

como obligado á soportar las cargas del matrimonio, hiciera exclusivamente suyos los frutos de las arras (donaciones *propter nuptias*) y de la dote estimada ó inestimada, y hasta las accesiones de la primera y los de la segunda, en los casos en que la dote fuera *electionis causa* y la elección del marido que prefiriera devolver el valor de la estimación de la dote y no los mismos bienes en que consistiera (1); pero aun respecto de ellas, por su marcada antinomia con otras (2) bien explícitas en afirmar el respeto al estado legal y consuetudinario del régimen vigente de *gananciales*, es más racional entender que sólo se dictaron para los casos y lugares en que no se practicara dicho régimen (3).

Todo esto no quiere decir que no hubiera sido muy preferible y propio en un Código de la época y de la importancia de las Partidas, ofrecer criterio más explícito y declaraciones más terminantes, que á la vez habrían evitado grandes dificultades á los Tribunales, muchas inquietudes, disgustos y pleitos á las familias, y tal número de aclaraciones ulteriores como se reputaron necesarias por la multiplicidad de fueros y leyes y deficiencia ó contradicción de sus reglas.

Ejemplo de aquéllas son las contenidas en las *leyes del Estilo* (4): estableciendo la presunción legal de que todos los bienes existentes en un matrimonio debían reputarse gananciales, mientras no se probara que eran de la pertenencia particular de uno de los cónyuges, facultando al marido para enajenar los bienes gananciales en caso de necesidad, cuando lo verificase sin mala fe ni propósito de damnificar á la mujer; fijando la responsabilidad de ésta en las deudas contraídas por el marido, sin su intervención, si resultaban en su utilidad, así como que responderían solidariamente ambos cónyuges si las deudas se contraían mancomunadamente por los dos, no siendo lícito á la mujer excepcionar su condición de menor, lo mismo que respondería la mujer, conjuntamente con el marido, del alcance á favor de fondos públicos que fuera imputable á éste por el desempeño de cargos públicos, fuera del caso en que hubiera renunciado á la parte de ganancias por este concepto, ya que también disfrutaría de la mitad de todos los beneficios de aquellos actos por su derecho á los gananciales (5).

(1) LL. 7.^a, 9.^a, 18, 20, 21 y 25, tit. 11, Part. IV.

(2) Las 24.^a, tit. 11, Part. IV, y 15.^a, tit. 17, Part. VII, antes citadas.

(3) Comprueba este respeto de las leyes de Partida al Derecho establecido acerca de este punto de las relaciones patrimoniales de los cónyuges, ó por lo menos su falta de espíritu opuesto á la idea de alguna *comunidad* entre ellos, la ley 23.^a, tit. 11, Part. IV, que admite el *pacto de hermandad* y confirma lo dispuesto respecto del mismo, por el Fuero Real.

(4) 203, 205, 207 y 223.

(5) Asimismo lo es la declaración de D. Enrique IV en las Cortes de Nieva de 1473, cuyo propósito fué afirmar la subsistencia de las leyes del Fuero Real y del Estilo, á pesar de cualquiera modificación que pudiera resultar de las Partidas, resolviendo: que la viuda que hiciese vida licenciosa perdiera su mitad de gananciales; que no tuvieran esta consideración las adquisiciones por título singular lucrativo de cualquiera de los cónyuges, pero sí sus frutos; y que el marido pudiera enajenar los bienes gananciales

Las tendencias de las Partidas en punto á la organización familiar fueron las de debilitar más bien que fortalecer el espíritu de *igualdad* que en la relación conyugal ofrecían las organizaciones legales anteriores, más conformes con el sentido germánico que las inspiraba, según lo acredita la introducción del régimen dotal romano, la exclusión de la patria potestad de la madre, y otras aplicaciones de igual criterio restrictivo y diferencial.

