ENTRE ORDENAMIENTOS Y CÓDIGOS

Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro

MANUEL ÁNGEL BERMEJO CASTRILLO

Entre ordenamientos y códigos

Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro de 1505

Manuel Ángel Bermejo Castrillo

EDITORIAL DYKINSON
2009

© 2009 Manuel Ángel Bermejo Castrillo

Venta: Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.com

Diseño Cubierta: Antonio Lozano

ISBN: 978-84-9849-836-3

Depósito Legal: M

A Carolina

ÍNDICE

PREFACIO 15

CAPÍTULO I - FILIACIÓN Y LEGITIMIDAD 23
1. Acerca del concepto de hijo natural 23
a. Sistema de filiación 23
b. La condición de hijo natural con anterioridad a las leyes de Toro 24
c. La controvertida solución de la ley 11 de Toro 33
d. Reformas codificadas y fijación del estatuto del hijo natural . . 37
2. Mecanismos de legitimación de los hijos naturales 50
a. Formas de legitimación en el derecho tradicional y en las Partidas 50
b. Restricciones a la legitimación por rescripto del príncipe en la ley 12 de Toro 57
c. Proceso codificador y azarosa pervivencia de la legitimación por decreto regio 60
3. Derechos sucesorios y de alimentos del hijo no legítimo 66
a. Posición hereditaria del hijo no legitimado 66
b. Provisión de alimentos 78
c. Superación de la legislación toresana en el derecho codificado 85
4. Adquisición de la personalidad jurídica por el recién nacido 93

CAPÍTULO II - NATURALEZA SACRAMENTAL DEL MATRIMONIO Y CONDENA DE LAS UNIONES ILEGÍTIMAS . . 107
1. Intentos de erradicación de las relaciones de convivencia extraconyugales 107
2. Prohibición de los matrimonios clandestinos 119
a. La larga pugna de la iglesia por la sacralización y la sujeción a solemnidades del matrimonio 119
b. Reflejo del problema en la legislación secular e intervencionismo del poder monárquico en la ley 49 de Toro 121
c. Medidas contra los matrimonios clandestinos en los primeros textos codificados 124
d. Avances en el proceso de secularización del matrimonio 129
3. La falta de consentimiento para el matrimonio como causa de desheredación 140

a. La pena de separación de la herencia por ausencia del consentimiento en la tradición jurídica medieval y en la ley 49 de Toro 140
b. Exigencia de la autorización familiar para el casamiento y consecuencias de su omisión en el derecho de la codificación 144
4. Exclusividad del vínculo conyugal. Consecuencias penales y económicas del adulterio 157
a. Represión de las relaciones adúlteras en los derechos municipales 157
b. Tratamiento del delito de adulterio en el derecho regio 164
c. Reglas uniformadoras en la legislación de Toro 172
d. Delimitación de los supuestos punibles y moderación de las penas en el derecho codificado 182

CAPÍTULO III - APORTACIONES PATRIMONIALES POR RAZÓN DEL MATRIMONIO 193
1. Transformación de los sistemas dotales 193
2. Configuración legal de la *donatio propter nuptias* como institución diferenciada de las arras 198
3. Modificaciones en el régimen de las arras 208
a. Limitaciones en la cuantía 208
b. Momento de constitución, titularidad y destino de las arras . 222
4. Donaciones esponsalicias 231
a. Naturaleza, composición y vigencia de la ley del ósculo 231
b. La ley 52 de Toro y su interpretación doctrinal 238
c. Intentos de acotación del incremento de su importe 243
5. Simplificación de las aportaciones masculinas en el derecho de la codificación 247
6. Ajustes en la regulación de la dote femenina 263
a. Importe de la dote y vinculación a los derechos hereditarios 263
b. Bienes que entran en su composición 277
c. Evolución y transformación de la dote en el proceso codificador 283
Bienes dotales y parafernales 283
Cuantía y relación con la legítima 289
Composición 294

CAPÍTULO IV - RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL 299
1. La comunidad de gananciales 299
a. Origen histórico y características de este sistema de organización patrimonial de la unidad matrimonial 299
b. Presencia en los distintos ordenamientos jurídicos 314
c. El régimen de gananciales en las leyes de Toro 321
d. Proceso codificador y quiebra de la exclusividad legal de la sociedad de gananciales 324
2. Titularidad, administración y capacidad de disposición del patrimonio conyugal 341
a. Alcance y límites de las respectivas atribuciones de los integrantes de la pareja casada 341
b. Reforzamiento de la posición dominante del marido en el derecho de la codificación 349
Supuestos de ausencia del marido 349
Su regulación en los sucesivos proyectos de código civil . . . 352
3. Reparto de la carga de las pérdidas y las deudas de la sociedad conyugal 375
a. Transmisión de responsabilidades en perjuicio de la mujer . 375
b. Medidas protectoras introducidas por el legislador de Toro . 380
c. Determinación de las cargas y obligaciones matrimoniales a lo largo de la codificación 385
4. Transferencia de responsabilidades por actos delictivos 390
5. Bienes sujetos a reserva en la liquidación de la comunidad de gananciales 398
a. Bienes exentos de reserva según la ley 14 de Toro 399
b. Medidas preventivas frente al matrimonio de la viuda 401
c. Modificaciones en la disciplina legal de la reserva binupcial . 408

CAPÍTULO V - LIMITACIONES A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER CASADA 425
1. Condición femenina dentro del matrimonio en la sociedad medieval 425
2. Actuaciones requeridas de licencia marital 429
a. Restricciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en la tradición jurídica medieval 429
b. Licencia general 436
c. Licencia para actos particulares 439

Aceptación y repudiación de herencia 439
Contratar, cuasicontratar y redimir obligaciones y deudas 442
Comparecencia en juicio y capacidad procesal 447
d. Ratificación de las actuaciones efectuadas sin licencia 453
e. Licencia judicial 455
2. Ámbito de incapacidad no subsanable 459
a. Prohibición de constituir fianza a favor del marido 460
b. Adquisición de obligación mancomunada 465
c. Contribución a las cargas y deudas debidas al fisco regio 469
3. Restricciones a la capacidad uxórica en el derecho de la codificación 471
a. Asimilación y adaptación de la legislación de Toro en los sucesivos proyectos codificadores 471
Proyectos de código civil de 1821 y 1836 471
Proyecto de código civil de 1851 484
Última etapa del proceso codificador: del proyecto de Romero Ortiz de 1869 al anteproyecto de Código civil de 1882-1888 491
b. Consolidación del deterioro del estatuto jurídico de la mujer casada en el código civil 498

CAPÍTULO VI - FACULTADES PATRIMONIALES Y VÍAS DE EMANCIPACIÓN DEL HIJO SUJETO A LA PATRIA POTESTAD . 505
1. Contenido de la patria potestad en el derecho tradicional castellano 505
2. Recuperación del régimen romano justinianeo en las Partidas . 511
3. Correcciones introducidas por las leyes 47 y 48 de Toro 516
4. Formas de terminación de la patria potestad y desvirtuación del sistema de peculios en el derecho de la codificación 522

CAPÍTULO VII - INSTITUCIONALIZACIÓN LEGAL DEL MAYORAZGO 549
1. Orígenes, evolución y rasgos definidores del mayorazgo con anterioridad a las leyes de Toro 550
2. Principios organizadores del orden sucesorio regular: primogenitura y representación 558
3. Fundación del mayorazgo y mayorazgo sin fundación 564
4. Supuestos de irrevocabilidad del mayorazgo 578

5. Transmisión del mayorazgo y juicio de tenuta 580
6. Sujeción de ampliaciones, añadidos y mejoras al régimen de vinculación 585
7. De Toro a las leyes desvinculadoras 589

EPÍLOGO – EL ORDENAMIENTO EN EL CÓDIGO 605

FUENTES 617
1. Normativas y documentales 617
2. Doctrinales 623

BIBLIOGRAFÍA 631

PREFACIO

Hace pocos años se cumplió el quinto centenario de la celebración de las célebres Cortes reunidas en la ciudad de Toro en los primeros meses del año 1505[1], con el trascendental colofón de la promulgación, a través de una pragmática dictada por la reina Juana, de ochenta y tres importantes leyes llamadas a jugar un extraordinario papel en los siglos posteriores, no solo por la importancia de su contenido, sino también por la avalancha de comentarios y discusiones doctrinales a los que el afán por afinar su interpretación y colmar sus silencios y lagunas dio lugar[2].

La relevancia excepcional adquirida por las famosas leyes toresanas en el largo período que transcurre entre su aparición y la problemática culminación del proceso codificador del derecho civil en nuestro país ha sido, en efecto, reiteradamente reconocida y subrayada por los autores,

1 Para conmemorar esta efemérides, se organizó, bajo la dirección de B. González Alonso, un encuentro científico que proporcionó la base para la publicación de un volumen colectivo en el que tuve la oportunidad de participar con un trabajo titulado «Las leyes de Toro y la regulación de las relaciones familiares», en B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, Salamanca, Cortes de Castilla y León-Ayuntamiento de Toro, 2006, 383-548. El presente libro responde, ahora, al deseo de profundizar en algunos de los aspectos tocados en dicho trabajo y de ampliarlo, introduciendo algún nuevo apartado y extendiendo el período cronológico de su alcance, con el fin de analizar la huella dejada por estas leyes en el proceso codificador en los ámbitos civil y penal.

2 Una relación de sus más importantes intérpretes y un juicio personalizado de cada uno de ellos en: F. L. Pacheco Caballero, «Las leyes de Toro y sus comentaristas desde el siglo XVI al XIX», en B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, Salamanca, 597-636.

en alusión, preferentemente, a dos apartados fundamentales en los que penetraba su redacción. En primer lugar, por reiterar, con algunas adiciones, contribuyendo, con ello, a extender su vigencia, el sistema de fuentes aplicable en la determinación de los pleitos y causas judiciales, o si se prefiere, la jerarquía de jurisdicciones[3], establecida en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, y reforzar esta confirmación con un mandato a los letrados para que estudiasen las leyes, ordenamientos, pragmáticas y Partidas del reino, persiguiendo con ello paliar la inobservancia generalizada de las mismas, que venía siendo reiteradamente atestiguada y denunciada. Un enunciado, el de la ley que inaugura la secuencia de las integradas en este cuerpo legal, que como recientemente ha argumentado C. Garriga, seguramente no pretendía, y desde luego no lo conseguía, fijar un orden de prelación de fuentes, sino simplemente introducir un elemento conciliador y esclarecedor, que favoreciese un mejor funcionamiento de la administración de justicia, dentro de la confusa maraña normativa que constituía la compleja trama jurídica castellana de los finales del siglo XV y los comienzos del siglo XVI[4]. Mientras que un segundo aspecto decisivo, también ampliamente ponderado, ha residido en su esmerada detención en la regulación de algunas de las más significativas instituciones jurídicas vinculadas a los campos familiar y sucesorio, lo que ha llevado a su caracterización, en expresión de R. Gibert, como el más importante monumento del Derecho privado castellano anterior al Código civil[5]. Juicios elogiosos que, asimismo, han sido formulados, después de la tan demorada aparición de este texto codificado, por ilustres civilistas como Sánchez Román[6] o, ya posteriormente, como Federico de Castro, quienes a pesar

3 J. Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada. La concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, en especial pp. 378-392, y «Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá», Introducción a *Textos y Concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, Madison, Spanish Seminary of Medieval Studies, 1994, pp. 1-19.

4 C. Garriga Acosta, «La trama jurídica castellana a comienzos del siglo XVI (Notas y materiales)», en B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, 299-379, y en particular pp. 317-327.

5 R. Gibert, «Leyes de Toro», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XIV, Barcelona, 1974, 247-265, p. 247.

6 F. Sánchez Román, *Estudios de derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código civil e Historia general de la legislación española,* 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, Sucesores de Rivadenera, 1899, p. 384, después de subrayar, como su

de que el Código supuso, precisamente, la derogación, tras varios siglos de mantener su vigor, de este célebre e influyente ordenamiento, no han dudado en identificar en el mismo uno de sus precedentes inmediatos[7].

Aunque la motivación fundamental de la convocatoria de las Cortes de Toro hay que ponerla en relación con la necesidad de aclarar la incierta situación creada en torno a la gobernación de la Corona de Castilla con la muerte prematura de don Juan, el príncipe heredero, y el cuestionamiento de la capacidad para reinar de doña Juana, que se agrava tras el fallecimiento de Isabel I[8], la iniciativa para la elaboración de este notable conjunto legislativo arranca de una petición efectuada en las Cortes de Toledo de 1502[9], también principalmente centradas en este problema sucesorio. Solicitud que hay que interpretar asociada a las lógicas desavenencias derivadas de la coexistencia de dos universos jurídicos a menudo de difícil ensamblaje: uno, el arrastrado por la tradición medieval hispánica, y en particular la castellana[10]; el otro, el representado por el derecho romano-canónico de acuñación doctrinal y universitaria, que se había difundido por el espacio europeo al compás del fenómeno de la Recepción, y que,

principal defecto, que dejaron en pie todo el edificio de nuestra antigua legislación, matiza: "Sin embargo, no puede ocultarse a una crítica imparcial que las leyes de Toro dieron solución a muchas dudas que sobre las materias importantes de Derecho civil se provocaban todos los días en los Tribunales, y suplieron y reformaron parcialmente gran número de leyes anteriores, dotando de ellas a instituciones que no contaban para su régimen sino con máximas consuetudinarias", añadiendo luego que: "son originales y de una gran bondad científica que las hace superiores en alto grado a las desarrolladas por los Códigos en fecha anterior".

7 F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, I, *Parte general. Introducción al Derecho civil,* 3ª edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pp. 160-164, se refería a las Leyes de Toro diciendo que habían asentado el derecho patrio sobre una base tan sólida que a partir de ellas ya no cabía dudar de la independencia y unidad del derecho regio.

8 J. M. Carretero Zamora, «Las Cortes de Toro de 1505», en B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, 269-296, pp. 271-273 y 285-286.

9 Noticia proporcionada por la propia Pragmática de la reina doña Juana, de 7 de marzo de 1505, por la que se promulgaban las Leyes de Toro. Esta pragmática aparece reproducida en Sancho Llamas y Molina, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro,* quinta edición, Madrid, Imprenta y librería de Gaspar, 1875, I, pp. 17-19.

