

en algunas (1), prescripciones relativas á la necesidad del consentimiento de los señores de los esclavos contrayentes, bajo la sanción de pérdida de sus derechos por parte del señor que autorizase el *contubernio* de su siervo sin el permiso del señor del otro.

17. La *tutela* ó *guarda de los huérfanos*, otorgada á todos los que son menores de quince años, aparece reglamentada por las leyes visigodas, pero sólo con la condición de *legítima*, figurando á la cabeza de las personas llamadas á ejercerla, la madre, con un aparente y algo dudoso carácter de patria potestad subsidiaria é imperfecta, ó más bien de *tutela legal*, que perdía si contraía nuevo matrimonio, y que después se defería por el orden siguiente: hermanos, tíos, primos y colaterales hasta el séptimo grado (2).

ART. II

LA FAMILIA EN LA ESPAÑA DE LA RECONQUISTA

18. Es de observar que no se va á tratar aquí de la familia *musulmana* residente en España, sino de la *española*, en sus principales rasgos de organización; siquiera no fuera muy aventurado afirmar ciertas analogías entre determinadas instituciones familiares de una y de otra (3).

Es esta la época del sistema *foral*, de la *variedad legislativa* y de la distinción de las *clases sociales*, concertadas sólo en el interés común y supremo de la reconquista del territorio y de la restauración de la nacionalidad española. Los dos aspectos, *nobiliario* y *municipal*, que ofrece el sistema *foral* en lo que toca al Derecho público de aquel tiempo, trascienden al orden jurídico privado y á las instituciones del Derecho familiar, tanto más, cuanto que es la característica de esta época, sin duda por el influjo del interés político nacional de la reconquista, una visible supremacía del Derecho público sobre las demás esferas del Derecho social, que ejerció su influencia más señalada en la jurídica-familiar, subordinando, hasta cierto punto, á los fines históricos de aquél, durante este período, la misma organización de la familia.

(1) L. 5.ª, tit. 2.º, lib. III, *For. Iud.*

(2) LL. del tit. 3.º, lib. IV, *idem id.*

(3) En el cuadro general histórico de la familia y del Derecho de familia se deja bosquejado á grandes rasgos la doctrina referente al elemento musulmán, tomando como base las escuelas *Sunnies*, y dentro de éstas la escuela *Malequí*, y haciendo algunas referencias — cuando la importancia ó interés del asunto lo exigen — á las escuelas *Xiíes*. Ahora bien: los árabes españoles aceptaron y desarrollaron la escuela de *Malec ben Anas*, que fué la predominante y triunfó por completo de las otras escuelas *Sunnies*, que tuvieron algunos representantes en nuestra patria. Por esa razón se tomó antes como base la escuela *Malequí*, y para evitar repeticiones, nos concretamos aquí á esta sencilla referencia, sin más que hacer notar que la doctrina de *Malec* se conservó cuidadosamente por los *Mudéjares* de Castilla y de Aragón en sus escritos jurídicos, como lo prueba la curiosísima é importante literatura *aljamiada*, y como muestras de ella las *Leyes de Moros* (siglo XIV) y la *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la ley* y *Çunna*, por D. *Içe de Gebir* (1462); preciosos opúsculos jurídicos, publicados por el Sr. Gayangos en el tomo V del *Memorial histórico español*.

19. El espíritu *feudal* de los tiempos, que tanto se dejó sentir en la condición de las personas y en el régimen de la propiedad, llevó, también, esos influjos á la familia. La dignidad de clase, el poder feudal de cada noble, que tiene algo de entidad de *poder público*, en cierto modo independiente, y el romanticismo de la época, contribuyeron no poco á enaltecer la condición de la mujer, á delegar en ella los honores y derechos de su marido en las frecuentes ausencias de éste, á elevar su consideración y autoridad en la familia, y hasta á otorgarle la jefatura de sus hijos y vasallos, cuando sobrevenía la muerte de aquél, por los diferentes azares de la guerra; así como todas esas causas dieron lugar al desarrollo de una tendencia expansiva en el otorgamiento de *arras*, con que premiar cualidades personales de la mujer, hasta alcanzar el tipo, nada reducido por cierto, de la tercera parte de los bienes del marido, mejor dicho, esposo donante (1), sin perjuicio de lo que pudiera también otorgarle por *donación esponsalicia*.