Lo más trascendental, sin duda, en cuanto á la organización de la familia castellana, que las Partidas ofrecen, es el cambio completo en el sistema de *patria potestad*, apartándose de la tendencia de la legislación foral, encaminada á reconocerla en ambos cónyuges, é importando á nuestro Derecho la doctrina romana, mediante la cual se sustituía esta función natural de la familia, que el padre y la madre podían ejercer, por aquel *patriarcado*, que otorga la patria potestad al ascendiente de grado superior, entre los que vivan, sean los bisabuelos, abuelos ó padres, reglamentando minuciosamente, como otras causas de la patria potestad, la *legitimación* y la *adopción*, con la variedad de las mismas especies admitidas en Roma.

23. Indiferente fué, por lo que á la *familia* se refiere, la publicación del *Ordenamiento de Alcalá*; pero no puede decirse lo mismo de las llamadas *leyes del Estilo*, pues que en algunas se contienen preceptos de importancia relativos á las donaciones por causa de matrimonio, á los gananciales, según queda expuesto, á la restitución *in integrum* de los emancipados menores de edad, y á la capacidad civil de la mujer casada, prohibiéndole pactar fianza y celebrar contrato alguno sin licencia del marido, fuera de contados casos de excepción.

ART. III

LA FAMILIA CASTELLANA, DESDE LOS REYES CATÓLICOS HASTA DESPUÉS DE LA PUBLICACIÓN DE LA NUEVA Y DE LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

24. Con las *Ordenanzas reales de Castilla*, ú *Ordenamiento de Montalvo*, aparece de nuevo el enaltecimiento de la institución de *esponsales* y se reproduce la pena de desheredación para la soltera que se casara sin el consentimiento de sus padres y, en su defecto, de sus hermanos. Otra vez, también, manifestóse más visible el deseo del legislado de fomentar la población, llegando á permitir á la viuda que pudiera contraer libremente matrimonio durante el primer año siguiente á la muerte del marido, y derogando, por tanto, la racional prohibición del Derecho anterior en punto tan delicado. Se reproducen en esta colec-

en las condiciones indicadas, sin necesidad de la concurrencia y conformidad de la mujer, siempre que no fuera hecha la enajenación con ánimo de defraudar los derechos de aquélla.

ción las tres leyes en observancia del Fuero Real (1) y la de D. Enrique IV en las Cortes de Nieva (2), sobre *gananciales*.

25. Á las *Leyes de Toro* toca restituir la familia castellana, y la patria potestad civil que la rige, á su genuino sentido anterior, destruyendo aquella especie de *patriarcado civil*, de origen romano.

Cambio de base en la organización familiar, mayor reglamentación acerca de la capacidad civil de la mujer casada, novedades en la condición y derechos de la prole ilegítima y otras disposiciones de influencia en el régimen económico de la familia, son los nuevos importantes aspectos de las leyes de Toro, por lo que se refiere al Derecho concerniente á aquélla en Castilla.

Modifícase, en efecto, fundamentalmente la organización de la familia, haciendo imposible la *patria potestad* de los ascendientes y dejando reducido este poder al padre, desde el momento en que se hace del matrimonio de los hijos causa de emancipación legal, perdiendo el padre y adquiriendo el hijo, por tal hecho, el usufructo de los bienes adventicios.

En orden á la constitución de la familia por el matrimonio, nótese también que las leyes de Toro, las cuales precedieron en cerca de medio siglo á la *Reforma Tridentina* en materia matrimonial y en algo más de ese tiempo á su introducción en España como ley temporal y civil, procuraron disminuir el considerable número de matrimonios *clandestinos* que venían celebrándose, imponiendo á los contrayentes de ellos las penas de expatriación y ocupación de temporalidades y hasta originando en estos hechos, impropias causas legales de desheredación.