10 Tradición que, en alguna manera, no dejaba de trasladar, también, una herencia romana, pasada por el tamiz desnaturalizador de la legislación visigoda. En esta dirección, A. Iglesia Ferreirós, «Las leyes de Toro de 1505 o las instituciones hereditarias como pretexto», en B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, 549-595, p. 557.

aunque relegado en Castilla a una vía de aplicación supletoria, generaba frecuentes dudas y discrepancias a la hora de resolver muchas cuestiones jurídicas suscitadas en la práctica judicial[11]. Esta es, precisamente, la principal causa invocada en la pragmática de 7 de marzo de 1505, por la que se promulgaban las leyes de Toro, para defender su necesidad, radicada, según su alegato, en la gran diferencia y variedad existente en el entendimiento de las leyes del reino, así del Fuero Real, como de las Partidas y de los Ordenamientos, unido a que en otros casos era precisa una declaración expresa del derecho aplicable, con el fin de cubrir las lagunas legales que evidenciaba el ordenamiento jurídico[12]. Razones por las cuales –se explicaba–, ocurría que en algunas instancias, e incluso en las Audiencias regias, se dictaban sentencias distintas para casos idénticos, ocasionando graves perjuicios y daños[13].

11 Aunque los problemas también afloraban con frecuencia cuando, cosa nada inhabitual, sobre una misma fuente de las integradas en ese *ius commune* de formación plurisecular confluían posiciones doctrinales divergentes. Interesa aquí, C. Petit, «Introducción», en *Texto y Concordancias de las Leyes de Toro. Sección de pergaminos. Archivo de la Real Chancillería de Valladolid*, editado por Gracia Lozano López, Madison, Spanish Seminary of Medieval Studies, 1990, 1-5, pp. 1-2.

12 Afirmación esta, que parece subrayar el carácter declarativo o interpretativo de estas leyes, lo que, en consonancia con la doctrina jurídica castellana de los siglos XVI y XVII, dotaría a las mismas de efectos retroactivos, como poco después corroborará una real cédula de 1511, que dispondría expresamente esa proyección hacia el pasado de su aplicación, con la excepción de aquellos casos en los que explícitamente se señalase lo contrario. Esta cédula aparece recogida en la cláusula de irretroactividad que aparece en la ley 31, sobre el testamento por comisario, la ley 46, que ordena que las mejoras realizadas en los bienes integrantes del mayorazgo se agreguen al mismo, la ley 48, que concede a los hijos e hijas, casándose y velándose, el usufructo de sus peculios adventicios, obligando al padre a la restitución, y la ley 61, que prohíbe que la mujer actúe como fiadora del marido, mientras que, en contraste permite a éste contraer obligaciones mancomunadas a condición de que produzcan beneficios o provechos. Acerca de esta cuestión: J. Martínez Gijón, «La vigencia temporal de las leyes de Toro», en *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, II-2, Madrid, Universidad Complutense, 1996, 115-130.

13 Pragmática de 7 de marzo de 1505 (véase nota 9): "(…) Sepádes que al Rey mi señor y padre, y á la Reina mi señora madre, que santa gloria haya, fue hecha relacion del gran daño y gasto que recibian mis súbditos y naturales á causa de la gran diferencia y variedad que habia en el entendimiento de algunas leyes de estos mis reinos, asi de Fuero como de las Partidas y de los Ordenamientos, y otros casos donde habia menester declaración, aunque no habian leyes sobre ello: por lo cual acaecia que en algunas partes destos mis reinos, y aun en las mis audiencias, se determinaba y sentenciaba en un caso mismo, unas veces de una manera, y otras veces de otra; lo cual causaba la mucha variedad y diferencia que habia en el entendimiento de las dichas leyes entre los letrados de estos mis reinos, y sobre esto por los procuradores de las cortes que los dichos Rey y Reina, mis

Recibimos, pues, noticia directa de los motivos que impulsaron la redacción de estas leyes. Sin embargo, si hacemos repaso de las materias en las que se involucran, descubrimos que, más que globalmente transformadoras del derecho privado castellano, lo que hacen es –dado que apenas hallamos disposiciones que se escapen a esta adscripción–, apuntalarlo en dos de sus ámbitos fundamentales, a su vez estrechamente conectados entre sí: el derecho de familia y el derecho sucesorio. La explicación de esta concentración de la atención en dichos terrenos no es, con todo, demasiado difícil de adivinar, si consideramos que es en ambos territorios donde se localiza el principal escenario de colisión entre el viejo derecho autóctono, presidido por unas formas amplias de parentesco y por la vigencia de un modelo de comunidad patrimonial familiar que encuentra su mejor soporte en el predominio de pautas de sucesión forzosa, y la importada recuperación de los esquemas familiares romanos, basados en un reforzamiento de la autoridad del marido y del padre y en la construcción de las reglas de la herencia en torno a la libre voluntad del causante.

La acción reparadora ejercida por las leyes toresanas sobre este paisaje de discordancias será, paradójicamente, de mucho mayor alcance de lo que podría hacer pensar el carácter aparentemente puntual y minucioso de una buena parte de las innovaciones que introduce[14]. Pero, al optar por adoptar lo que E. Gacto ha definido como una solución de compromiso, consistente en confirmar, en los aspectos discutidos, la vigencia de las tradiciones castellanas en detrimento de la eficacia de lo preceptuado en las Partidas, indirectamente –sostiene– se estaba allanando el camino para una pacífica aceptación de los principios romanistas contenidos en el texto

señores, tuvieron en la ciudad de Toledo el año que pasó de 1502 les fue suplicado que en ello mandasen proveer de manera, que tanto daño y gasto de mis súbditos se quitase, y que hubiese camino como las mis justicias pudiesen sentenciar y determinar las dichas dudas, y acatando ser justo lo susodicho, á informandoos del gran daño que de esto se recrescia, mandaron sobre ello platicar á los del su consejo y oidores de sus audiencias, para que en los casos que mas continuamente suelen ocurrir y haber las dichas dudas, viesen y declarasen lo que por ley en las dichas dudas se debía de allí adelante aguardar; para que visto por ellos mandasen proveer como conviniese al bien de estos mis reinos y súbditos de ellos: lo cual todo visto y platicado por los de su consejo y oídores de sus audiencias, y con ellos consultado fue acordado que debían mandar proveer sobre ello y facer leyes en los casos y dudas, de la manera siguiente (...)".

14 Rasgos destacados por E. Gacto Fernández, «El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna», en *Historia. Instituciones. Documentos,* 11 (1984), 37-66, p. 38.

alfonsino, en todo aquello en lo que éste no había resultado corregido[15]. También es verdad que los efectos de este propósito conciliador fueron juzgados por algunos autores con matices negativos, achacando a estas leyes el haber generado otros inconvenientes y perjuicios que se sumaban a los que, infructuosamente, habían pretendido remediar[16]. En todo caso, limitar sus consecuencias a esta tarea apaciguadora, seguramente, supondría desenfocar nuestra percepción acerca de su alcance con una lente reductora, ya que no hay que olvidar que en la regulación de la organización de las relaciones familiares se estaban poniendo en juego cuestiones tan esenciales como la capacidad jurídica y de obrar de la persona y el destino, durante la permanencia de la sociedad familiar y al llegar a su extinción, del sustrato material sobre el que ésta se sustenta[17]. Luego, más allá de su engañosa incidencia epidérmica, el papel de las Leyes de Toro debe evaluarse como hondamente penetrante, puesto que, no sólo consagran una definitiva adaptación en el plano normativo al estrechamiento que, desde siglos antes, venía produciéndose en las dimensiones de un grupo de parentesco ya claramente decantado hacia el diagrama nuclear representado por la pareja casada y sus hijos[18], sino que, como ha subrayado C. Petit, además proporcionaron la ocasión para proveer a la corporación

15 E. Gacto Fernández, «Sobre el modelo jurídico del grupo familiar en el siglo XIX», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 25, *Homenaje al profesor D. José Martínez Gijón*, (1998), 219-234, p. 220.

16 Por ejemplo, J. Sempere y Guarinos, *Historia del derecho español*, Madrid, Imprenta real, 1822-23, vol. II, pp. 244, señalará: "Lejos de haber servido las leyes de Toro para contener la caprichosa arbitrariedad de los letrados en sus opiniones y resoluciones, ellas mismas fueron un nuevo y copiosísimo manantial de dudas, controversias y pleitos: tantos que fue necesario crear nuevos tribunales, y aumentar el número de ministros de los antiguos, multiplicándose al mismo paso la voraz polilla de los curiales, plaga mas terrible que todas las de Egipto". Un juicio más favorable es el de J. Mª. Antequera, *Historia de la legislación española*, 4ª ed., Madrid, Imprenta San Francisco de Sales, 1895 (1ª ed. 1874), p. 428, para quien las leyes de Toro hicieron lo que era factible, buscar soluciones prácticas para los casos dudosos, enlazando el derecho antiguo con el nuevo y llenando vacíos que la experiencia había hecho notar. Del mismo modo, F. Sánchez Román, *Estudios*, p. 385, sostendrá que, aun siendo cierto que estas leyes habían provocado ruidosas contiendas entre los jurisconsultos y voluminosos pleitos ante los tribunales, y fuera de algún defecto de oscuridad o anfibología en su redacción, no debía extremarse la severidad de los juicios contra ellas, ya que cualquier ley de reforma, y más en aquellas circunstancias, hubiera producido iguales efectos.

17 Así lo apunta: A. Iglesia Ferreirós, «Individuo y familia. Una historia del derecho privado español», en *Enciclopedia de Historia de España dirigida por Miguel Artola,* I, *Economía. Sociedad*, Madrid, Alianza, 1988, 433-536, pp. 433-434.

18 Tal es una de las tesis primordiales que defendí en: M. A. Bermejo Castrillo, *Pa-*

familiar de un marco jurídico más adecuado a la posición basilar que ésta asume dentro del entramado político-institucional moderno, al hacerlo pivotar sobre un régimen patrimonial especial, vertebrado sobre pautas de primogenitura, y una reforzada potestad doméstica, que se contrapone a la potestad de justicia[19].

Aceptemos o no que comportan la clausura de la baja edad media castellana[20], resulta incuestionable que las leyes de Toro trazan las directrices maestras que regirán en adelante, y sin grandes vicisitudes, hasta la culminación misma de la codificación civil, que se muestra todavía deudora suya en no pocos pasajes de su articulado[21]. Se va a operar, no obstante, un cambio sustancial, determinado por una llamativa inhibición de la producción legislativa radicada en el solar iusprivatístico, lo que concede un ancho margen de protagonismo a la actividad de unos juristas, sin cuyo concurso no sería posible la comprensión de los procesos creativos del derecho en esta época[22]. Juristas que percibieron con absoluta nitidez la trascendencia cobrada por las leyes de Toro en el ulterior desenvolvimiento de este gran sector del ordenamiento, convirtiéndolas, por ello –además de por el gran caudal de dudas y polémicas a las que dio lugar

rentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997.

19 C. Petit, *Introducción*, p. 5.

20 Suscribe esta conclusión A. Iglesia Ferreirós, «"Doctrinas e instituciones civiles: familia, patrimonio, sucesiones". La situación de los estudios de historia del derecho privado en España», en B. Clavero/P. Grossi/F. Tomás y Valiente (dirs.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales* (= Per la storia del pensiero giuridico moderno. Biblioteca 34/35), Milán. Giuffrè, 1990, 205-313, p. 217. Por su parte, C. Garriga, *La trama jurídica*, p. 304, sostiene que el año 1505 no marca el principio ni sella el final de ningún orden jurídico, ya que las Leyes de Toro, aun constituyendo un destacado hito en la historia del derecho castellano, tienen un antes, sin el cual no se explican, y un después, que sin ellas no puede comprenderse. No parece, sin embargo, que ambas afirmaciones sean incompatibles.

21 Así lo demuestra E. Gacto en su, ya citado, trabajo *Sobre el modelo jurídico del grupo familiar en el siglo XIX*. Aquí insistiremos sobre ello.

22 Obviamente, está lejos de incluirse entre los objetivos de este trabajo el involucrarme en el debate que se ha suscitado sobre el verdadero alcance de la función creadora de derecho atribuible en estos siglos a la jurisprudencia, entendida como doctrina de los juristas. Una visión general, con muy útiles referencias bibliográficas, sobre esta cuestión en S. De Dios, «La tarea de los juristas en la época de los Reyes Católicos», en *Saberes y disciplinas en las universidades hispánicas. Miscelánea Alfonso IX*, 2004, 13-49, y del mismo autor, interesantes consideraciones sobre la mencionada polémica historiográfica en S. De Dios, «Las instituciones centrales de gobierno», en J. Valdeón Baruque (ed.), *Isabel la Católica y la política,* Valladolid, Ámbito, 2001, 219-259.

su interpretación–, en objeto de numerosos comentarios doctrinales, que servirán de apoyo indispensable en el desarrollo de esta exposición[23]. Aunque conviene advertir que la exploración de esta literatura jurídica se detendrá en el momento mismo de la definitiva aparición del Código civil, por lo que, arribados al punto de término fijado, no entraremos a analizar la lectura crítica posterior volcada sobre su contenido.

Abundantes son, en definitiva, y de gran importancia e influencia, las soluciones aportadas por las leyes aprobadas por las Cortes de Toro de 1505 concernientes al dominio de las instituciones familiares que me dispongo a transitar. Tanto que, a pesar de las evidentes conexiones existentes entre ambos campos, prescindiré de abordar aquí todas aquellas –no menos relevantes– leyes de este ordenamiento cuya orientación responde primordialmente a cuestiones sucesorias. Con una excepción, el estudio del mayorazgo, que viene motivada, por un lado, por la decisiva incidencia que en su desenvolvimiento posterior cobra la legislación toresana y, sobre todo, por su enorme valor ilustrativo acerca de como, frente a lo que sucede con los otros sectores tratados, su intrínseca imposibilidad de conciliación con los principios organizativos socio-económicos y familiares del liberalismo burgués lleva a su radical exclusión de los sucesivos proyectos de códigos y textos legales que van jalonando el azaroso camino que conduce a la culminación de la codificación civil. Normas legales y ensayos codificadores que, naturalmente, también serán sometidos a un cuidadoso examen.

23 En el examen de la literatura jurídica generada en torno a cada uno de los problemas planteados por las leyes aquí analizadas será inevitable, y frecuente, el apoyo, obviamente, directamente contrastado con las fuentes, en aquellos otros autores que ya la han hecho objeto de su estudio, al enfrentarse a los mismos temas que abordaremos en este trabajo.