20. Por análogos influjos de época se observa la dignificación de los hijos hasta el punto de que, cumplidos veinte años, fuera para ellos obligatorio el servicio de la milicia, por cuya virtud resultaban casi emancipados, figurando en aquella como compañeros de armas de su padre.

Entra en la familia española el principio de la *primogenitura*, modificando el derecho hereditario con el propósito de dar mayores condiciones de desarrollo y poderío social al nombre y descendencia del poder *feudal* ó al *señorío* del causante; y atendiendo á otros motivos familiares aparecen las formas civiles de la *troncalidad*, de los *mayorazgos* y del *retracto gentilicio*.

21. Por otra parte, los *Fueros municipales*, atentos al fin de fomentar la población con preferencia á todo, al lado del matrimonio *solemne*, admitieron dos uniones, legítima la una, aunque privada, llamada *matrimonio a yuras*, é ilegítima la otra, ó sea el antiguo concubinato con el nombre de *barraganía*; no dejando de existir también otras variedades de uniones ilegítimas, que no pueden ser invocadas como formas de organización familiar en cuanto por sí no engendraban un estado permanente, doméstico y necesario, si bien ofrecían ciertos efectos respecto de la prole procedente de ellas.

El consentimiento previo de los padres ó parientes, so pena de desheredación de la desposada, los esponsales, las arras, la bendición sacerdotal, eran todas circunstancias del matrimonio *solemne*, que se celebraba en la parroquia de uno de los contrayentes, y después de la bendición de los desposados, en la iglesia y de la del sacerdote á los cónyuges, las habitaciones, el tálamo, las arras y demás efectos de la propiedad de los recién casados, concluía la solemnidad con banquetes y otras fiestas. En cambio, el matrimonio *a yuras* era de carácter eminentemente *civil*, sin ninguna solemnidad ni intervención del sacerdote,

(1) L. 1.ª, tit. 1.º, lib. V, F. V.

y constituido por un simple contrato de esponsales seguido de las relaciones sexuales de los contrayentes. Sin embargo, ambos matrimonios tenían igual consideración ante la ley en cuanto á los efectos civiles: lo más saliente que en orden á éstos se registra es lo relativo á la institución de *gananciales* y á los llamados fueros de *viudedad* y de *unidad* (1).

Aquel atisbo del Fuero Juzgo, en cuanto á cierto poder otorgado á la madre, que más que carácter de *patria potestad* tenía el de *guarda*, alcanzó ya en los Fueros municipales la condición de *poder paterno* conferido á ambos cónyuges y se admite como única causa de emancipación *legal* el matrimonio del hijo, prohibiendo la emancipación voluntaria, acto al que los Fueros llaman *desafijar* ó *desafiar*.

Coexistiendo con el matrimonio solemne y con el matrimonio *a yuras*, sancionanse por la ley las uniones llamadas *barraganas*, nueva fase del *concubinato* de Roma, reducidas á la creación de un estado habitual de convivencia entre dos personas de distinto sexo, permitido á todos los solteros, fueran legos ó clérigos, y aun en ciertas municipalidades á los casados, exigiéndose que la barragana no fuera casada, ni religiosa, ni parienta, ni robada, y otorgándole en muchos Fueros (2) análogos derechos civiles que á la mujer legítima, á la vez que se reconocía á la prole cierto derecho subsidiario limitado, en defecto de hijos legítimos, y con el consentimiento de éstos respecto á la herencia del padre, que también puede en vida dar al ilegítimo una parte de sus bienes. Como especialidad, en cuanto á la organización de la familia, ofrecen los Fueros municipales la de que, no obstante la *patria potestad*, puede nombrarse tutor á los hijos sometidos á ella, cuando los padres fueran de mala vida, no cuidasen de la de sus hijos, ni de su educación, ó dilapidasen su fortuna, siendo de notar que la tutela cesaba por cumplimiento de los *doce* años del sometido á ella.

Dentro de este período de la Reconquista, y aparte de esta dualidad legal de clases, consecuencia de las dos manifestaciones del sistema foral en las especies de *nobiliario* y *municipal*, los numerosos cuerpos legales que se sucedieron hasta principios de este siglo, han venido consagrando constante atención á distintos puntos de vista de la organización familiar, sin que los fines de este capítulo permitan reproducir un análisis de aquéllos, ya hecho en otro lugar de esta obra (3).

