*

(2) L. 2.^a, tit. 6.^o, lib. III, *idem id.*

(3) Igual derecho tiene el padre respecto de la hija adúltera. (LL. 4.^a y 5.^a, tit. 4.^o, lib. III, *idem id.*)

(4) L. 2.^a, tit. 6.^o, lib. III, *idem id.*

(5) L. 15.^a, tit. 2.^o, lib. IV, *idem id.*

(6) El tercero de Toledo, en su cap. XVII.

(7) 8.^a, tit. 3.^o, lib. VI, *For. Iud.*

(8) 3.^a, tit. 3.^o, lib. IV, *idem id.*

garlos, pero no matarlos, venderlos ni empeñarlos, y también oponerse á su matrimonio, constituyendo el casarse contra su voluntad justa causa de desheredación. Absurdo era el derecho otorgado á los padres de que pudieran ordenar la profesión monástica de sus hijos.

El padre tenía la consideración de administrador legal de los bienes de sus hijos, pero sin facultad para enajenarlos. Llegado el hijo á la edad de veinte años podía reclamar la mitad de la herencia materna, y si contraía matrimonio, pedir hasta las dos terceras partes, conservando el resto el padre como recompensa de sus cuidados y símbolo de su poder. Respecto del peculio adventicio, el padre tenía el deber de hacer inventario, y estaban reconocidos los antiguos peculios *castrense* y *cuasi castrense* en cuanto á los bienes ganados por el hijo en la guerra ó con su trabajo, á no ser que viviera en compañía de aquél, pues entonces tenía la tercera parte de los bienes que formaban los peculios.

No se registran leyes acerca de las causas por las que se extinguiera la patria potestad. Ni la edad ni el matrimonio del hijo se reconocían como tales, y sólo es de presumir tuviera esta consideración la muerte ó el delito del padre, si era éste de tal naturaleza que hubiera que imponerle como pena la pérdida de los derechos de patria potestad.

14. No se ofrecen tampoco leyes acerca de la *legitimación* y de la *adopción*.

15. Respecto del *concubinato*, ninguna de las leyes godas sanciona ni organiza expresamente esta forma de unión de los sexos, procedente de las leyes y costumbres romanas, y que los visigodos sin duda toleraron, toda vez que no la prohibían y castigaban, como lo hicieron con las relaciones sexuales que nacen de la *prostitución*, imponiéndose severas penas á la prostituta (1). Regístranse en el Fuero Juzgo, sobre todo, algunas leyes (2) que implícitamente dan á entender estar consentida la *barragania*, en cuanto la prohíben á los clérigos y se hacen cargo de la hipótesis de relación carnal de hijos ó hermanos con las concubinas de sus hermanos ó padres.

16. Algo análogo sucede respecto del *contubernio* ó unión de los esclavos entre sí: las leyes no la reglamentaron, y subsistiendo en la España goda por la tradición romana, queda entregado al Derecho natural, sin que esto fuera obstáculo para que, en el orden religioso, la Iglesia aplicara á las uniones de los siervos iguales doctrinas y ceremonias que á las de los hombres libres, por lo que hace al matrimonio como sacramento, puesto que para ella tal condición de *siervo* era inadmisibles. Á pesar de que las leyes visigodas no organizan, tampoco, esta unión de los siervos, virtualmente resulta admitida en ellas, si se observa que á los *ingenuos* y *franqueados* les estaba prohibido contraer uniones de esta clase con los *esclavos*, considerándose como causa de un impedimento dirimente por razón de condición, y registrándose, además,

(1) L. 17.^a, tit. 4.^o, lib. III, *For. Iud.*

(2) 18.^a, tit. 4.^o, y 7.^a, tit. 5.^o, lib. III, *idem id.*