CAPÍTULO I

FILIACIÓN Y LEGITIMIDAD

1. Acerca del concepto de hijo natural

a. Sistema de filiación

El parentesco, que proporciona el soporte ideológico que justifica y normaliza la estructura de los grupos domésticos, se construye en torno a una red de relaciones interpersonales entretejida a partir de la convergencia de dos instituciones capitales: la filiación y el matrimonio. La filiación, un concepto universalmente aceptado, aunque no en todas las sociedades necesariamente basado en lazos de consanguinidad, implica el reconocimiento de la existencia de un nexo recíproco de unión entre los individuos, en virtud del cual unos son descendientes de los otros mediante un vínculo que se proyecta bidireccionalmente en sucesivas generaciones, tanto hacia el pasado como hacia el futuro[1], permitiendo, así, una especie de simbólica perpetuación.

No hay nada extraño, sin embargo, considerando su naturaleza normativa, muy poco proclive a la exteriorización de este tipo de información, en el hecho de que únicamente de manera tangencial descubramos en el ordenamiento de leyes de Toro alguna referencia relativa a la pervivencia

1 M. Segalen, *Historical Anthropology of the Family,* Cambridge, University Press, 1986 (1ª ed. París, Armand Colin, 1981), p. 52.

de un sistema de filiación de dibujo bilineal, esto es, proyectado por ambas vías, paterna y materna, y por entonces de instalación ya plurisecular[2], que aunque trazado únicamente a efectos sucesorios, debemos presumir extensible a la transmisión de los otros rasgos de identidad ligados al parentesco. Baste citar, por ello, para ilustrar su presencia, el enunciado de la ley 6, donde se consagra el principio de reversión troncal, al establecerse que los ascendientes legítimos sucederán por su orden y línea derecha, tanto *ex testamento* como *ab intestato*, a aquellos descendientes suyos que no contasen con hijos legítimos que les heredasen[3].

b. La condición de hijo natural con anterioridad a las leyes de Toro

En contraste con tan escasa locuacidad respecto al esquema filiativo dominante, teniendo en cuenta que es en función del carácter legítimo o no

2 Sobre este tema, M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio*, pp. 93-116.

3 *Leyes de Toro,* [6]: "Los ascendientes legitimos, por su orden y linea derecha succedan *ex testamento et ab intestato* á sus descendientes, y les sean legitimos herederos como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso de que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legitimos, ó que ayan derecho de les heredar: pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes de su vida, ó hacer qualquier ultima voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren: lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do según el fuero de la tierra se acostumbran tornar sus bienes al tronco, ó la rayz á la rayz". A pesar de existir alguna otra edición reciente, con el fin de no apartarme de la versión tradicional manejada por el grueso de la historiografía jurídica examinada he preferido citar por la edición de *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo sexto, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1849. Disposición que es recogida más tarde en *Nueva Recopilación*, [5, 8, 9] (cito por *Recopilación de las leyes destos reinos hechas por mandado de la Majestad Católica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor; que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la última impresión se han publicado, por la Majestad Catolica del Rey don Felipe Cuarto el Grande nuestro señor,* 3 tomos, Madrid, Catalina del Barrio y Diego Díez de la Carrera, 1640, edición facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1982), y en la *Novísima Recopilación*, [10, 20, 1] (cito por *Novísima Recopilación de las leyes de España dividida en XII libros en que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpresa últimamente en el de 1775, y se reincorporan las pragmáticas, cédulas, decretos órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el año de 1804*, reproducción facsímil de la edición de Madrid, 1804-1807, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1975, 6 vols.). Interesan también las referencias ofrecidas sobre las leyes toresanas por A. Pérez Martín y I. M. Scholz, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen,* Valencia, Universidad de Valencia, 1978, pp. 40-42.

de su filiación como el individuo definirá su grado de integración en el grupo familiar, sus deberes, derechos y privilegios, sus expectativas hereditarias y, en muchos casos, también su nombre, su rango, su residencia, su propiedad y su estatus social, resulta fácilmente comprensible que el foco de atención del legislador se concentre, casi exclusivamente, en un problema tan cargado de consecuencias y que tantas complicaciones generaba como éste.

Es preciso, no obstante, recordar que la necesidad de acudir a la rica y diversa operatividad de esta distinción no se había dejado sentir con semejante intensidad con anterioridad a que la irrupción de los postulados del derecho y la moral romano-canónicos trajese adherida la enérgica reprobación de la condescendencia con la que durante largos siglos se venía contemplando, social y jurídicamente, una realidad, la de los nacimientos producidos fuera del matrimonio, que acredita una extraordinaria presencia en una sociedad en la que la frecuencia y la aceptación del concubinato[4], que apenas se diferencia de las uniones legítimamente institucionalizadas por otro rasgo que por la ausencia de ciertos signos externos de índole no constitutiva, como las arras o los esponsales[5], desaconsejaban su discriminación. Ahora bien, las cosas se habían tornado bien distintas en la fecha de redacción de la ley 11 de Toro, que precisamente comienza desvelando que su finalidad es la de que «no se pueda dudar cuales son hijos naturales»[6]. Resulta patente, por lo tanto, que se hacía necesario acabar con la diversidad de concepciones entonces coexistentes en Castilla, fijando un criterio único y definitivo de lo que debía entenderse por hijo natural.

Tradicionalmente, la filiación natural venía siendo asociada a la barraganía, por lo que las notas de permanencia y estabilidad propias de esta relación, unidas a los requisitos de la soltería de ambas partes y la

4 De estas formas estables de unión extramatrimonial se ha ocupado extensamente E. Gacto Fernández, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1969, pp. 4-55. Más adelante volveremos sobre este tema.

5 E. Gacto Fernández, *La filiación no legítima*, pp. 59-60.

6 *Leyes de Toro*, [11]: "Y por que no se pueda dudar quales son hijos naturales: ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nascieren, ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido muger de quien lo uvo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las calidades suso dichas, mandamos que sea hijo natural". *Nueva Recopilación*, [5, 8, 9]. *Novísima Recopilación*, [10, 5, 1].

fidelidad reclamada a la concubina, que parecían asegurar la certeza de la paternidad, bastaban para que en los ordenamientos locales altomedievales los hijos nacidos de la misma recibiesen, normalmente, un trato equiparable al de la descendencia alumbrada dentro del matrimonio legítimo[7],

7 Siguiendo a E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 62-63, encontramos que la aceptación como normal de esta situación la reflejan, por ejemplo, el *Fuero de Cuenca* (R. Ureña y Smenjaud, *Fuero de Cuenca. (Formas primitiva y sistemática, texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf),* Madrid, Tipografía de Archivos, 1935), forma sistemática [X, 30]: "De uxore pregnante post mortem mariti.- Si maritus decesserit non habens filios, et uxorem pregnantem, uel concubinam reliquerit, ipsa teneat sub cirographo omnes res defuncti, et etiam det fideiussores (...)". Precepto que aparece reproducido en otros fueros de esta misma familia: *Fuero de Zorita de los Canes* (R. Ureña y Smenjaud, *El Fuero de Zorita de los Canes según el Códice 247 de la Biblioteca nacional (siglos XIII al XV), y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el romanceado de Alcazar,* Madrid, Fortanet, 1911), [213]; *Fuero de Iznatoraf* (R. Ureña, *Fuero de Cuenca*): [207]; *Fuero de Béjar* (J. Gutiérrez Cuadrado, *Fuero de Béjar,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1974), [262]; *Fuero de Plasencia* (J. Majada Neila, *Fuero de Plasencia. Introducción, transcripción, vocabulario*, Salamanca, Librería Cervantes, 1986), [479]; *Fuero de Baeza* (J. Roudil, *El Fuero de Baeza. Edición, estudio y vocabulario,* La Haya, Van Goor Zonen, 1962), [211]; *Fuero de Úbeda* (*Fuero de Úbeda*, estudio preliminar de M. Peset y J. Gutiérrez Cuadrado, estudio paleográfico de J. Trenchs Odena, edición y notas de J. Gutiérrez Cuadrado, Valencia, Universidad de Valencia, 1979), [XXII, 2, (c)]; *Fuero de Alcaraz* (Roudil, *Les fueros d'Alcaraz et d'Alarcon. Edition synoptique avec les variantes du Fuero d´Alcaraz. Introduction, notes et glossaire*, I, *Introduction et texte*, París, Klincksieck, 1962), [III, 104, (a)]; *Fuero de Alarcón* (Roudil, *Les fueros d'Alcaraz et d'Alarcon*), [108]; *Fuero de Villaescusa de Haro* (M. T. Martín Palma, *Los fueros de Villaescusa de Haro y Huete*, Málaga, Universidad de Málaga, 1984), [199]; *Fuero de Huete* (M. T. Martín Palma, *Los fueros de Villaescusa de Haro y Huete*), [172]. Dentro de este grupo foral no aparece, sin embargo, en *Fuero latino de Teruel* (J. Caruana Gómez de Barreda, *El fuero latino de Teruel*, Teruel, 1974) y *Fuero romance de Teruel* (M. Gorosch, *El fuero de Teruel, según los manuscritos 1-4 de la Sociedad Económica Turolense de Amigos del País y 802 de la Biblioteca Nacional*, Estocolmo, 1950). Además, reflejan esta realidad el *Fuero de Zamora*, (J. Majada Neila, *Fuero de Zamora. Introducción, transcripción, vocabulario*. Salamanca, Librería Cervantes, 1982), [38]: "Homne que hobier fiyo o fiya de barragana, selos per lengua non heredar, non sean heredados nen los traya a derecho. E se fur barragana que coma con él a su escudiella e a una mesa, e casa contovier con ella e non hobier mulier a beneción, elos fiyos sean heredados (...)", el *Fuero de Ledesma* (A. Castro y F. de Onís, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, I, *Textos*, Madrid, 1916), [136]: "Fijo de barragana que es cocouino, non heriede su madre en bona de su padre (...)", y el *Fuero de Salamanca*, [209]: "Filio de barragana non heriede a su madre de bonas de sus padre". Al igual que en el *Libro de los Fueros de Castilla* (J. Alvarado Planas y G. Oliva Manso, *Los fueros de Castilla. Estudio y edición crítica del Libro de los Fueros de Castilla, Fuero de los fijosdalgo y las Fazañas del Fuero de Castilla, Fuero Viejo de Castilla y demás colecciones de fueros y fazañas castellanas*, Madrid, BOE, 2004), [169]: "Esto es por fuero de Logronno: que si fijo o fija de barragana,

siendo bastante excepcional que para su naturalización se requiriesen otras pruebas adicionales, como la del reconocimiento paterno[8]. No hay que pensar, sin embargo, que la condición de hijo natural se circunscribía exclusivamente a la prole engendrada de estas uniones extramatrimoniales duraderas, ya que en otra serie de fueros municipales se extiende tal consideración a la descendencia nacida como fruto de una relación ocasional entre dos célibes, si bien, en este caso, su tipificación como naturales, que les acerca mucho más a los beneficios de la legitimidad que a los perjuicios de la ilegitimidad, se subordina a su previa identificación como propios por parte de los progenitores[9].

si el padre le oviere dado algo de mueble o heredat de çinco sueldos arriba, con los otros fijos de velada non deve partir. Et si non oviere levado algo, e se puede fazer fijo commo es derecho e debe levar toda su suerte entera (…)", y en el *Fuero Viejo de Castilla*, (*El Fuero Viejo de Castilla,* estudio preliminar de Benjamín González Alonso: *Consideraciones sobre la Historia del Derecho de Castilla (c. 800-1365),* transcripción de Ángel Barrios García y Gregorio del Ser Quijano, Salamanca, Junta de Castilla y León, 1996), [V, 6, 1]: "Esto es por fuero de Castiella. Que, sy un fidalgo, que ha fijos de barragana, puédelos fazer fijosdalgo e darles quinientos sueldos, e por todo esto non deven heredar lo suyo (…)".

8 Exigencia que, seguramente, hallaba fundamento en la desconfianza despertada por la posibilidad de que la madre recurriese a manejos fraudulentos para atribuir la paternidad a quien con ella estaba amancebado. E. Gacto, *La filiación no legítima*, p. 63. Como ejemplo de esta regulación más restrictiva, tenemos el *Fuero de Sepúlveda* (*Los fueros de Sepúlveda,* edición crítica y apéndice documental por Emilio Sáez; estudio histórico-jurídico por Rafael Gibert; estudio lingüístico por Manuel Alvar, Segovia, Diputación Provincial, 1953), [61]: "De omne que oviere a heredar.- Otrossí, todo omne que oviere a heredar, assí herede: el más cercano pariente herede, et que sea en derecho, assí como la ley manda, et que non sea fecho en barragana, fuera ende si fuere fecho fijo por conçeio, et plaziendo a los parientes que avríen de heredar el padre o a la madre, onde viene el heredamiento (…)".