Son de notar, sin embargo, algunas indicaciones en materias de carácter económico y patrimonial como la *dote* ó *arras*, los *parafernales* y los *gananciales*, durante esta época *foral*.

Hubo en cuanto á la tasa de las *arras* ó dote germana, y, en general, respecto de toda clase de liberalidades del esposo ó marido en favor de la esposa ó mujer, extraordinaria variedad. Mientras en muchos territo-

(1) Véase núm. 8, C. cap. 10, t. I, 2.^a edic.

(2) Los de Plasencia y Zamora reconocían á la barragana derecho á la mitad de los bienes gananciales.

(3) Núm. 8, C. cap. 10, t. I, 2.^a edic., que se refiere á las instituciones del *Derecho de familia* en esta época.

rios siguió practicándose la tasa establecida por la ley goda (1), en otros dejó de observarse; en algunos Fueros (2) se prescindió de toda tasa á título de privilegio otorgado á los que poblaran de nuevo ciudades y villas recobradas á los árabes, lo cual fomentó una tendencia excesiva y verdaderamente ostentosa en este punto, ó se fijó en tipos muy distintos (3) y siempre con marcada amplitud, como la indicada *tercera parte* del patrimonio del esposo, en la ley del Fuero Viejo, antes citada, que reprodujo un antiguo Fuero, sancionado por las Cortes de Nájera (4), y fué el único tipo legal de *proporción* ó *cuota* respecto de la fortuna del esposo, siendo todos los demás de tipo máximo determinado en la cantidad. Una restricción á aquel exceso de la *tercera parte* de los bienes del marido fué la de que, muerto éste, no pudiese gozar la viuda más que de un valor de bienes, dados en arras ó dote, igual al de 500 sueldos, restricción indirectamente establecida por medio del derecho reconocido en el citado Fuero de Nájera (5) á favor de los herederos del marido para reivindicar de la mujer *todos* los bienes dotales á cambio de la obligación de entregarle el importe de los 500 sueldos (6).

(1) Como en las provincias de León, Toledo, Andalucía, Cataluña y Aragón, según lo acreditan diversas escrituras de los siglos XI al XIV, de las cuales es digna de mención la otorgada en Toledo en 5 de Julio de 1870, que dice así: «Yo Garci López, hijo de Pero López é alguacil mayor de Toledo, queriendo rescibir et mantener esta orden de matrimonio con vusco Francisca Gudiel... et porque es razón et guisado que vos, la dicha Francisca Gudiel hayades *diezmo et arras de todo mi haber*; por ende yo sope todo mi haber así mueble como raíz, é así paños, é joyas, é bestias, é armas, é plata, é heredades, é otros bienes, é apreciélo todo bien é verdaderamente, é fallé por cierto que es tanto de que vos la dicha Francisca Gudiel, podedes é debedes haber por vuestro diezmo, é por vuestras arras por honra é derecho de vuestro casamiento conmigo, 20.000 maravedís de la moneda que agora se usa. Et porque yo esto fallo et es así verdaderamente, por ende yo el dicho Garci López do á vos la dicha Francisca Gudiel, los dichos 20.000 maravedís... Et otorgovos que los ayades estos dichos 20.000 maravedís por vuestras arras et por vuestro diezmo, contado hi los diez mancebos, et las diez mancebas, et los veinte caballos, et los 1.000 sueldos de las donas que dice en la ley del Fuero del libro Juzgo, que dicen de León, el qual fué fecho en Toledo, del qual fuero yo so... et sométome á este fuero... et en esta razón yo el dicho Garci López, renuncio expresamente lo que en la ley del dicho fuero del libro Juzgo se contiene que contra esto sea, la qual ley comienza: «*Porque muchas veces nasce contienda entre los que se quieren casar sobre las arras.*» Et otrosí renuncio el Fuero de los Castellanos, en que diz que nenguno non puede dar á su mujer en arras ni en casamiento más de 500 sueldos...»—Sandoval y Risco, *La Castilla*, apéndice 3.^o

(2) Como en los de Oviedo, de 1145, y de Cáceres, de 1229.

(3) El tipo máximo, fijado por la mayor parte de esos Fueros—como los de Uclés, Salamanca, Molina, etc.—de 20 á 30 maravedís, representaba una suma de cierta importancia, además de otros valores en ganados, granos y caldos, mayor aún, según lo que puede vagamente inducirse acerca de la equivalencia de la moneda, en algunos, como los de Baeza, Cuenca, Plasencia, etc., que establecieron como tasa de las arras ó dotes hasta 20 áureos.