Reglaméntase en esta colección legal con cierta minuciosidad la capacidad civil de la mujer casada, respondiendo en este punto al principio de la unidad de gestión de intereses de la sociedad conyugal y al temor de que se perjudiquen fuera del influjo de las iniciativas y jefatura del marido, sin que deba entenderse que tal limitación de la capacidad de obrar de la mujer casada pudiera obedecer, como algunos han creído, á la mera consideración de la debilidad del sexo. Buena prueba de ello es que su capacidad civil para nada está restringida por la autoridad del marido en orden á su disposición testamentaria, y en las hipótesis de ausencia ó incompatibilidades de intereses por parte de éste se sule el defecto de capacidad de aquélla con la habilitación judicial; siendo también visible el criterio de la ley de sustraerla, en lo que á su patrimonio particular se refiere, de la posible coacción moral del marido, al prohibirle constituir fianza y contraer obligaciones mancomunadas con éste, fuera de muy singulares casos de excepción, y dentro también de ciertos límites.

Se sancionó de nuevo la célebre ley del *ósculo*, que hacía á la esposa dueña de la mitad de lo que se le hubiera dado ú ofrecido por el esposo que la hubiere besado, cuando fracasaba el proyecto matrimonial sin

(1) 1.^a, 2.^a y 3.^a, tit. 3.^o, lib. III.

(2) Citada en nota anterior.

culpa de ella, así como sometía al hecho de la consumación del matrimonio la adquisición definitiva de las donaciones que se le hubieren hecho, si bien se la obligaba, lo mismo que á sus herederos, una vez disuelto aquél, á que optasen entre las arras ú otras donaciones; modo por el cual, y por el de la tasa de unas y otras, cuando estas últimas procedían del marido, se trató de restringir la prodigalidad á que autorizaron leyes anteriores y los sentimientos caballerescos de la Edad Media.

En el régimen económico de la familia merecen también especial mención algunas importantes disposiciones relativas á los *gananciales*, que provocaron, por cierto, famosas polémicas entre los comentaristas; tales, como la que declaró de libre disposición en el concepto de propios, y, por tanto, exceptuados de *reservar* la mitad de gananciales correspondientes al cónyuge viudo; la que determinó no se imputara en su parte de gananciales el legado que el marido hiciese á la mujer; la que excluyó del derecho á gananciales las mejoras realizadas en bienes de mayorazgo; la que estableció que, renunciando la mujer á las ganancias, no se le obligara á responder de las deudas que el marido hubiese contraído durante el matrimonio; la que declaró ineficaces para la mujer las obligaciones mancomunadas contraídas con el marido y la fianza que aquélla otorgara en garantía de las que contrajera el mismo, fuera de algún caso de excepción, y dentro de ciertos límites; y las que resolvieron que la responsabilidad penal de un cónyuge no alcanzase á la mitad de bienes gananciales del otro, siendo con su mitad responsable la mujer cuando fuera la delincuente (1).

Se modifica substancialmente el concepto de la prole ilegítima *natural*, inspirándose las leyes de Toro para ello en un criterio sumamente lato; y, por el contrario, se aceptan calificaciones y conceptos respecto de otras especies de prole ilegítima, como los hijos llamados de *dañado y punible ayuntamiento*, y los *sacrilegos*, cuyo sentido, respecto á los primeros, es anticuado y oscuro, así como se restringen, tal vez con exceso, sus escasos derechos, haciéndoles sufrir con sobrado rigor las consecuencias de un origen de que ellos no deben ser responsables.

26. Con la *Nueva Recopilación*, revélase, otra vez, en el espíritu del legislador, el deseo de fomentar la población y estimular la celebración de matrimonios, concediendo prerrogativas á los casados, ya de carácter *civil*, como una venia especial de edad á los maridos mayores de *diez y ocho años* para administrar sus bienes y los de su mujer, ya de un orden *administrativo y fiscal*, constituyendo motivos de excusa para los cargos concejiles y de exención de tributos durante los *dos* primeros años de su matrimonio. Aunque tarde, advierte al fin el legislador la necesidad de condenar aquel absurdo atentado contra la libertad moral de que ofrecen vergonzoso testimonio algunas antiguas leyes, y se decide á declarar nulo el matrimonio contraído en virtud de Real carta ó mandamiento dictado para que una mujer se case contra su voluntad.