9 Hallamos regulaciones de este tipo en *Fuero de Brihuega* (A. Pareja Serrada, *Diplomática arriacense. Colección de algunos documentos, publicados unos, inéditos otros, que pueden servir para planear o ilustrar una "Historia de Guadalajara y su provincia"*, Guadalajara, 1921, pp. 267-321), [311]: "Qui fiziere fijo con otra mugier.- Tod ome de brihuega que ouier mugier uelada, et fijo fiziere en otra: aquel fijo non herede et si non ouiere mugier et fijo fiziere en mugier que non aya marido, et buscare padrinos, o lo fiziere fijo por conceio, o lo conosciere por fijo a su fin, o en hueste en haz de cavalleros, este herede". Con muy similar redacción*, Fuero de Fuentes de Alcarria*, (L. Vázquez de Parga: «Fuero de Fuentes de Alcarria», en *Anuario de Historia del Derecho Español* [en adelante *AHDE*],18 (1947), pp. 348-398), [182]. *Fuero de Molina de Aragón,* (M. Sancho Izquierdo, *El fuero de Molina de Aragón*, Madrid, Victoriano Suárez, 1916) [XI, 2]: "Qui ouiere fijo que non fuere de mujer uelada, fagal fijo en conceio et si non lo fiziere, non herede. Fornecino non herede". *Fuero de Alcalá de Henares,* (G. Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares,* Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1919), [277]: "Todo filio malfecho non herede.- E quomo es malfecho: sil ficiere el padre, su mulier aviendo a bendicion, en otra

Plenamente fieles a su inspiración jurídica romano-justinianea[10], las Partidas manejan una noción de hijo natural que no se aleja mucho de la que acabamos de describir, al mantener su subordinación al hecho de ser procreado dentro de una situación de concubinato, que, en definición del profesor Martínez Gijón, es entendido como: «una relación monogámica, pública y manifiesta, perdurable y continuada, diferenciada netamente del matrimonio, que, al menos implícitamente, exige unidad de domicilio, y que se prohíbe entre personas ligadas por un vínculo de orden o matrimonio, y de parentesco consanguíneo o afín, hasta el cuarto grado»[11], ya que es preciso que los concubinarios sean solteros y que puedan casarse entre

mujer. E si antes le ficiere que aia mujer velada e despues oviere mujer velada e ficiere filios in ela e so padre lo ficiere filio en conceio o in az de cavaleros que foren in fonsado, herede o rogare compadres; e si esto non ficiere, non herede". *Fuero de Soria*, (G. Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1919), [318]: "Si omne soltero con mugier soltera fiziere fijos et otros fijos de bendiçion non ouiere, estos sean herederos, el padre connosciendolos por fijos e poniendo les padrinos et madrinas rrogados e conbidados al baptismo. Et si despues ouiere fijos de bendiçion, los primeros non sean herederos, mas el padre pueda les dar la quarta parte de sus bienes, en su vida o en su testamento, lo que por bien touiere"; [456]: "Tod omne o toda mugier que aya edat e non ouiere fijos o nietos o dent ayuso legitimos, o otros de soltero et de soltera, pueda reçebir por fijos aquí quisiere (...) Et si depues que lo ouiere rreçebido por ffijo, ouiere fijos legitimos o otros que ayan derecho de heredar, tal rreçibimiento non uala, mas sus fijos hereden lo suyo; et de su quinto de al fijo que reçibio lo que quisiere". Sobre la figura del reconocimiento en los fueros municipales y las redacciones de derecho señorial, véase E. Gacto, *La condición no legitima*, pp. 78-88.

10 E. Gacto, *La condición no legitima*, p. 70. Su obediencia a los dictados del derecho romano viene incluso subrayada en *Partidas* [IV, XV, I]: "Que quier dezir fijo non legitimo, e por que razones son a tales: e quantas maneras son dellos.- Naturales, e non legitimos, llamaron los sabios antiguos a los fijos que no nascen de casamiento: segund ley: assi como los que fazen en las barraganas. E los fornezinos que nascen de adulterio: o son fechos en parienta o en mugeres de orden. E estos non son llamados naturales porque son hechos contra ley e contra razon natural (...)". Cito por *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad*. Salamanca, Andrea de Portinaris, 1555, edición facsímil, Madrid, BOE, 1985.

11 J. Martínez Gijón, *En la definición de hijo natural. De las leyes de Toro de 1505 al Código Civil de 1889,* Sevilla, Universidad de Sevilla, 1992, p. 17. Esta reiterada referencia a su vinculación con la barraganía puede comprobarse también en *Partidas* [IV, XVII, II]: "Sobre quales fijos non ha este poder el padre.- Naturales son llamados los fijos que han los omes delas barraganas, segund dize en el titulo que fabla dellos. E estos fijos atales, non son en poder del padre, assi como lo son los legítimos (...)", o [VI, XVI, VIII]: "Tambien al fijo de barragana como al que fuere de muger legitima, puede el padre dar guardador a su finamiento que guarde a el, e a los bienes en que lo fizo su heredero (...)".

sí[12] sin mediar dispensa, al tiempo de la concepción[13]. Tal calificación sólo será válida para los concebidos estrictamente bajo estas condiciones, de modo que si fuese engendrado un hijo en una mujer barragana viviendo todavía la esposa legítima, aunque ésta falleciese y el progenitor se casase con su madre biológica, el nacido no por ello se desprendería de la lacra de ser considerado adulterino[14]. Aunque, en contrapartida, los naturales nacidos de barragana adquirirán la cualidad de legítimos si su padre contrajese posterior matrimonio con ésta[15]. De igual manera, tampoco participan de la condición de naturales los *manceres,* esto es, los hijos habidos con una mujer dedicada a la prostitución, y los *espurios*, que son los paridos por aquella concubina con la que no existe convivencia, pues, al faltar, o no poder asegurarse, en ambos casos, el requisito de la exclusividad de las relaciones sexuales, no cabe aplicar la presunción de paternidad[16].

12 *Partidas,* [IV, XIV, II]: "Quien puede auer barragana: e en que manera.- (…) Ca segund las leyes mandan aquella es llamada barragana, que es vna sola, e ha menester que sea atal, que pueda casar con ella, si quisiere aquel que la tiene por barragana".

13 *Partidas,* [VI, XIII, VIII]: "Quando puede heredar el fijo, que non es legítimo en los bienes de su padre, si muere sin testamento: o el padre en los bienes del tal fijo.- Sin testamento muriendo ome, que non dexasse fijos legitimos, su fijo natural que ouiesse auido de alguna muger de que non fuesse dubda que la el tenia por suya, e que fuesse el fijo engendrado en tiempo que el non ouiesse muger legitima, nin ella otrosi marido (…)".

14 *Partidas,* [IV, XV, II]: "Porque razones los fijos no serian legitimos maguer nasciessen de casamiento.- (…) Otrosi dezimos, que si alguno que ouiesse muger a bendiciones, fiziesse fijos en barragana biuiendo su muger que estos fijos atales non serian legitimos; maguer despues desto se muriese la muger velada, e casasse con la barragana: e esto es porque fueron fechos en adulterio".

15 Y ello en virtud de la poderosa fuerza institucional del matrimonio. *Partidas,* [IV, XIII, I]: "Que quiere dezir fijo legitimo: e quales deuen assi ser llamados.- (…) Otrosi son legitimos los fijos, que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues desso se casa con ella. Ca maguer estos fijos atales non son legitimos quando nascen, tan grand fuerça ha el matrimonio, que luego que el padre, e la madre son casados se fazen por ende los fijos legitimos (…)".

16 *Partidas,* [IV, XV, I]: "Que quiere dezir fijo non legitimo, e por que razones son atales: e quantas maneras son dellos (…) E otra manera ha de fijos que son llamados en latin spurii, que quier tanto dezir, como delos que nascen de las mugeres, que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas, e son ellas atales que se dan a otros omes, sin aquellos que las tienen por amigas; porende non saben quien es su padre del que nasce de tal muger". En su glosa (n), «Barraganas», a esta ley, Gregorio López, precisa, sin embargo, que, si bien la barragana debe residir en la casa, aún cuando no compartiese domicilio con ella, en el caso de que guardase fidelidad al padre, los hijos podrían ganar la cualidad de naturales. Fidelidad que, obviamente, tendría que demostrar. E. Gacto, *La condición no legitima*, p. 72. A pesar de todo, no habiendo, tal vez, reparado en este precepto, P. Gómez de la Serna, «Del reconocimiento de los hijos naturales», en *Revista General de*

Además, las ventajas de la barraganía son hurtadas a la mujer de humilde extracción que se uniese a un hombre de noble linaje, siendo tenidos sus descendientes comunes por espurios, y no por naturales[17].

La regulación contenida en las Partidas, aun coincidiendo, por lo demás, en las circunstancias de hecho tomadas en consideración, en las respuestas adoptadas respecto a las mismas y en el efecto legitimador conferido al matrimonio subsiguiente de los progenitores, colisionaba abiertamente con el rotundo rechazo esgrimido frente al concubinato por el derecho canónico, que si bien llegaba a soluciones similares, lo hacía sin referencia al marco de la relación estable y duradera característica de la barraganía[18]. Así, en oposición a la citada aceptación de esta institución por el texto alfonsino, que la justifica como un mal menor, admitido en aras de la conveniencia de someter a disciplina una realidad social extensamente implantada para limitar su multiplicación y dotar de mayor certeza a la paternidad[19], encontramos abundantes disposiciones de índole religiosa en las que reiteradamente se prohíben y se penalizan las prácticas del concubinato y del amancebamiento[20]. No obstante, la legislación eclesiástica hispana, al menos la derivada de sínodos y concilios celebrados en el territorio castellano, acabará mostrándose permeable a la

Legislación y Jurisprudencia, IX (1857), 117-126, pp. 119-120, sostiene que las Partidas habían prescindido del requisito de la cohabitación.

17 *Partidas,* [IV, XIV, III]: "Illustres personas son llamadas en latín, las personas honrradas, e de grand guisa, e que son puestas en dignidades (…) E estos atales, como quier que segund las leyes, pueden rescebir las barraganas: tales mugeres y a, que non deuen recebir, assi como la sierua, o fija de sierua. Nin otrosi la que fuesse aforrada nin su fija; nin juglaressa: nin sus fijas: nin tauernera, nin regatera, nin alcahueta: nin sus fijas: nin otra persona ninguna de aquellas que son llamadas viles, por razon de si mismas, o por razon de aquellos do descendieron. Ca non seria guisada cosa, que la sangre de los nobles fuesse embargada, nin ayuntada a tan viles mugeres. E si alguno de los sobredichos fiziesse contra esto, si ouiese de tal muger fijo, segund las leyes, non sería llamado fijo natural; ante seria llamado spurio: que quier tanto dezir, como fornezino. E demás, tal fijo como este, non deue partir en los bienes del padre, nin es el padre tenudo de criarle, si non quisiere".

18 J. Martínez Gijón, *En la definición de hijo natural*, pp. 17-21.

19 *Partidas,* [IV, XIV, preámbulo]: "Barraganas defiende santa iglesia, que non tenga ningun christiano, porque biuen con ellas en pecado mortal. Pero los sabios antiguos que fizieron las leyes, consentieronles que algunos las pudiessen auer sin pena temporal, porque touieron que era menos mal, de auer vna que muchas. E porque los fijos que nascieren dellas fuessen mas ciertos (…)".

20 Una detallada relación de las mismas en F. R. Aznar Gil, *La institución matrimonial en la Hispania cristiana bajo-medieval (1215-1563),* Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1989, pp. 313-319.

influencia de las Partidas, de tal modo que sus condenas irán casi siempre dirigidas contra las relaciones extramatrimoniales en las que estuviesen involucradas personas ya casadas, o que no pudiesen contraer matrimonio entre sí, por mediar algún impedimento, mientras que sólo en muy contadas ocasiones apuntarán contra aquellas uniones que son toleradas por las leyes seculares[21]. Volveremos más tarde sobre ello.

Distinto, y más cercano al canónico, era el tratamiento dispensado a esta figura en el Fuero Real, que también admitía una filiación natural desligada de la barraganía y susceptible de legitimación por el casamiento[22]. La desventaja de esta solución residía, sin embargo, en que, a diferencia de las Partidas, donde la propia evidencia social del concubinato convertía en prescindible este trámite[23], aquí se hacía indispensable el reconocimiento del padre, que debía ser realizado ante el rey o ante los hombres buenos del lugar[24], no estando tampoco descartado que, ante la

21 F. R. Aznar Gil, *La institución matrimonial*, p. 319.

22 *Fuero Real*, [3, 6, 2]: "Si omne soltero con mugier soltera fiziere fiios e después casar con ella, estos fiios sean herederos". Cito por *Leyes de Alfonso X*, II, *Fuero Real*; edición y análisis crítico por G. Martínez Díez en colaboración con J.M. Ruiz Asencio y C. Hernández Alonso, Ávila, Fundación Sánchez Albornoz, 1988.

23 No obstante, podía hacerse necesario un reconocimiento obligatorio promovido por el juez cuando el padre se negaba a aceptar su paternidad y ésta llegaba a ser probada a través de medios como la fama publica del lugar o el juramento del presunto hijo. *Partidas*, [IV, XIX, VII]: "Razonandose alguno por fijo de otro: e demandando quel criasse, e proueyesse delo que era menester, podria acaescer, que este a tal, que negaria que non era su fijo: porque no lo criasse, o por auentura dezir loya de verdad, que non seria su fijo. E porende quando tal dubda acaesciere, el juez de aquel lugar, de su oficio deue saber llanamente, e sin alongamiento, non guardando la forma del juyzio, que deue ser guardado en los otros pleytos, si es su fijo de aquel por cuyo se razona, o non. E esto deue ser catado, por fama de los de aquel lugar: o por qualquier manera otra: que lo pueda saber: o por la jura de aquel que se razona por su fijo. E si fallare por algunas señales, que es su fijo: deue mandar al otro que lo crie e lo prouea (...)".

24 *Fuero Real,* [3, 6, 5]: "Todo omne que non ouiere fiios de bendición e quisiere reçebir a alguno por fiio e heredarle en sos bienes, puédalo fazer; e si por auentura después ouiere fiios de bendición, hereden ellos e non aquel que recibió. E esto mismo sea por el fiio de la barragana que fue recebido por fiio et heredero"; [4, 22, 7]: "Quien quier reçebir por su fiio, fiio que aya en mugier que non sea de bendición, recíbalo antel rey o ante omnes bonos, en tal manera diga: «este es mio fiio que he de tal mugier», e nómbrela, «e des aquí adelante quiero que sepades que es mío fiio e que lo reçibo por fiio». E si aquel que lo así reçibier por fiio muriere sin manda, tal fiio herede lo suyo, si fiios legítimos o nietos o dent ayuso non ouiere; e si manda quisiere fazer fágala sin empieço, daquel fiio que assí reçibio (...) et esto se entiende de los fiios naturales". Distinta sería, sin embargo, la lectura que de este precepto hiciese P. Gómez de la Serna, *Del reconocimiento,* p. 125, ya que, en su, contundentemente expresada opinión, de lo que esta ley está hablando no es

resistencia a asumirla del implicado, la determinación de la paternidad debiera resolverse por la vía judicial[25].

Quedaban abiertas, por lo tanto, varias cuestiones que preocuparon notablemente a los juristas, sin que consiguieran llegar a conclusiones uniformes. En especial, la relativa a si el tiempo al que habría que referir el estado de capacidad de los padres para poder contraer matrimonio era el de la concepción del hijo natural, si bastaba que esta circunstancia concurriese cuando se produjese el nacimiento, o si bien habría que tener en cuenta tanto uno como otro momento[26].

del reconocimiento, sino del procedimiento de legitimación. Y en apoyo de esta tesis evoca algunas sentencias del Tribunal Supremo de análogo pronunciamiento.