(4) Tit. 99.

(5) Trasladado á la ley 1.^a, tit. 1.^o, lib. V, F. V.

(6) Esto sirve al sabio jurista Sr. Cárdenas para formular una observación muy curiosa, cual es la de que siendo esta misma suma de 500 sueldos la indemnización debida por el homicidio, y por tanto el tipo legal del valor de una persona, «¿no

Pero la variedad de Derecho en este punto tuvo otras manifestaciones aún más importantes que la diversidad de cuantía para las liberalidades del esposo en favor de la esposa, á saber: la de que en los territorios donde rigió el Fuero Juzgo se reconoció y practicó la distinción entre *arras* y *dote*, pudiendo otorgarse donaciones de ambas clases, la primera con los nombres de *donas* ó *arras*, y la segunda con el de *diezmo*, con tasa diferente. Donde regía el *Fuero Viejo*, código de los fijosdalgos, la *dote* tomaba el nombre de *arras*, consistente en una tercera parte de los bienes del esposo, y además éste podía otorgar á la esposa otras liberalidades al tiempo de casarse, que se llamaban genéricamente *donadio*, también con distinta tasa las unas que las otras, llegando al extremo de ofrecer la misma ley (1) los medios de eludir su tasa y hacer á la mujer donaciones más cuantiosas. En las ciudades, villas y comarcas que se regían por fueros municipales ó especiales no se conocía más que las *arras*, nombre en el cual se incluían la *dote* y toda clase de donaciones del esposo á la esposa, bien sin tasa, bien con una sola, correspondiente á la única institución de esta clase, que eran las *arras* (2).

Un germen legal de los *parafernales*, con el nombre de *assuvar* ó *ajovar* se registra también en una ley del Fuero Viejo (3), reconociendo á la mujer el derecho de retener y regir por sí los efectos de su ajuar, aportados por ella.

Respecto de los *gananciales*, es indudable que subsistió esta institución en los primeros siglos de la Reconquista, según lo demuestran multitud de escrituras (4) y otros testimonios (5), correspondientes á los

se da á entender, dice, que la *dote* es el *precio* que el marido paga por la persona de la mujer? Si el que mata á una mujer no debe por ella más que 500 sueldos, parece natural que el que la hace suya, tomándola por esposa, no debe pagar tampoco mayor suma. La ley que señala los 500 sueldos como máximo de la *dote*, es tal vez una consecuencia de las que estimaban en la misma suma el valor de la persona. Aquella ley ó costumbre hubo de existir en Castilla en los primeros siglos de la invasión de los árabes, esto es, cuando la condición de la mujer no era todavía mejor que en la época de los godos, y he aquí un vestigio incontestable del carácter primitivo de la *dote*, precio de venta del cuerpo de la mujer.—Ob. cit., pág. 33.

(1) 3.^a, tít. 1.^o, lib. V, F. V.

(2) Es raro el Fuero que, como el de Cuenca, emplea la palabra *dote*; la generalidad usan la de *arras*.

(3) 1.^a, tít. 1.^o, lib. V.

(4) Tales como la del año 947, otorgada por Suario, con sus hijos, sobre cierta donación—Merino, *Paleografía española*, pág. 90—á un monasterio, en la que consta reconocida la mitad de gananciales á la madre y causante de éstos; la de donación al convento de Sahagún de la mitad de un molino, año de 1003, en la que el donante se expresa así: «... pero como compré esta finca viviendo en uno con mi mujer, y es suya la mitad, según el Fuero de la tierra, hago donación de la otra mitad que me corresponde»; otra del año 1006, accediendo el Rey á la solicitud de una tal Gontroda, que reclamó de Don Bermudo se la restituyese la mitad de los bienes de su marido, de que se había incautado el Estado. Estas dos últimas escrituras se transcriben en la *Historia de Sahagún*.