(1) LL. 14.^a, 16.^a, 46.^a, 60.^a, 61.^a, 77.^a y 78.^a

Muéstrase restrictivo este cuerpo legal en cuanto á las *dotes*, cuya tasa reglamenta según el tipo de fortuna del constituyente, con un criterio enérgico, que cayó en seguida en desuso por impracticable; y trata de moderar la tendencia de los tiempos á facilitar por parte de los padres el matrimonio de sus hijas, dotándolas largamente en perjuicio de los demás hijos, prohibiendo al efecto que las hijas puedan ser mejoradas expresa ni tácitamente, ó sea prescribiendo que la dote no pueda pasar de la legítima, computada por el caudal relicto al tiempo del fallecimiento del padre que la constituyó, y revocándose en todo los demás por inoficiosa. Igual criterio de restricción y de tasa se lleva á las *donaciones esponsalicias* otorgadas por el esposo ó la esposa, y hasta se llega á privar de acción á los vendedores de efectos comprados para regalos de boda, si hubieran sido vendidos al fiado. El régimen económico de la familia se organiza sobre la presunción de ser *bienes gananciales* todos los existentes al tiempo de la disolución del matrimonio, respecto de los que no se pruebe que son de la propiedad particular de uno de los cónyuges (1), y se reproducen las leyes incluídas en las Ordenanzas reales, las del Estilo y las de Toro, antes mencionadas, respecto á *gananciales*, no lográndose todavía en ese tiempo la uniformidad del Derecho en este punto (2).

27. Expresiva de todo un sistema matrimonial en orden á la constitución del mismo desde el punto de vista de sus formas, condiciones de celebración y capacidad de los contrayentes y de su eficacia total ante la ley civil, se ofrece en la *Novísima Recopilación*, coleccionada por la ley 13.^a, tít. 1.^o, lib. I, la célebre Real Cédula de Felipe II de 12 de Julio de 1564, admitiendo como ley del Reino la *Reforma Tridentina*, así como otras Pragmáticas (3) que reglamentaron la materia del consentimiento del padre ó de otras personas para el matrimonio de los hijos y menores, llegando la última al extremo de considerar estos asuntos familiares materia apropiada para la intervención de ciertas autoridades, mediante el recurso de alzada que los interesados interpusieran ante ellas de la negativa del consentimiento de las personas llamadas á prestarle.

En orden á los bienes de la familia se registran en este Código, aparte la reproducción de leyes anteriores, otras que derogan las llamadas *costumbres holgazanas ó cordobesas*, que privaban á la mujer del derecho á la mitad de gananciales, disfrutados por ésta en todo el territorio regido

(1) Que es el principio establecido por la ley 203 del Estilo.

(2) Por la diversidad de costumbres y fueros que privaban de autoridad general á aquellas leyes, tales como en los pueblos fundados á Fuero de León, porque no había desaparecido del todo la fuerza del *Forum Iudicum*, según se ha visto por documentos antes citados, el *Fuero del Baylio* que establecía la comunidad de bienes para ciertos lugares, y las mismas *costumbres holgazanas ó cordobesas*, que negaban á la mujer, en lo que fué reino de Córdoba, todo derecho á los gananciales.

(3) De Carlos III y Carlos IV, de 23 de Marzo de 1776 y 10 de Abril de 1803, que son las leyes 12.^a y 13.^a, tít. 11, lib. X, Nov. Rec.

por el Derecho de Castilla (1); así como se conservó el *Fuero del Baylio* (2), que sanciona, según queda expuesto, el *régimen de comunidad* de todos los bienes que los cónyuges hubiesen aportado al matrimonio, sin necesidad de expresa capitulación que lo determinara, y cuyo Fuero es aplicable á varias ciudades, como Alburquerque y Jerez de los Caballeros.