25 *Fuero Real,* [3, 8, 3]: "Quando alguna mugier soltera á fiio dalgún omne soltero e el omne lo recibiere por fiio, la madre sea tenida del criar e del gouernar fata III annos si ouiere dont, e si non ouiere de qué, críelo a cuesta del padre; e si la mugier le criar de los suyo fata III annos, el padre lo críe dent adelant de lo suyo e non le tenga mas la madre si non quisiere, fueras si el alcalde por alguna razón guisada mandare que lo tenga la madre a cuesta del padre". La diversidad de formas de reconocimiento de la paternidad que aparecen en los distintos ordenamientos medievales peninsulares lleva a E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 78-93, a diferenciar el voluntario, que puede ser tácito o expreso, del necesario.

26 Esta tercera opción fue la defendida por Alonso Díaz de Montalvo, *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble rey Don Alfonso IV: glosado por el egregio Doctor Alonso Díaz de Montalvo. Asimismo por un sabio doctor de la Universidad de Salamanca adiccionado y concordado con las Siete Partidas, Leyes del Reino: dando a cada ley la adición que convenía,* 2 vols., Madrid, Pantaleón Aznar, 1781, p. 92, en su glosa a la ley [3, 6, 2]. Pero también se hace eco de las opiniones contradictorias de Baldo, que requería que la capacitación para el casamiento existiese cuando el hijo fue engendrado, y de Juan Faber, que admitía la legitimación por subsiguiente matrimonio cuando los padres estuviesen capacitados para contraerlo en el momento del nacimiento, con independencia de que al tiempo de la concepción su relación fuese considerada punible o incluso adulterina; lo que suponía admitir, asimismo, la condición de naturales de los engendrados de padre y madre solteros que, al acontecer el parto, se hubieran casado con otra persona distinta. Esta postura de Faber había sido, igualmente, abrazada, aunque sin llevarla a sus mismos extremos, por algunos canonistas, que aceptaban la legitimidad de los hijos nacidos después de que sus padres hubieran contraído matrimonio cuando hubiesen sido concebidos como naturales, es decir, fruto de la cohabitación de quienes ya entonces hubieran podido casarse, pero no si fueron engendrados como incestuosos o adulterinos. Exclusión que, en la doctrina de Baldo y en la canonística más destacada, no afectaría a otras categorías, como los mánceres y los espurios, que son mantenidas en las Partidas al margen de los beneficios de la naturalidad, incluida, cabe deducir, la posibilidad de la legitimación por el matrimonio sobrevenido. De todas estas cuestiones se ocupa en profundidad J. Martínez Gijón, *En la definición*, pp. 23-35.

c. La controvertida solución de la ley 11 de Toro

Tenemos, en definitiva, que pretendiendo arrojar luz dentro de la pluralidad de criterios existentes, la ley 11 de Toro perfila un concepto de hijo natural aparentemente más próximo al del Fuero Real que al de las Partidas, ya que se acoge expresamente la posibilidad de que la madre no comparta su lugar de habitación con el varón de quien se presume su paternidad y también la de que ni siquiera sea la única con la que éste mantiene contacto carnal[27], al tiempo que se establecen dos requisitos: uno, que el padre pudiera casarse con la madre «sin dispensación», y el otro, que en los dos supuestos mencionados –la inexistencia de convivencia y la falta de exclusividad en las relaciones sexuales– intervenga el reconocimiento, siempre voluntario, del progenitor. Cuestión que se planteó recurrentemente la doctrina fue la de si a tenor de esta redacción, en el caso de los hijos nacidos de concubina única y residente en la casa del concubinario había que entender prescindible la exigencia de que el padre admitiese la filiación, abonándose los autores a esta interpretación de manera casi unánime[28].

27 Esta es la lectura que ya en su día atribuyó a la frase "no haya tenido muger de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola", uno de los redactores de las leyes: Juan López de Palacios Rubios, *Glossemata legum Tauri quas vulgus de Toro apellat omnibus in iure versantibus nimis proficua a Ioanne Lopez de Palacios Ruuios: utriusque iuris doctore ac hispaniarum regum consiliario; tan equissimo quam doctísimo elucubrata atque digesta foeliciter incipiunt*, Salamanca, 1542, l. 11, fol. 32v, núms. 29 a 31.

28 Así, la presunción de paternidad derivada de la residencia común sería, mucho más tarde, negada por Benito Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid, Librería Gabriel Sánchez, 1862, ed. Facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1988, I, pp. 570-572, si bien lo haría partiendo de la consideración, ajena a la época de promulgación de las leyes, de que todo concubinato constituye en sí mismo una unión clandestina y reprobable. Menos clara es la postura del que es considerado el último de los comentaristas de talla de las Leyes de Toro, Juan Francisco Pacheco, quien en su *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, Madrid, Imprenta de Manuel Tello, 1862, ley 11, núm. 86, p. 162, alude a que no pudiendo plantearse la posibilidad de suprimir el concubinato, la ley de Toro había optado por buscar otra circunstancia que lo supliese y cuyos efectos equivaliesen a los suyos, esto es, el reconocimiento, del que predica como rasgos inexcusables que sea real, incuestionable, efectivo, completo y voluntario, no incluyendo en este elenco su carácter solemne sólo "porque no lo dice la ley"; sin embargo, en el núm. 88, p. 163, admite esta misma excepción, al indicar que la ley ha establecido el reconocimiento como condición necesaria, salvo cuando se trate de un concubinato único. Otra cosa distinta es que, núm. 87, p. 163, se muestre favorable a un futuro acto legislativo que acabase con lo que describe como una corruptela y un abuso, imponiendo el reconocimiento rodeado de las convenientes formalidades como un requisito necesario, que sustituyese a las irregulares pruebas que habitualmente se admitían en su lugar. Como

Y una abundante reflexión se la dedicarán asimismo al esclarecimiento de otros aspectos no precisados por la norma, en especial el relativo a la singularización de las formas admisibles de reconocimiento[29], planteándose, además, algunos de ellos la posibilidad, no contemplada en la ley 11 de Toro, que sólo atiende al elemento incierto, esto es, la identidad filiativa del padre, de que la madre rechazase la maternidad atribuida por éste en virtud de su reconocimiento del hijo[30]. Pero lo que, desde luego, no tiene eficacia a favor de la naturalización es la afirmación de la mater-

excepciones a estas reglas, recuerdan S. Llamas y Molina, *Comentario*, I, l. 11, núm. 130, p. 251, y Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Imprenta Eduardo Cuesta, 1875, III, voz «Hijo natural», p. 58, el valor sustitutivo del reconocimiento respecto a la sentencia condenatoria en los delitos de estupro con resultado de alumbramiento de prole, y J. F. Pacheco, *Comentario,* núm. 89, pp. 163-164, el artículo 372 del Código penal de 1848, que extendía estos mismos efectos a los delitos de violación y rapto. J. Martínez Gijón, *En la definición*, pp. 68-77, y E. Gacto Fernández, *La condición no legítima*, pp. 75-77, y nota 151.

29 Sostiene E. Gacto Fernández, *La condición no legítima*, pp. 89-93, que las leyes de Toro no resolvieron ninguna cuestión de las que planteaba el reconocimiento forzoso, lo que dio pábulo a una abundante elaboración doctrinal -que analiza en dichas páginas-, centrada en algunos puntos especialmente controvertidos, sobre todo, en el concerniente a la naturaleza y la diferente eficacia de las pruebas susceptibles de acreditar la filiación. También se detiene en un examen detallado de esta literatura J. Martínez Gijón, *En la definición*, pp. 71-74, quien señala que como formas válidas de reconocimiento se admitía tanto la declaración expresa del padre, para cuya manifestación J. Escriche, *Diccionario crítico*, III, voz «Hijo natural», p. 58, proponía como instrumentos adecuados para su consideración como legal la partida de bautismo, el documento elaborado ante escribano público y confirmado ante tres testigos, el testamento en el que el hijo natural fuese instituido heredero, y el acta judicial en la que constase este pronunciamiento, como la tácita, que era deducible a partir de ciertos hechos o actos del progenitor que permitiesen confirmar su paternidad, como podían ser la designación como heredero, la desheredación o la emancipación. A su vez, P. Gómez de la Serna, *Del reconocimiento*, pp. 117-118, negará que el reconocimiento debiese ser público, solemne, espontáneo y no provocado, arguyendo que en este caso no tendrían cabida los pleitos de filiación que constantemente llegaban a los tribunales. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de octubre de 1853, declaría que ni la ley de Toro ni ninguna anterio había exigido que el reconocimiento fuese expreso. B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, I, p. 752.

30 Ante este supuesto, J. Escriche, *Diccionario razonado*, III, voz «Hijo natural», p. 59, se inclinará por liberarla de sus efectos, lo mismo que si a la inversa fuese ella quien identificase como padre a un determinado individuo sin que éste lo aceptase, con lo que está sugiriendo la posibilidad de la realización de reconocimientos independientes, exclusivamente vinculantes para su autor. Sin llegar tan lejos, J. F. Pacheco, *Comentario*, núm. 97, pp. 166-167, defenderá la suficiencia del reconocimiento hecho sin designación de la madre, bastando, a menos que se presentasen pruebas contrarias, la confirmación de que se trataba de una mujer libre para contraer matrimonio. En todo caso, hay que subrayar

nidad efectuada separadamente por la mujer, pues, en este caso, los hijos serán tenidos por espurios, no disfrutando de igual estatuto jurídico que los naturales[31].

Con todo, la originalidad más destacada que presenta esta ley reside en como amortigua la exigencia de que entre los padres concurra la ausencia de impedimentos necesaria para poder contraer nupcias, al referir su cumplimiento bien al momento del alumbramiento, o bien, como lo hacían las Partidas, al de la concepción; aunque con la condición, se deduce, en este segundo caso, de que el padre se prestase a reconocer a su vástago. Una fórmula que, en opinión del profesor Martínez Gijón, refleja la influencia del dilema entre ambas opciones que tanto había interesado a los juristas, pero dándole una insatisfactoria salida, basada en la mera aceptación y acumulación en clave disyuntiva de las dos posiciones principales sostenidas en la discusión[32]. De ahí, que el debate resucite avivado entre los comentaristas de este ordenamiento, mostrándose bastantes de ellos poco conformes con esta simplificadora e imprecisa nueva solución legal[33]. Aunque lo cierto es

que los autores coinciden en la estimación del reconocimiento como una presunción frente a la que cabe la prueba en contrario. J. Martínez Gijón, *En la definición*, pp. 77-79.

31 No obstante, en ausencia de descendencia legítima, tanto los naturales como los espurios tiene acceso a la herencia materna *ex testamento* o *ab intestato*, por su orden y su grado, y con preferencia de los primeros sobre los segundos y de todos ellos sobre los ascendientes. *Leyes de Toro*, [9]: "(…) Y en caso que no tenga la mujer hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios por su orden y grado le sean herederos legítimos *ex testamento*, *et ab intestato*: salvo si los tales hijos fueran de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no pueden heredar á sus madres *ex testamento* ni *ab intestato* (…)".

32 J. Martínez Gijón, *En la definición*, p. 36.

33 Toda esta profusa literatura suscitada por la controvertida solución introducida en esta ley ha sido extensamente revisada por J. Martínez Gijón, *En la definición*, pp. 37-68. Remitiéndome a dichas páginas, aquí describiré sintéticamente en qué sentido apuntan las opiniones más autorizadas.

Así, entre quienes interpretan el precepto de conformidad con la dualidad de tiempos admitida por la ley se alinean: J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 11, fol. 30v, núm. 9. Diego del Castillo, *Las leyes de Toro glosadas. Utilis et aurea glosa domini Didaci Castelli doctoris iuris Caesarei et Romani interpretis optimi, super leges Tauri. Nuper ab eodem recognita. Additis insuper diversis in locis, doctissimis ac necessariis additionibus et glosis, ubi desiderari videbantur, quae foeliciter incipit,* 2ª edición, Medina del Campo, Tipografía Guilielmi de Millis, 1553, (1ª ed. 1527), l. 11, fol. 69r, núm. 1 (R. Gibert, *Leyes de Toro*, p. 248, identifica a este autor como Diego de Castilla). Miguel de Cifuentes, *Nova lectura seu declaratio legum taurinorum,* 2ª edición, Medina del Campo, Francisco y Mateo del Canto, 1555 (1ª ed., Salamanca, 1536), l. 11, fol. 14r, núm. 1. Tello Fernández

que, habiendo sido reproducida en la Nueva Recopilación y en la Novísima

Messia, *Prima pars commentariorum in constitutiones taurinas*, Granada, Hugo Mena y Renerus Rabu, 1566, l. 11, fol. 101v, núm. 1. Luis Velázquez de Avendaño, *Legum taurinarum a Ferdinando et Ioanna Hispaniarum regibus, foelicis recordationis utilíssima glosa sequitur*, Toledo, Ihoannes et Petrus Rodriguez, 1588, l. 11, glosa I, fol. 32v, núm. 1.Juan Matienzo, *Comentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae,* Mantua Carpetana, Petrus Madrigal, 1597 (1ª ed. Mantua Carpetana, 1580), glosa II a NR, [5, 8, 9], fol. 235v, núm. 4. Alfonso de Acevedo, *Commentarii iuris civilis in Hispaniae regias constituciones, quintum librum Noue Recopilationis complectens*, Lyon, Fratres Delville, 1737 (1ª ed. Salamanca, 1597), glosa III, NR, [5, 8, 9], fol. 269v, núm. 10. Y con agotadores argumentos S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 11, núms. 8 a 120, pp. 214-249. Menos pacíficamente es aceptada por Fernando Gómez Arias, *Subtilissima necnos valde utilis glossa ad famosísimas, subtiles, necessarias ac quotidianas leges Tauri*, Alcalá de Henares, 1546, fol. 94v- 95r, quien tibiamente se atreve a sugerir la sustitución de la conjunción disyuntiva por la copulativa, lo que equivaldría a demandar que la capacidad de formalizar el connubio se diese, no en uno u otro momento, sino en ambos. Sorprendentemente, Antonio Gómez, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*. Venecia, Typographia Balleoniana, 1747 (1ª edición, Salamanca, 1555), l. 9-12, fol. 54, núm. 1, además de sostener que la única innovación traída por la ley había sido la de suprimir la necesidad del concubinato y de la convivencia de los padres, parece ignorar la referencia al tiempo del engendramiento, pero a través de otros pasajes de su comentario, relativos a los derechos hereditarios de los hijos ilegítimos (fols. 56-57), parece acercar su postura a la de preferir el tiempo de la concepción al del parto. Su planteamiento es repetido en Juan Pérez Villamil, *Doctrina Doct. Antonii Gomez, et ejus addentis, et nepotis Didaci Gomez Cornejo, ad leges Tauri enucleata et in compendium redacta,* Madrid, Typographia Petri Marin, 1776, l.11-12, p. 39, pero no por Pedro Nolasco de Llano, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, Imprenta de Joseph Doblado, 1785, facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1981, l. 9-12, p. 56, que vuelve a la postura mayoritaria. Más ambiguo es el posicionamiento de Juan Álvarez de Posadilla, *Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*; Madrid, Imprenta de Antonio Martínez, 1826 (1 ed. Madrid, 1796), pues si bien en el comentario a la ley 11 no se pronuncia sobre la cuestión (p. 110), al tratar de la legitimación (pp. 114-115) no queda claro si opta por la fórmula disyuntiva o por la copulativa. Finalmente, J. F. Pacheco, *Comentario*, l. 11, pp. 167-169, núms. 101-105, aun reconociendo que, conforme al tenor literal de la ley, cabe acudir a cualquiera de los dos tiempos, descarta su aplicación por absurda, apostando por entender que el tiempo de nacimiento alude a todo el período de gestación. Una lectura forzada de la ley que también suscribirá, P. Gotarredona, «Hijos naturales», en *RGLJ,* 34 (1869), 64-72.