(5) Las Cartas pueblas y Fueros especiales de fecha más remota, como la Carta

siglos X al XIII, si bien es de observar, para una crítica prudente, el hecho repetido en todos los fueros especiales—que se otorgaban siempre á título de cierto privilegio y excepción en favor de los concesionarios, ya por respetos á aquella clase social y premio ó necesidad de sus servicios en la guerra constante con los sarracenos, ya por estímulo á los nuevos pobladores de los territorios que se iban recuperando de los invasores,—de que en ellos se hace otorgamiento expreso del fuero de gananciales, divisible *por mitad* entre ambos cónyuges ó sus herederos, lo cual prueba que tal institución, así organizada, estaba muy lejos de ser el *Derecho común* establecido por las leyes, como, en efecto, lo era la de Recesvinto en el Fuero Juzgo, cuyo tipo de distribución, según se ha dicho antes, era el de la *prorrata*, con el caudal aportado por cada cónyuge (1).

Parece evidente: 1.^o, que los *gananciales* subsistieron en los primeros siglos de la Reconquista, no sólo porque se mantuvo la autoridad legal del *Forum Iudicum*, que los sancionaba en la ley de Recesvinto, sino porque formaron parte de todos los Fueros especiales que se otorgaron á la nobleza y á las villas y ciudades; 2.^o, que, guardándose aquel Código en los territorios que formaron el antiguo reino de León, se practicó la división de los gananciales bajo su criterio legal, ó sea el tipo de *proporcionalidad*, mientras que en Castilla los Fueros y las prácticas todas consistieron en el de *igualdad*, dividiéndose *por mitad* entre ambos cónyuges, sin consideración alguna á la cuantía del caudal aportado por cada uno; criterio, este último, que acabó por generalizarse y prevalecer en los Códigos posteriores, no obstante los cuales se conservó vigente todavía por mucho tiempo en los primeros el tipo legal primitivo de la *proporcionalidad*, establecido en el Fuero Juzgo (2).

Real de Doña Urraca, de 1147, confirmatoria de los Fueros de León y de Carrión, á los que adicionó, entre otros capítulos, uno que ratifica la existencia de los gananciales; los fueros de Plasencia, Cuenca, Baeza, Alcalá de Henares, Fuentes y Cáceres—años 1020 á 1229,—todos contienen explícitas declaraciones que acreditan la existencia de la institución de gananciales y de su división *por mitad* entre los cónyuges ó sus derechohabientes.

(1) Así lo acredita también el mismo Fuero Viejo de Castilla, puesto que, reproducción de una de las originarias 110 leyes que ofrecen, coleccionados, los primitivos manuscritos de la recopilación de *los buenos fueros e las buenas costumbres e las buenas fazañas que los ricos homes e los fijosdalgo avien*, hechos por los nobles en 1202 con la venia Real de Don Alfonso VIII, y no del tiempo posterior de la reforma de este Código por Don Pedro I, es la ley 1.^a, tít. 1.^o, lib. V, en la que se lee: «Esto es fuero de Castiella... cuando el marido murier, puede ella levar todos suos paños e suo lecho e sua mula ensellada e enfrenada, si la adujo...; e el mueble que trajo consigo en casamiento e la meitad de todas las ganancias que ganaron en uno.»

(2) Como prueba de ello puede aducirse una escritura de testamento de persona caracterizada (Yáñez de Ulloa, Consejero del rey Don Juan II), de mediados del siglo XV (1442), en la cual el escribano considera vigente en Toro el Fuero Juzgo ó de León, y cuyo testador había casado dos veces, una en este Reino y otra en el de Castilla, y tenía bienes en ambos, declarando las aportaciones hechas á cada uno de estos matrimonios, y que en los dos habían resultado gananciales, concluyendo por disponer que para la división de los del primer matrimonio se aplicara el Fuero Juzgo ó de

En suma, en el Fuero Viejo se consagra gran atención á cuanto se refiere á los bienes matrimoniales y á la guarda de los huérfanos, permitiendo mayor libertad al marido fidalgo en favor de su mujer, á título de arras, otorgando siempre á la esposa la adquisición de la mitad de las donaciones cuando hubiera mediado ósculo, y estableciendo los *gananciales*, según se deduce de lo antes dicho, como un régimen de excepción y privilegio para las clases nobles, refiriéndose á los hijosdalgo y ricos hombres, empleando siempre las palabras *caballero* y *dueña* (1), y reconociendo á la mujer el derecho de obtener gananciales, á la par que se le otorga para retirar su *mejoría* (2), que era derecho sólo concedido á las mujeres de la nobleza, únicas que gastaban tales medios y tenían semejantes usos.