ART. IV

LA FAMILIA CASTELLANA EN LA ESPAÑA MODERNA

28. Con posterioridad á la Novísima Recopilación y hasta la ley de *Matrimonio civil*, disposiciones complementarias á que dió lugar, y su inconstitucional derogación por el decreto de 9 de Febrero de 1875 no se registran otros preceptos legales que á la historia del *Derecho de familia* en España se refieran, que el decreto de 22 de Junio de 1821, mandando observar las disposiciones del Concilio de Trento, que autorizó á los párrocos para la celebración del matrimonio de sus feligreses sin necesidad de la licencia del Diocesano, y la ley de 20 de Junio de 1862, titulada de *disenso paterno* (3), con la cual se robusteció la autoridad del padre y, en general, el orden familiar, haciendo desaparecer la invasión en éste del poder administrativo, que había producido la Pragmática de 1803.

29. La familia española en Castilla, hasta la *ley de Matrimonio civil* y la publicación del *Código*, no ofrece un carácter simple y definido, sino una condición compleja y mixta en sus tendencias, informada por las corrientes opuestas del elemento romano y del germano; el primero, sin la dureza de relaciones, absorción por el jefe y rigores de autoridad en éste de la familia romana primitiva, ni tampoco el segundo, con aquella sencillez, sentido individual, mezclado con el gran principio de solidaridad familiar y criterio de protección y tutela, que caracterizaban la familia germana.

Concurren, en efecto, á determinar influencias varias en el régimen de la familia castellana elementos legislativos tan opuestos, como lo son reminiscencias muy marcadas de principios de las mismas leyes de las XII Tablas, á la vez que otras reglas nacidas del Fuero Juzgo, criterio legal vario de los Fueros municipales, fórmulas de aclaración y rectificación de las leyes de Toro y de la Hipotecaria, producto de la época moderna, al mismo tiempo que cierto influjo de los principios del Derecho público contemporáneo; todo mezclado y reunido en extraña y heterogénea combinación.

(1) Derogadas, y sometido aquel territorio al régimen común, mandando que, en materia de gananciales, se guardara lo que se practicaba ya con uniformidad en Castilla y León, por D. Carlos IV en 1801. (L. 13.^a, tít. 4.^o, lib. X, Nov. Rec.)

(2) Fué confirmado por D. Carlos III en 1778. (L. 12.^a, tít. 4.^o, lib. X, Nov. Rec.)

(3) Todas se enumeran en el núm. 7 c, cap. 21, t. I, 2.^a edic.

La *copropiedad* de la familia no existe entre los miembros de ella; sólo el padre es el propietario y puede disponer libremente por actos entre vivos de todo su patrimonio; y, sin embargo, no puede obrar con igual libertad por causa de muerte, porque á ello se oponen las *legítimas*; su mismo derecho de dominio varía, según que se trate de sus propios bienes, ó de los dotales y parafernales entregados por la mujer, de los cuales, ó de su importe, debe responder para su devolución en el momento oportuno; la mujer debe entregar la dote á su marido, y, sin embargo, puede conservar ó no, según sea su voluntad, la administración de los parafernales; pero este derecho de administrar resulta muy atenuado, si se atiende á la necesidad que, para todos los actos, tiene de suplir su defecto de capacidad de obrar por el consentimiento del marido ó la habilitación judicial subsidiaria; goza la mujer de iguales derechos que el marido, llegada la época de la división de los gananciales, y esto no obstante, sus derechos sucesorios en la herencia de aquél, no pueden ser más mezquinos y postergados que lo son cuando han de anteponérsele hasta los colaterales del cuarto grado, de modo que, siendo los gananciales cuantiosos, su suerte queda asegurada como miembro de aquella sociedad legal, y no existiendo gananciales, podía aspirar, á lo sumo, al mermado recurso de la *cuarta marital* de la viuda pobre, ó á la liberalidad escasa, pero única posible, del *quinto* que el marido pudiera legarle, si tal fué su voluntad, existiendo descendencia.

Sus relaciones con ésta no pueden ser más desairadas, falta como estaba de la patria potestad, y obligada á pasar por la amargura de tolerar la intervención de un extraño que hubiera sido nombrado tutor para sus hijos.