Las discrepancias en cuanto a la interpretación del innovador enunciado de la ley no deben entenderse como una mera discusión teórica doctrinal, ya que dependiendo de la postura que se adoptase derivaban diferentes consecuencias prácticas acerca de la consideración, o no, como naturales, de los hijos adulterinos, los concebidos de padres solteros cuando al llegar al tiempo del nacimiento cualquiera de ellos hubiera perdido esta condición, los mánceres reconocidos por ambos progenitores, los engendrados entre personas imposibilitadas para casarse por mediar impedimento, o los concebidos y nacidos

Recopilación,[34] esta controvertida fórmula legal prolongará su vigencia hasta la promulgación del Código Civil, si bii ello no significa que los proyectos previos permaneciesen siempre fieles a este esquema.

d. Reformas codificadas y fijación del estatuto del hijo natural

Para empezar, el frustrado proyecto de Código civil de 1821[35] introducía, al respecto, destacadas novedades. Así, después de distinguir con concluyente criterio entre los hijos legítimos, esto es, los nacidos de legítimo matrimonio a su debido tiempo, y los ilegítimos, que eran todos los demás[36], se detenía en la clasificación de estos últimos. Y al definir los naturales, abandonaba la línea marcada en la citada ley toresana, al caracterizarlos como los habidos por personas no imposibilitadas para contraer matrimonio por su estado o su parentesco al tiempo de la concepción, y no al del nacimiento; siendo incestuosos cuando concurriese dicho impedimento de parentesco, adulterinos cuando la inviabilidad del enlace derivase de disfrutar ya, uno de los implicados, o ambos, de la condición civil de casado, bastardos cuando este obstáculo viniese determinado por la dedicación religiosa de alguno de los progenitores[37], y espurios si nacieron de mujer soltera o viuda y padre desconocido[38]. La prueba de la filiación

de alguien que estaba ligado por esponsales o promesa de matrimonio con una tercera persona. De las opiniones vertidas sobre todos aspectos rinde cuenta J. Martínez Gijón, *En la definición,* pp. 51-68.

34 *Nueva Recopilación*, [5, 8, 9]. *Novísima Recopilación*, [10, 5, 1].

35 *Proyecto de Código civil que presenta la Comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española,* 4, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, Madrid, Ministerio de Justicia, Codificación General de Codificación, 1970), vol. II, apéndice I, 7-71.

36 *Proyecto de Código civil de 1821*, [357]: "(1) Los hijos son legítimos o ilegítimos. (2) Son y se llaman legítimos los que nacen de legítimo matrimonio a debido tiempo. Todos los demás se llaman ilegítimos". El artículo [359] explicaba que a su debido tiempo se refería al período mediante entre doscientos diez días después de la celebración del matrimonio hasta el cumplimiento de los trescientos días posteriores a la disolución o la separación, no admitiéndose, según el artículo [360], prueba en contrario de esta presunción, salvo la ausencia del marido, o el impedimento absoluto para cohabitar con la mujer.

37 El perfil con el que se presenta esta figura se aparta claramente del que habitualmente recibía en alusión a los hijos habidos de padres que no podían contraer matrimonio entre sí cuando fueron procreados. *Cfr.* J. Escriche, *Diccionario razonado*, III, voz «Hijos», p. 47, y voz «Hijo ilegítimo», p. 56, que señala como en ocasiones su significado se hace equivalente, genéricamente, al de hijo ilegítimo y otras veces al de los espurios.

38 *Proyecto de Código civil de 1821*, [358]: "Los hijos ilegítimos son: 1º, naturales,

de los hijos naturales admitía, además, dos modalidades: por declaración libre, conjunta o individual, de los padres hecha en instrumento público, y por presunción legal a partir de actos como la asunción de la responsabilidad de la educación del hijo o el tratamiento como tal dispensado de obra o de palabra, teniéndose por suficientes las pruebas indirectas por la prueba completa de hechos diversos. Sin embargo, la convivencia bajo el mismo techo con la madre se consideraba irrelevante, lo que desligaba esta figura de la existencia de concubinato. Mientras que, por otra parte, la iniciativa para promover esta declaración se les atribuía tanto al padre como al hijo y al tutor, abriendo, con ello, cauce a un procedimiento de reconocimiento forzoso, que no era contemplado con anterioridad, si bien, también se daba cabida a la impugnación por parte de los parientes y de otras personas interesadas[39].

Mucho más minucioso en su regulación, el Proyecto de Código civil de 1836 también calificaba como ilegítimos a los hijos que no habían sido procreados dentro de un legítimo matrimonio[40]. Pero al identificar entre ellos a los naturales, se apartaba de nuevo de la ley 11 de Toro cuando los definía como los procedentes de soltero y soltera que al tiempo de la

si fueron habidos de personas no impedidas de contraer matrimonio entre sí por razón de su estado ni de su parentesco al tiempo de la concepción del hijo; 2º, espurios, si nacieron de mujer soltera o viuda, y no consta el padre; 3º, incestuosos, si fueron habidos de personas incapacitadas de contraer matrimonio entre sí, por parentesco o cuasi parentesco al tiempo de la concepción; 4º, bastardos, si fueron habidos de personas que al tiempo de la concepción estaban ligadas, a lo menos una, con profesión religiosa o con orden sacro; 5ª, adulterinos, si fueron habidos de personas ligadas, a lo menos una, con el vínculo del matrimonio al tiempo de la concepción.

39 *Proyecto de Código civil de 1821*, [361]: "(1) La filiación de los hijos naturales se prueba de dos modos: 1.º, por declaración libre de los padres unida o separadamente, hecha en instrumento público; 2.º, por presunción legal. Esta presunción estriba en los actos de haber cuidado los reputados padres de la educación del hijo presunto, o de su establecimiento; de haberle tratado como tal hijo de palabra o de obra, y en otros hechos semejantes. La ley prescinde de si la madre habitó o no bajo un mismo techo con el padre. (2) Cualquiera de los padres que ha reconocido a su hijo, el hijo presuntivo o su tutor pueden promover la declaración de filiación, para la cual bastan pruebas indirectas por la prueba completa de hechos diversos. (3) Son parte legítima para impugnar esta declaración las personas interesadas y cualquiera de los parientes". Buscando concordancias en este proyecto, J. Martínez Gijón, *En la definición*, pp. 85-87, además de en el Código de Luisiana, las encuentra en el *Code civil* de 1804, si bien se aparta del mismo en cuestiones esenciales relativas a los efectos del reconocimiento.

40 *Proyecto de Código civil de 1836* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española,* 4, *Codificación civil*, vol. II, apéndice III, 89-320), [322]: "Son hijos ilegítimos o bastardos los que no han sido procreados en legítimo matrimonio".

concepción hubieran podido casarse legítimamente sin dispensa, coincidiendo con dicha ley, sin embargo, en la exigencia del reconocimiento y en la eficacia de este acto aunque el padre no hubiese vivido con su madre, ni ésta fuese la única con la que hubiera mantenido relaciones íntimas[41]. Es más, el proyecto conceptuaba asimismo como tales a los nacidos de un matrimonio contraído a sabiendas de la existencia de vicios de nulidad, o sin que se hubiesen verificado los requisitos fijados para la validez del matrimonio legítimo[42], teniéndoseles por hijos naturales reconocidos sin necesidad de pasar el trámite del reconocimiento[43]. E, incluso, a los hijos incestuosos se les daba acceso a dicha condición de forma sobrevenida, desde el momento en el que la autoridad eclesiástica dispensara el parentesco, siempre que no hubiera llegado a celebrarse el casamiento[44]. El reconocimiento, que aparecía reservado a los hijos naturales, frente a la simple declaración como hijos, a la que podrían aspirar las demás categorías de ilegítimos (espurios, incestuosos, sacrílegos y adulterinos)[45], podría realizarse por el padre en el acto del bautismo, haciéndolo constar en la partida de nacimiento, o bien con posterioridad, mediante escritura

41 *Proyecto de Código civil de 1836*, [324]: "Son hijos naturales los procedentes de soltero y soltera que al tiempo de la concepción podían casarse legítimamente sin dispensa, siempre que el padre los haya reconocido por tales hijos aunque no hayan vivido en una misma casa con la mujer de quien los hubo, ni sea la única con quien haya tratado".

42 *Proyecto de Código civil de 1836*, [325]: "La ley declara asimismo por hijos naturales a los nacidos de un matrimonio contraído a sabiendas, con vicios de nulidad, o sin haber verificado las condiciones que según las leyes de este Código son necesarias para que el matrimonio se tenga por legítimo".

43 *Proyecto de Código civil de 1836*, [228]: "Los hijos nacidos de un matrimonio nulo serán considerados como legítimos, si hubiera habido buena fe por parte de los padres o aún de solo uno de ellos; en falta de esta buena fe, se tendrán aquéllos por naturales reconocidos". En este último caso, si hubiese existido malicia o dolo en fraude o perjuicio de terceros, éste sería castigado con las penas correspondientes según el Código penal (artículo [227]). Distinto es el caso del matrimonio nulo pero contraído de buena fe por cualquiera de los cónyuges, que no afectará a la condición de hijos legítimos de la prole, [287]: "Son hijos legítimos los habidos en un matrimonio celebrado legítimamente o contraído de buena fe por cualquiera de los consortes, aunque después se declare nulo".

44 *Proyecto de Código civil de 1836*, [327]: "Se tienen por hijos de unión incestuosa los procedentes de personas unidas por parentesco en grado prohibido y no dispensado para poder contraer matrimonio. Mas en cualquier tiempo en que por la potestad eclesiástica se dispensare el parentesco, la ley califica los procedentes de aquella unión por hijos naturales, si no se hubiere celebrado el matrimonio".

45 *Proyecto de Código civil de 1836*, [331]: "Todos los hijos ilegítimos, de cualquier clase que fueren, podrán ser declarados como tales hijos por sus padres". La definición de cada uno de estos tipos de hijos ilegítimos se contiene en los artículos 326 a 329.

pública, por un acto entre vivos o de última voluntad, debiendo, en todo caso proporcionarse el nombre de ambos progenitores y hacerse alusión a la circunstancia inexcusable de su capacidad para contraer nupcias al tiempo de la concepción; extremos éstos que también podrían quedar reflejados en una cédula especial y cerrada, separada del instrumento de reconocimiento[46]. Resulta significativo, empero, que este proyecto únicamente contemplase el reconocimiento paterno[47], redundando en esta ausencia de referencia al materno el hecho de que se previese que, en el caso de que el padre no hubiese hecho mención expresa a la identidad de la madre, el hijo sólo respecto al mismo obtendría el beneficio de su aceptación, pero no como natural reconocido, sino simplemente como ilegítimo, aunque este antecedente le facultaría para intentar después la prueba y reclamar una decisión judicial acerca de la mujer en quien su padre le había tenido[48]. Esta aceptación unilateral de la filiación se prestaba, con todo, a falsedades, tanto acerca de la maternidad, como sobre la propia asunción de la paternidad, para desmontar las cuales se ofrecían vías judiciales de impugnación[49]. Finalmente, en determinados supuestos se ad-

46 *Proyecto de Código civil de 1836*, [337]: El reconocimiento de un hijo natural podrá hacerse en el acto del bautismo por el padre y expresarse en su partida, conforme a lo prevenido en los artículos 575 y 576"; [338]: "Si no se hubiese verificado este reconocimiento al tiempo del bautismo, deberá hacerse en escritura pública, ya por acto entre vivos, o de última voluntad". [339]: "En cualquier acto en que se haga el reconocimiento de un hijo natural deberá expresarse el nombre de las dos personas que la hayan procreado, con la circunstancia de que al tiempo de la concepción podían contraer matrimonio legítimamente"; [340]: "La indicación del padre o de la madre podrá hacerse en cédula especial y cerrada, para que se abra en cierto tiempo o en determinada ocasión si hubiere inconveniente en declararlo en el cuerpo de aquel instrumento".

47 Ello a pesar de que el artículo [334] sí habla de la posibilidad de que lo efectúe la madre, al advertir de que ello no debe repercutir en detrimento de la prole legítima tenida con posterioridad: "El reconocimiento que el uno de los cónyuges hiciere de un hijo natural habido de otra persona antes de su legítimo enlace no perjudicará a los demás hijos legítimos del que le reconociese".

48 *Proyecto de Código civil de 1836*, [341]: "Cuando el padre no hubiere hecho mención alguna de la mujer en quien hubiere tenido el hijo, que reconoce como natural propiamente dicho, este reconocimiento se tendrá por una declaración que no constituye por sí sola al hijo en la clase de natural reconocido. No obstante, esta declaración servirá de antecedente escrito para que el hijo contenido en ella pueda intentar la prueba y reclamar la decisión judicial acerca de la mujer en quien su padre le hubo".

49 El ejercicio de este derecho se le atribuye a cualquier interesado, [344]: "Todos los que tengan interés en contradecir la filiación natural serán admitidos a impugnarla", admitiéndose la prueba contra una filiación incierta, que solamente otorgará derechos respecto al declarante, [343]: "El hijo declarado por uno solo de sus padres, así como el que

mitía la posibilidad de obligar al padre, a instancias del hijo, de la madre o de los parientes, a emitir un reconocimiento forzoso, que, en su defecto, podría verse suplido por un pronunciamiento del juez[50].