Resulta predominante en ese Código la tendencia del Fuero Juzgo de no otorgar la patria potestad á la madre, y si sólo la tutela legítima, aunque con preferencia á los demás parientes.

El *Fuero Real* asienta los principios de *publicidad* y *solemnidad* en el matrimonio; limita por la edad de la contrayente la necesidad del consentimiento paterno, relevando de este requisito á la soltera que haya cumplido veinte años; opta, como tasa de las arras ó dote, por el tipo de uso más general, ó sea la *décima* de la ley visigoda, y habla de las donaciones de la esposa al esposo que ya las costumbres habían introducido, por lo general de escasa cuantía (3).

Por lo que toca á la institución de *gananciales*, la generaliza prepa-

León, y que la distribución de los del segundo se hiciera conforme al Derecho de Castilla, leyéndose, entre otras, una cláusula que no deja lugar á duda alguna sobre este punto: «Al tiempo que Isabel de Sant Johan, mi mujer (que Dios perdone) e yo casamos de consuno, nos desposamos en Toro por palabras de presente, e después solepnizamos las bodas, eso mesmo en la cibdad de Toro, la qual es fundada á fuero de tierra de León; el qual fuero es: que quando algunos casan, que lo que ganaren, que lo partan segund que cada uno truxo...» (Marina, *Ensayo histórico crítico sobre la legislación española*.)

También debe notarse aquí la existencia y práctica de los *pactos de hermandad de bienes* (*unitas viri et uxoris*), que sancionaron Fueros como los de Cuenca, Cáceres y Plasencia, los cuales no eran otra cosa que contratos de mutua cesión usufructuaria de los bienes entre los cónyuges en favor del sobreviviente, con visible perjuicio para los herederos; contratos revestidos de gran solemnidad, puesto que habian de celebrarse en domingo, después de la misa, y con la concurrencia de los herederos de ambos cónyuges.

Análogo derecho, aunque no tan extenso, era el de *viudedad*, según el cual el cónyuge superstite, si permanecía viudo, podría reservar en su posesión cierta parte de bienes de todas clases para atender á su subsistencia, si es que no los tenía propios ó gananciales suficientes. Atestiguan su existencia Fueros como los de Cáceres, Cuenca y Salamanca.

(1) «Si un cavallero e dueña son casados en uno e muere la dueña, etc.» (L. 5.^a, tít. 1.^o, lib. V, F. V.)

(2) «La mula ensellada e enfrenada, etc.» (L. 1.^a, ídem id.)

(3) En la ley 5.^a, tít. 2.^o, lib. III, resolviendo el caso de que, hecha la donación por la esposa al esposo, no se haya celebrado después el matrimonio, dejándola entonces sin efecto, aunque hubiera mediado ósculo, si es que no había existido también unión carnal.

rando su entrada en el Derecho *común*, haciéndole aplicable á todas las clases sociales, si bien restringida en su aplicación á los legítimamente casados ó matrimonios propiamente tales, usándose desde entonces las palabras *marido* y *mujer*, en vez de las de *caballero* y *dueña*, como en el Fuero Viejo, y decidiéndose resueltamente por la copropiedad y división *por iguales partes* entre los cónyuges, según las costumbres y fueros de Castilla, desterrando el criterio de la distribución *á prorrata* del Fuero Juzgo y de León (1), deroga, en realidad, el otro derecho de la mujer á la *mejoría* (2), que sancionó el Fuero Viejo, dejando reducidas todas las deducciones que podía hacer la mujer, aparte su mitad de gananciales, al lecho conyugal (3).

Aunque el Fuero Real mantiene la tendencia de que la *patria potestad* sea ejercida por ambos cónyuges, reduce considerablemente sus derechos y aumenta la personalidad del hijo de familia, conservando en lo demás, con leves diferencias, el cuadro de instituciones relativo al *Derecho de familia*, que se registraba en los Fueros municipales.

22. La formación de las *Partidas* plantea oficialmente el antagonismo entre dos tendencias legislativas, la romana y la nacional. Más que en ningún otro Código, en las *Partidas*, se contienen numerosas leyes relativas al matrimonio, mediante reproducciones de principios del Derecho romano y del Derecho canónico.