La misma garantía que la mujer tiene para asegurar los créditos dotales y otras aportaciones matrimoniales la deja en situación económica difícil por su defecto de capacidad de obrar, unida á las condiciones exigidas para la enajenación y gravamen de esa clase de bienes.

La falta de toda aplicación familiar, que durante la existencia de la familia misma, en el sentido estricto de las palabras *cónyuges* é *hijos*, tienen los parientes todos de la línea colateral, contrasta notablemente con la situación y derechos de dichos colaterales, cuando muerto uno de los cónyuges vienen á heredarle hasta los parientes del *décimo grado*; de manera que lo que no se tiene en cuenta, como motivo y vínculo familiar en vida, se exagera y extrema para la sucesión hereditaria que la muerte ocasiona.

30. La ley de *Matrimonio civil* corrigió alguno de estos fundamentales errores, al otorgar á la madre la *patria potestad* en defecto del padre, y con ella todos los derechos, provechos y funciones de protección que tal poder civil familiar trae consigo. Pero la obra de la reorganización familiar, conforme á los buenos principios, no pudo ser completa en aquella ley por la especialidad de su asunto; y al Código civil tocaba hacerla objeto de todos los posibles perfeccionamientos.

31. Ciertamente es que en dicho Código civil se provee con fórmulas, más

ó menos felices y suficientes, á la necesidad de algunas reformas en el orden familiar.

Sin descender ahora á una enumeración, aunque de expresión sintética—que se deja anticipada en otro lugar de esta obra (1)—de las novedades que el Código trajo al régimen de la familia española, y juzgar acerca de ellas y, en general, respecto de su espíritu, tendencias y contenido en este punto, particulares todos cuyo desarrollo definitivo corresponde al estudio de las distintas instituciones civiles familiares (2), resulta que, en cierta medida, reconoce el principio de *secularización* del matrimonio como institución social, distinguiendo las *dos formas* del matrimonio *canónico* y *civil*; lleva el principio de *libertad* al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, pero con el carácter de *irreformables* en lo sucesivo; otorga la patria potestad subsidiaria á la madre, si bien no llega al debido reconocimiento por igual en favor del padre y de la madre de ser la patria potestad una *función* á la que *ambos cónyuges tienen derecho*, aunque la preferencia para la *representación* de ella pueda y deba corresponder al padre en ciertos aspectos, siquiera sean los más principales de su ejercicio; extiende la acción de la patria potestad á los hijos naturales; ampara la autoridad de los padres con el concurso del Poder público para la detención y reclusión de los hijos en establecimientos destinados al efecto; niega la patria potestad, por regla general, á la madre, cuando contrae segundas nupcias; hace desaparecer las instituciones de *tutela* y *curatela*, unificándolas con el nombre de *tutela*, lo mismo por razón de menor edad que de incapacidad, é introduce nuevas instituciones como el *consejo de familia* (3), la *protutela* y el *Registro de tutelas*; sanciona los derechos del cónyuge viudo; reglamenta la ausencia; modifica el concepto de los hijos naturales; prohíbe la investigación de la paternidad, por regla general; legisla con mayor extensión acerca de los principios de la *deuda alimenticia*; exagera el sentido de la dote obligatoria; reforma el tipo legal de la *mayor edad*, y deroga el beneficio de *restitución in integrum* que los menores, incapacitados y personas jurídicas gozaban según el Derecho anterior.

(1) Núm. 17 c, cap. 29, t. I, 2.^a edic.

(2) Que forman el asunto propio de este volumen en los sucesivos capítulos del mismo.

(3) En opinión de ciertos escritores, que no deja de tener algún indirecto fundamento, la institución del *consejo de familia* se ofrece «ya indicada, más ó menos explícitamente, en los Fueros Juzgo, Viejo y Real, y, sin embargo, parece volver á nuestra patria por el camino de la imitación extranjera». Moret y Silvela, *La familia foral y la familia castellana*. Madrid, 1863.