Personaje clave en el período que gira en torno a la aparición del estimable Proyecto de Código civil de 1851 lo será Florencio García Goyena, quien ya antes de los inicios de los trabajos conducentes a su elaboración había manifestado su radical oposición a la interpretación literal de la ley 11 de Toro, por su indistinción entre los momentos de la concepción y del nacimiento, lo que, a su parecer, podría conducir a deplorables consecuencias, como la de la conversión en hijo natural del adulterino, y también por su falta de precisión acerca de la forma del reconocimiento, que, en su opinión, debería ser necesariamente expresa y solemne, para evitar los graves males que los pleitos de filiación introducían en la administración de justicia[51]. Ideas que en las fases previas de redacción trasladaría a una propuesta de base en la que, rechazando los perniciosos efectos de la diferenciación entre los hijos naturales, espurios, adulterinos, sacrílegos o incestuosos, abogaría por la reducción de los efectos civiles de la filiación a los legítimos y a los legitimados por el matrimonio, sin perjuicio de que todos ellos pudiesen beneficiarse de esta segunda opción; de este modo –sostenía–, la fuerza de la sagrada institución matrimonial permitiría la igualación de todos ellos, borrando su ilegitimidad original[52]. No obstan-

resulta no tener por padre o madre a la persona que designa el reconocimiento, sólo adquirirá derechos respecto a la persona que le hubiese declarado". Las pruebas de la filiación de los hijos legítimos e ilegítimos son reguladas en los artículos [301] a [321].

50 En concreto, el artículo [342] amparaba la aplicación de dicho mecanismo cuando el hijo hubiese sido concebido durante el pacto esponsalicio, o coincidiendo con el rapto de la madre, o cuando habiendo sido declarado por el padre sin identificación de la madre, el hijo acreditase quien era ésta, además de su condición de soltera al tiempo de la concepción.

51 F. García Goyena y J. Aguirre, *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, Madrid, Boix, 1841-1842, vol. I, pp. 283-286. Para mayor detalle, véase J. Martínez Gijón, *En la definición*, pp. 92-93. En parecido sentido, acerca de los males que de esta interpretación de la ley de Toro podrían derivarse se pronunciaba F. Cárdenas y Espejo, *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarla se proponen en el Proyecto de Código Civil*, Madrid, R. Rodríguez de Ribera, 1852, pp. 11-12.

52 Fuera de estas dos grandes opciones, solo admitía, atribuyéndola ciertos derechos, una innominada categoría, integrada por aquellos hijos que fueron concebidos cuando entre los padres existía un impedimento, luego dispensado a petición de ambos, pero sin que llegaran a casarse por causa de muerte o por alguna otra razón ajena a su voluntad.

te, en la discusión plantada dentro de la Comisión de Codificación, acabó imponiéndose la propuesta de T. Mª Vinzanos, dando lugar a la base novena, por la que el padre y la madre quedaban facultados para reconocer al hijo que hubiese sido procreado cuando el reconociente gozase de aptitud para casarse, otorgándosele en su virtud el derecho a llevar su apellido y a recibir alimentos de aquél, o de ambos, cuando el reconocimiento fuese conjunto. Con el novedoso añadido de la prohibición, salvo en situaciones tasadas, de las investigaciones sobre la paternidad[53].

Claramente influido en este apartado por el Código civil francés, el proyecto de 1851 definirá al hijo natural al hablar de su legitimación por subsiguiente matrimonio, abonándose al criterio, por entonces ya habitual, de apartarse de la ley 11 de Toro, al requerir la capacidad para casarse de los padres exclusivamente al tiempo de la concepción, y con la originalidad adicional de que de esta capacidad se admitiría aunque para materializarla fuese precisa la obtención de dispensa[54]. Como excepción,

El texto de su propuesta rezaba así: "La ley no reconoce por hijos, para los efectos civiles, sino los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio; sin embargo, cuando por mediar entre los padres, al tiempo de la procreación del hijo, algún impedimento, hubieren ellos pedido y obtenido de común acuerdo la dispensa, si por la muerte de alguno de ellos ú otra causa independiente de su voluntad no se realizare el matrimonio, tendrá el hijo derecho a llevar los apellidos de los padres, a ser alimentado por éstos, y a lo demás que se dirá en el título de las herencias". F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, Universidad, 1974, apéndice 2, pp. 284-292; el texto de la base en pp. 286-287.

53 *Bases del Código civil aprobadas por la Comisión General y elevadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, I, pp. 163-165), [Base 9ª]: "(1) El padre o la madre podrán reconocer al hijo ilegítimo que hubiese sido procreado cuando la persona por quien es reconocido se hallaba en aptitud de casarse. Este reconocimiento dará al hijo el derecho de llevar el apellido y recibir alimentos del padre o madre que lo hubiera reconocido, y de los dos, si por ambos se hiciere el reconocimiento hallándose en las circunstancias expresadas. (2) Por punto general no se permitirá investigación sobre la paternidad ni la maternidad, salvas las excepciones que se establezcan en el Código". En todo caso, esta solución no satisfizo a un F. García Goyena, *Concordancias*, p. 288, para quien, al reproducir la solución adoptada en el *Code civil*, se importaban también sus inconvenientes, incluido el de facilitar la calificación como naturales de los hijos incestuosos, sacrílegos o adulterinos.

54 *Proyecto de Código civil de 1851* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española,* 4, *Codificación civil*, vol. II, apéndice IV, pp. 321-496), [118]: "(1) Los hijos naturales se legitimarán únicamente por el subsiguiente matrimonio de sus padres. (2) Se comprende solamente bajo el nombre de hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse, aunque fuera con dispensa; y deberá observarse lo dispuesto en el artículo 122".

se excluía a los hijos tenidos por un tío con su sobrina carnal[55], marcándose también nítidamente la diferencia con otras clases de hijos ilegítimos, respecto a las que, en el caso de probarse ser esa su verdadera calidad, se negaba la validez del reconocimiento otorgado como si fuesen naturales, reduciéndose sus derechos, en la línea de la ley 9 de Toro, al de alimentos[56]. Para surtir efectos jurídicos este acto de carácter voluntario, que los padres podrían asumir conjuntamente o por separado, debería ser formalizado en la partida de nacimiento, en escritura pública o en testamento, bastando, cuando se hiciese de modo individual, que aquél que reconociese al hijo hubiese sido libre para contraer matrimonio en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al parto[57]; estando obligado, en todo caso, a no revelar el nombre o facilitar la identidad del otro progenitor[58]. Cautela que era reforzada mediante la prohibición de la investigación de la paternidad o la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, aunque en contrapartida se permitía la impugnación del reconocimiento por cualquier interesado, una vez muerto el autor o los autores del mismo[59]. En virtud, en fin, de este trámite, el hijo natural, cuyo

55 *Proyecto de Código civil de 1851*, [122]: "(2) No podrá ser reconocido el hijo habido por un tío en su sobrina carnal". Curiosamente, según referencia de J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, p. 250, esta exclusión no la encontraría justificada R. Ortiz de Zárate, *Observaciones al proyecto de Código civil,* Burgos, Revista de Tribunales, 1852 (obra que no he logrado localizar), quien, en general, estimaba que todo el sistema establecido favorecía la irresponsabilidad de los padres.

56 *Proyecto de Código civil de 1851*, [132]: "Si de una sentencia ejecutoria resultare que el hijo reconocido como natural procede de unión adulterina, incestuosa, no dispensable por la Iglesia, o sacrílega, será nulo el reconocimiento, y aquél no tendrá más derechos que a los alimentos".

57 *Proyecto de Código civil de 1851*, [124]: "(1) El reconocimiento de un hijo natural ha de hacerse en la partida de nacimiento, en escritura pública o en testamento. (2) De otro modo no producirá efecto en derecho"; [123]: "Para el reconocimiento de uno solo de los padres, bastará que el que le reconoce haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros cientos veinte días, de los trescientos que precedieron al nacimiento; la ley presume para este caso que el hijo es natural". En realidad, la literalidad de este último precepto suponía dejar vía libre a las posibles indeseables consecuencias sobre las que había advertido García Goyena, ya que la libertad para el casamiento de la que se habla es absoluta, y no sólo referida al otro procreador.

58 *Proyecto de Código civil de 1851*, [125]: "Cuando el padre y la madre separadamente reconozcan un hijo natural, no podrán revelar, en el acto de reconocimiento, el nombre de la persona con quien lo hubo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida".

59 *Proyecto de Código civil de 1851*, [127]: "(1) Se prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio. (2)

consentimiento era exigido si hubiese alcanzado ya la mayoría de edad, pudiendo, en el caso contrario, reclamar contra su eficacia hasta cuatro años después de llegar a esta condición o de tener noticia de que se había producido, gozaría de los derechos de llevar el apellido de quien le reconociese, de ser alimentado por éste y de recibir la porción hereditaria que, de conformidad con lo previsto en el propio código, le correspondiese[60].

Aunque de mínima repercusión, parece oportuna la alusión al proyecto de Libro primero del Código civil presentado en mayo de 1869 por el ministro de Gracia y Justicia, Antonio Romero Ortiz, que a pesar de adscribirse a una coyuntura política progresista, se mostraba acusadamente conservador en materia de filiación. Así, si bien la presunción de legitimidad se ampliaba en favor de los nacidos dentro de la unión conyugal, pero concebidos con anterioridad, siempre que ninguno de los padres estuviese ligado por otro vínculo matrimonial previo, al igual que alcanzaba a los póstumos, cuando concurriesen pruebas indubitables que la confirmasen, y a los hijos de un matrimonio contraído de buena fe, pero luego declarado nulo por intervenir un impedimento dirimente[61], la noción de hijo natural resultaba sensiblemente recortada respecto al proyecto de 1851, pues lejos de admitirse como en éste que la posibilidad del casamiento

Sin embargo, todo reconocimiento del padre o de la madre, o de los dos juntos, podrá ser impugnado por un tercer interesado, después de muerto el que hizo el reconocimiento". Frente a la prohibición de la investigación de la maternidad se pronuncia J. Escobar, «Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Código civil español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4 (1854), 73-93; 5 (1854) 5-25; 6 (1855), 5-22, 261-267; 7 (1855), 137-149, 245-253, pp. 86-88, alegando que buscando proteger la fragilidad del pudor de la mujer, el legislador había marginado el interés más importante que el hijo, por el sólo hecho de nacer, adquiere contra sus padres. La prohibición de la investigación sobre la filiación es considerada por F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 16-18, digna de alabanza en lo referido a la paternidad, pero la encuentra excesiva en lo relativo a la maternidad, por estimar que puede dar lugar a grandes injusticias respecto a hijos condenados a la indigencia y a la marginación social.

60 *Proyecto de Código civil de 1851*, [128]: "El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento"; [129]: "(1) Si el hijo reconocido es menor, podrá reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad. (2) El término para proponer esta acción será el de cuatro años, que comenzarán a correr desde que el hijo sea mayor, si antes tenía noticia del reconocimiento, y en otro caso, desde que la tuvo". [130]: "El hijo reconocido por el padre o la madre o por los dos, de común acuerdo, tiene derecho: 1.º, A llevar el apellido del que le reconozca: 2.º, A ser alimentado por éste. 3.º, A percibir la porción hereditaria que se determina en los artículos 776 y 777".

61 *Proyecto de ley del libro primero del Código civil presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el ministro Antonio Romero Ortiz* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, vol. II, apéndice V, pp. 497-543), Exposición de motivos, p. 502.

entre los progenitores derivase de una dispensa, se remitía expresamente a los impedimentos susceptibles de hacerlo inviable[62]. La regulación del procedimiento de reconocimiento no conocía, por el contrario, otra alteración que la admisión de la investigación de la maternidad[63].

Desde su posición de ministro de Gracia y Justicia, en 1881 Manuel Alonso Martínez elaboraría un proyecto de ley de Bases en el que se reiteraba la posibilidad de que el reconocimiento de los hijos naturales fuese efectuado por uno solo de los padres, sin perjuicio de la impugnación del acto por cualquier perjudicado[64], al tiempo que se abría la puerta a una investigación condicionada de la paternidad y se permitía sin restricciones la de la maternidad[65]. No obstante, frente a la mala acogida dispensada a esta iniciativa, Alonso Martínez promoverá la presentación, en 1882, de un nuevo proyecto de Código civil, que comprendía los libros I y II –después recogidos en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888[66]– que en la materia que nos ocupa, a pesar de respetar el núcleo de la regulación contenida en el proyecto de 1851, introducía algunas modificaciones reseñables. Así, consolidándose, definitivamente, la noción del hijo natural como el nacido fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la con-

62 *Proyecto de libro primero de 1869,* [144]: "(1) Es hijo natural el nacido fuera del matrimonio de padres que, al tiempo de la concepción, podían casarse por no mediar ningún impedimento de los expresados en los párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo del artículo 52.". En los restantes párrafos de este artículo se definía a los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, respecto a los cuales el artículo [145] prohibía toda investigación de filiación, mientras que el [146] negaba toda opción a su legitimación.

63 *Proyecto de libro primero de 1869,* [160]: "Se admite la investigación de la maternidad. Si la demandada negase la maternidad, el hijo deberá probar con testimonios fehacientes ser el mismo que dio a luz aquella en el parto". Esta redacción es deudora del artículo 341 del *Code civil*, pero prescindiendo de la exigencia de la concurrencia de un comienzo de prueba escrita contenido en éste. J. Martínez Gijón, *En la definición*, p. 105.

64 El texto de estas bases lo recoge J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, vol. I, pp. 386-387. Decía la [*Base 6ª*]: "Podrá reconocer a los hijos naturales uno solo de los padres; pero quedará a salvo a las personas a quienes este acto perjudique, el derecho de impugnar el reconocimiento negando, bien que el reconocido sea hijo del que le reconoce, bien que tenga la calidad de hijo natural".

65 [*Base 7ª*]: "Sólo se admite la investigación de la paternidad en el caso del artículo anterior o cuando exista reconocimiento indudable de parte del padre. Estará permitida la investigación de la maternidad".