Se cambia el sistema dotal, estableciendo el *romano* en lugar del *germano* ó *español*, y se hace equivalente la institución germana de las *arras*, á la romana de la *donación propter nuptias*, que se otorgaban por el marido á la mujer en *compensación* de la dote, siendo desde entonces la mujer la que entrega al marido dicha dote, y no viceversa, pudiendo este último constituir *arras*, aunque con aquella equivocada denominación de *donación propter nuptias*, y también *donaciones*

(1) «Toda cosa que el marido e la mujer ganaren ó compraren ayanlo amos por medio.» (L. 1.^a, tít. 3.^o, lib. III, F. R.)

«Magüer el marido aya más que la mujer ó la mujer que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunales á amos á dos, e la heredad ó las otras cosas, donde vienen los frutos, ayalas el marido ó la mujer, cuyas eran ó sus herederos.» (L. 3.^a, ídem id.)

(2) Este derecho de *mejoría* no debe confundirse con el de *viudedad* que admitieron algunos Fueros, pues se concedían á distintas personas, y por bien opuestos motivos: el primero, á las mujeres nobles por razón de ostentación y nobleza; el segundo, á la mujer, ó al marido viudos y pobres para su subsistencia en la viudez.

(3) No sucedió lo mismo con el *pacto de hermandad de bienes*, admitido en varios Fueros de Castilla, de que antes se deja hecha mención, y que fué conservado en el Fuero Real, como costumbre muy arraigada, pero con la mejora de una gran limitación y reforma, consistente en que sólo pudiera pactarse entre los cónyuges que el caudal de los dos le poseyera el superstite mientras viviera, cuando este pacto se hiciera pasado un año desde que el matrimonio se celebró (para que no fuera producto de la ofuscación ó arrebató de la pasión al tiempo de casarse), si no hubiera hijos, y quedando sujeto á la nulidad, aun después de contraído, si sobreviniera prole. La razón que da la ley 9.^a, tít. 6.^o, lib. III, F. R., no puede ser más justa: «Non es derecho que los hijos, porque son fechos los casamientos, sean desheredados por essa razón.»

esponsalicias (*munera sponsalitia*, de los romanos) á favor de la mujer, si bien ésta es una liberalidad que puede tener carácter *mutuo* entre los cónyuges, y aun proceder de los extraños: de donde se deduce que, sin derogarse el Derecho de los Fueros en cuanto á las arras y donaciones esponsalicias, se introduce la dote romana, que es la que prevalece como *sistema dotal*, con el carácter que tuvo en la legislación justiniana, y que reprodujo la Ley (1), al definirla «el *algo* que da la mujer al marido por razón de casamiento».

Con un afán irreflexivo de copia, sin observar que no existía en España aquella doctrina romana que hacía depender la condición de heredero forzoso en los hijos ó descendientes de la indispensable circunstancia de hallarse sometidos á la patria potestad de su padre ó ascendiente, las leyes de Partida declararon obligatoria la constitución de dote para el padre, abuelo ó bisabuelo que tuviera bajo su patria potestad á la hija, nieta ó bisnieta, pero no para la que estuviere fuera de ella; se impone la obligación de dotar por excepción á la madre heterodoxa; y, en general, por lo que toca á los derechos de los cónyuges en la dote, reglas de su restitución, etc., se reproduce el Derecho romano justiniano, fijándose su tasa máxima en una equivalencia calculada con el importe de la legítima que la hija acreditase en la sucesión del constituyente de la dote, puesto que era como un *anticipo* de aquélla.

Subsistieron, como se ha dicho, en los términos que las estableció la legislación de los Fueros, las arras y demás donaciones del esposo á la esposa, hasta con una peligrosa amplitud, puesto que alguna ley (2) autorizó para otorgarlas lo mismo antes que después de celebrado el matrimonio, no obstante mantenerse con algunas adiciones del Derecho romano (3), el criterio legal prohibitivo de donaciones entre cónyuges.

Al tiempo de formarse las Partidas, las doctrinas y prácticas legales imperantes en cuanto á *gananciales* y materias similares, variaban desde su prohibición en algún sitio (4), su admisión, como en todos los demás, y aun en ciertas ciudades y villas (5) se exageró este sentido de comunidad de bienes entre cónyuges con el antes indicado *pacto de hermandad*; aceptando en unos territorios (6) y cuerpos legales (7), el criterio de la distribución *por igual*, y manteniendo en otros (8) el de la *prorrata* ó *proporción* con las aportaciones particulares de los casados (9).

(1) 1.^a, tit. 11, Part. IV.

(2) 3.^a, ídem, íd.

(3) LL. 4.^a, 5.^a y 6.^a, ídem, íd.

(4) Como en Córdoba.

(5) Cáceres, Plasencia, Cuenca.

(6) Los de Castilla.

(7) Fuero Viejo, Fuero Real y otros citados.

(8) Los del antiguo reino de León y el Fuero Juzgo.

(9) Esto sin contar algo más excepcional en materias de comunidad de bienes entre cónyuges, como el Fuero observado en algunos pueblos, cuyo origen es desconocido,

Es cierto que las Partidas no reglamentaron esta institución, ni la hicieron objeto de confirmación especial, ni tampoco la derogaron ni prohibieron expresa y determinadamente, ni siquiera de modo tácito y virtual, pudiendo y sólo puede decirse con fundamento que únicamente la *modificaron* en algunas de sus aplicaciones, por incompatibilidad de ellas con ciertas nuevas reglas de este Código, inspiradas en el criterio del Derecho romano, respecto de las arras y de la dote. Antes bien, la obra legal maestra de D. Alfonso X contiene pasajes de explícito reconocimiento en cuanto á la subsistencia de la doctrina de *gananciales*, según lo demuestran algunas de sus leyes (1), mediante las cuales se ofreció solución á dificultades y conflictos de usos legales contradictorios en materia de *gananciales*; lo que es una buena prueba de que el Código alfonsino no se propuso su derogación, aun cuando no se ocupara de su confirmación expresa y menos de su reglamentación. De todo esto se deduce que el propósito de las Partidas en este punto fué respetar las diversas costumbres y Derecho establecido acerca de los *gananciales* y, por ende, mantener viva esta institución, cualquiera que fuese la variedad de sus desenvolvimientos y prácticas en los diferentes territorios, villas y ciudades en que era conocida.

Aquellas modificaciones, cuyo efecto hubiera sido el restringir de algún modo la institución de *gananciales*, son las que daba por resultado la doctrina romana, trasladada á las Partidas, de que el marido,

por el cual se llegaron á considerar indebidamente como *gananciales*, pertenecientes á cada cónyuge, la mitad del valor de las aportaciones hechas al matrimonio por el otro, de lo que da testimonio la Ley 206 de las del Estilo, de términos algo confusos, al decir: «Otro sí, han por uso en algunos Lugares, do son los Mercaderes, porque han lo suyo todo lo más en mueble, y que si las mujeres con quien son casados, han heredad, ó otras cosas de su matrimonio, ó que son suyas en otra manera y vende el marido con consentimiento de su mujer alguna heredad de las suyas, ó si vende todo lo de la mujer, *había el marido su meytad en todo*; y si la mujer no consiente que se vendan sus bienes, es así de uso, que *había el marido la meytad en todos sus bienes de la mujer*, y esto es porque la mujer quiere haber la meytad en todo lo que ha su marido, que lo ha en todo en mueble, á lo más; y es así *comunaleza* que haya el marido la meytad en los bienes de la mujer.»

(1) La 24.^a, tit. 11, Part. IV, que dice: «Acontesce muchas vegadas que quando casan el marido e la mujer... facen su avenencia, en que manera ayan *lo que ganaren* de consuno. E despues que son casados acaesce, que vienen á morar á otra tierra en que usan *costumbre* contraria de aquel pleito, ó de aquella avenencia que ellos pusieron. E porque podría acaescer dubda, quando muriese alguno dellos, si deue ser guardado el pleito que pusieron entre sí ante que casassen, ó quando se casaron ó la costumbre de aquella tierra do se mudaron, por ende los queremos departir. E dezimos que el pleito que ellos pusieron entre sí deue valer en la manera que se avinieron... e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuesen á morar. E esso mismo sería magüer ellos non pusiessen pleito entre sí: ca la costumbre de aquella tierra donde fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes, e en las arras, e en *las ganancias* que fizieron; e non la de aquel logar do se cambiaron.»

La 15.^a, tit. 17, Part. VII, en la que se lee: «Si alguna mujer casada saliesse fuera de casa de su marido, e fuesse á casa de algún ome sospechoso, contra voluntad de su marido ó contra su defendimiento... deue perder por ende la dote, e las arras, e los otros bienes que ganaron de consuno, e ser del marido.»