66 El proyecto de Código Civil de 1882 ha sido publicado por J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, vol. II, apéndice VI, pp. 545-607. No obstante, por coincidir su texto con los libros I y II del Anteproyecto del Código Civil de 1888, citaré por este según su edición de M. Peña Bernaldo de Quirós, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2ª ed., Madrid, Colegios Notariales de España, 2006.

cepción pudieran casarse, sin dispensa o con ella[67], también se confirma la disciplina del reconocimiento en lo tocante a la posibilidad de los padres de realizarlo de común acuerdo o por separado[68], la obligación, en este segundo caso, de mantener oculta la identidad del otro procreador[69], los instrumentos válidos para plasmarlo[70], la necesidad de consentimiento del mayor de edad[71], los derechos reportados al hijo reconocido[72] y la facultad de impugnarlo que asiste a los perjudicados[73]. Constituyen novedades, las siguientes: cuando el beneficiado fuese menor de edad, si el reconocimiento no se hiciese constar en el acta de nacimiento o en testamento, será precisa la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal, manteniéndose su derecho a reclamar hasta cuatro años después de llegar a la mayoría de edad[74]; el reconocimiento se dispone forzoso para

67 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [98]: "(1) Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales. (2) Son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieran casarse sin dispensa o con ella". Modifica el artículo [118. 2] del proyecto de 1851.

68 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [108]: "El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos"; [109]: "En el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, se presumirá que el hijo es natural siempre que el que lo reconozca hubiere tenido capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción":

69 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [111]: "(1) Cuando el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no podrán revelar el nombre de la persona con quien hubieren tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida. (2) Los funcionarios públicos no autorizarán documento alguno en que se falte a este precepto". El párrafo (1) modifica el artículo [125] del proyecto de 1851.

70 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [110]: "El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público". Coincide con el artículo [124] del proyecto de 1851.

71 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [112]: "(1) El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento". Coincide literalmente con el artículo [128] del proyecto de 1851.

72 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [113]: "El hijo reconocido tiene derecho: 1.º A llevar el apellido del que le reconoce. 2.º A llevar el apellido del que le reconoce. 3.º A percibir en su caso la porción hereditaria que se determina en este Código". Concuerda con el artículo [130] del proyecto de 1851.

73 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [117]: "El reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo segundo del art. 98, o en que se haya faltado a las prescripciones de esta sección, podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique". Modifica el artículo [127. 2] del proyecto de 1851.

74 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [112]: "(2) Cuando el reconocimiento del menor de edad no tenga lugar en el acta de nacimiento, o en testamento, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal. (3) En estos casos el

el padre cuando existiese un documento absolutamente fiable en el que expresamente admitiese su paternidad, cuando el hijo viniese gozando de forma continuada de dicho estado como consecuencia de actos directos suyos o de su familia, y en los supuestos de violación, rapto o estupro contemplados en el Código penal, añadiéndose, en el caso de la madre, que estuviesen probados el hecho del parto y la personalidad del hijo[75]; la acción de reconocimiento sólo podrá ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo que se hubiese producido su fallecimiento durante la minoría de edad del hijo, que podrá deducir la acción en el mismo plazo de cuatro años antes mencionado, o también, que apareciese un documento antes desconocido, en el que el hijo fuese expresamente reconocido[76]. Hay que subrayar, además, que de los otros hijos ilegítimos, entre los que no se singularizan sus diversas categorías, no se permiten investigaciones de paternidad o maternidad, excepto para la reclamación del derecho de alimentos, y dándose determinadas circunstancias[77].

menor podrá impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes al de su mayor edad".

75 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [114]: "(1) El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes: 1.º Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad. 2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. (2) En los casos de violación, estupro o rapto se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole"; [115]: "(1) La madre estará obligada a reconocer al hijo natural: 1º Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior. 2º Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo".

76 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [116]: "(1) Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes: 1º Si el padre o la madre hubieren fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad. 2º Si después de la muerte del padre o de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiere tenido noticia en el que reconozcan expresamente al hijo. (2) En este caso la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento".

77 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [118]: "(1) Los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres los alimentos necesarios. (2) En todo lo demás serán considerados como extraños para los padres y para las familias de éstos"; [119]: "El derecho a los alimentos de que habla el artículo anterior sólo podrá ejercitarse: 1.º Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil. 2.º Si la paternidad o maternidad proviene de un matrimonio declarado nulo. 3.º Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozcan la filiación. 4.º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del

El nuevo proyecto de Ley de Bases de 1885, presentado por Francisco Silvela, no se apartará de sus precedentes, al restringir la investigación de la paternidad a los casos de concurrencia de un delito o de existencia de un escrito del padre en el que constase de modo incuestionable su voluntad de reconocer como suyo al hijo y la posesión de estado, y también al permitir la indagación de la maternidad, tanto referida a los hijos naturales reconocidos como a los demás ilegítimos[78]. Interrumpida, sin embargo, su discusión, para atender a cuestiones de mayor urgencia legislativa, no sería retomada hasta marzo de 1888, centrándose las intervenciones relativas a la base cuarta en las restricciones introducidas a la investigación de la filiación. No obstante, finalmente resultaría aprobada en sus términos originales[79].

Entretanto, algunos aspectos relativos a la filiación fueron también debatidos en el magno Congreso jurídico organizado en Madrid por la Junta de Gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,

parto y la identidad del hijo"; [120]: "Fuera de los casos expresados en el artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que directa o indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad o maternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales".

78 *Proyecto de ley de Bases de 1885* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, vol. I, pp. 427-432), [Base IV]: "No se admitirá la investigación de la paternidad, sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado. Se permitirá la investigación de la maternidad si se refiere a hijos naturales reconocidos y de los demás ilegítimos (...)".

79 El debate arrancó con la enmienda presentada por Faustino Rodríguez San Pedro, pidiendo ampliar la prohibición de investigar la paternidad a la madre, respondiéndole Martínez del Campo que mientras que la primera se introdujo en el Código napoleónico, la segunda sólo había sido erradicada en el proyecto de 1851, constituyendo un derecho natural del hijo, cuyo fundamento era el amparo de la familia, produciéndose luego nuevas intervenciones de ambos relativas al sentido igualitario o no de los supuestos en los que respectivamente eran admitidas la investigación paterna y la materna. Completamente contrario a la base se manifestaría después G. Azcárate, apelando a la injusticia moral y social de los perjuicios sufridos por los hijos ilegítimos por males de responsabilidad exclusiva de los padres, y al carácter ineludiblemente incompleto y dependiente del recurso a presunciones de la investigación sobre la paternidad en cuanto limitada a tres únicos supuestos, por lo que pedía que quedase abierta a todos los medios de prueba referidos al parto y la identidad del hijo. Curiosamente, en su respuesta, pese a realizar algunas precisiones, Martínez del Campo expresaría su conformidad personal con las tesis de Azcárate, aunque en la votación su propuesta sería rechazada. Sobre el discurrir del debate da noticia J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, vol. I, pp. 534-536.

en noviembre de 1886[80]. Además de abogarse por que se permitiese el reconocimiento realizado por ambos padres de común acuerdo, o por sólo uno de ellos por separado, por la necesidad del consentimiento del hijo reconocido que fuese mayor de edad, por la prohibición de la investigación de la paternidad y la maternidad, y por la atribución al hijo natural reconocido de los derechos de llevar el apellido de quien le reconociese, de percibir alimentos y una porción hereditaria, y de suceder *abintestato* a falta de descendencia legítima, entre sus conclusiones se incluían la reducción de las formas de la ilegitimidad a dos tipos: los hijos naturales y el resto de los no legítimos, y la equiparación al hijo natural del nacido de una mujer soltera y un hombre casado, una vez disuelto su matrimonio y a condición de que éste no tuviese descendencia legítima. Lo que suponía romper la igualdad de sometimiento de ambos progenitores al requisito de la capacidad para casarse, y desligar la del padre de los tiempos tradicionales consagrados en la ley 11 de Toro, con eventuales consecuencias como la de que el hijo concebido y nacido adulterino podría convertirse en natural con carácter sobrevenido[81].

Ninguna de estas dos últimas propuestas tendría, con todo, reflejo posterior, ya que el texto definitivo del Código civil de 1889[82] no se apar-

80 Una amplia información sobre el contenido del Congreso fue recogida por R. Sanchéz Ocaña, «Congreso jurídico español», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 69 (1886), pp. 435-447 y 565-665. Los dictámenes iniciales fueron presentados por Paso y Delgado y Díaz Cobeña, por un lado, y Planas y Casals, por otro, con diversas enmiendas, entre las que sobresale la de Canalejas, con una intervención a favor de la admisión de las investigaciones de paternidad y maternidad. Sobre esta cuestión, pp. 612-622.

81 J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, I, p. 522. J. Martínez Gijón, *En la definición*, pp. 108-109.

82 Para la primera edición del Código, publicada en la Gaceta de Madrid entre el 9 de octubre y el 8 de diciembre de 1888, en cumplimiento del Real Decreto de 6 de octubre de 1888, utilizaré la versión publicada por la Revista de los Tribunales, *Código civil español redactado por el Gobierno en cumplimiento de la ley de 11 de mayo de 1888, y publicado á virtud de autorización concedida al mismo por Real Decreto de 6 de octubre del mismo año,* ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios por M. Falcón, estudio crítico por V. Romero y Girón, Madrid, Centro editorial de Góngora, 1888, 5 vols. Los artículos [129] a [138] se corresponden literalmente con los artículos [108] a [117] del Anteproyecto de 1882-1888. Las única alteración que se introduce se halla en el [132], donde se incluye este párrafo: "(2) Los funcionarios públicos no autorizarán documento alguno en que se falte a este precepto. Si a pesar de esta prohibición lo hicieren, incurrirán en una multa de 125 a 500 pesetas, y además se tacharán de oficio las palabras que tengan aquella revelación". El texto de 1888 pasará sin variaciones a la edición definitiva de 1889, artículos [129] a [138], que citaré por *Código civil español,*

tará en nada, en las cuestiones aquí analizadas, de las soluciones legales contenidas en el Proyecto de 1851 y en la Ley de Bases de 1882. Quedaba así establecido un nuevo concepto de hijo natural, más restrictivo que el de Toro, y sólo accesible a través del instrumento del reconocimiento, con supresión de la otra vía tradicional de atribución de la paternidad que había constituido el concubinato[83]. Un reconocimiento que, pensando probablemente en las exigencias de la publicidad registral, ya sea canalizado de modo voluntario o judicial, adquiere como nota principal su formalismo, rodeándose, además, de otras garantías, incluidas las del escaso valor de la prueba testifical, el control público dirigido a evitar procedimientos de complacencia, en daño del menor, y defraudatorios, y la rigurosa limitación de las investigación de la filiación, que pronto levantarían voces entre la doctrina partidarias de su liberalización[84].

2. Mecanismos de legitimación de los hijos naturales

a. Formas de legitimación en el derecho tradicional y en las Partidas

Una institución estrechamente ligada a la existencia de hijos extramatrimoniales es la de la legitimación, que persigue desactivar las desventajas acarreadas por su propia condición a los hijos naturales, mediante su

anotado y publicado por la redacción de la Revista de Derecho Internacional, Madrid, Pinto, 1889. Unicamente el [134. 2] recibe nueva redacción: "2º, A recibir alimentos del mismo, conforme al artículo 143". En adelante, sólo citare la primera edición cuando se produzcan cambios en la de 1889.

83 En su comentario a éstos artículos del Código, M. Falcón, *Código civil español*, pp. 157-161 criticará varias de las soluciones adoptadas. Así, mientras que, por un lado, se define al hijo natural como aquél nacido fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción hubieran podido casarse con o sin dispensa, de otro lado, se permite el reconocimiento realizado por uno solo de ellos, pero exigiéndole únicamente que al tiempo de la concepción pudiera casarse, aunque sin indicar que necesariamente fuese con el otro progenitor. Y, además se le prohíbe facilitar su identidad, por lo que, se deduce, bastaría con que en ese momento pudiera casarse con cualquiera. De tal modo que, buscando remediar los perniciosos efectos de la ley de Toro, se habrían reproducido éstos, al facilitar que, por ejemplo, el hijo adulterino de un hombre soltero y una mujer casada pase, a los efectos legales, por hijo natural mediante el reconocimiento aislado del padre y la ocultación del nombre de la madre.

84 J. A. Álvarez Caperochipi, *Curso de derecho de familia,* II, *Patria potestad, tutela y alimentos*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 113-115

equiparación, a todos los efectos jurídicos, a los nacidos de una pareja lícitamente casada. Se trata, no obstante, de una figura que con anterioridad había sido ignorada en el derecho castellano, seguramente por estimarse que la simple aceptación y el reconocimiento paterno de la prole no legítima tenía una análoga eficacia, y que vemos aparecer a raíz de la recepción del derecho común y del consiguiente empeoramiento de su estatuto jurídico que, en virtud de la asimilación de estas nuevas concepciones jurídicas, es sufrido por ésta[85]. Bien se puede, pues, afirmar que la recuperación de este artificio legal de origen constantiniano responde a dos objetivos diferentes: «la protección de la familia legítima y la salvaguardia de los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio»[86].

Estando inspirada su introducción por el deseo de estimular la conversión en sacralizadas de aquellas uniones sexuales socialmente admitidas, pero contrarias a la moral cristiana, la forma normal de legitimación debía consistir en el matrimonio sobrevenido de los padres de la criatura, siempre que, siendo ambos solteros, ya hubieran podido materializar el enlace al tiempo de la concepción, es decir, que se tratase de un hijo natural, y no del ligado a otra clase de ilegitimidad. Tales son, efectivamente, los rasgos con los que la institución se encuentra delimitada en el Fuero Real y el Fuero de Soria[87], que en virtud de este expediente otorgan a los beneficiados la cualidad de herederos, lo que comporta el disfrute de unos derechos sensiblemente más amplios que los derivados del simple reconocimiento. Por su parte, también las Partidas suprimen, cuando entra en juego el subsiguiente casamiento, toda diferencia de trato entre el hijo legitimo y el legitimado[88], al que, de acuerdo con su restrictiva visión de la naturalidad, identifican con el ha-

85 E. Gacto Fernández, *La filiación no legítima*, pp. 93-94.

86 A. Iglesia Ferreirós, *Individuo y familia*, p. 494.

87 *Fuero Real,* [3, 6, 2]: "Si omne soltero con mugier soltera fiziere fiios e después casar con ella, estos fiios sean herederos". *Fuero de Soria*, [317]: "Si omne soltero con mugier soltera fiziere fijos e despues casare con ella, estos fijos son de bendición, e sean herederos".

88 *Partidas,* [I, VI, XII]: "Quales omes non pueden rescebir orden de clerezia.- (…) Mas porque y a algunos omes, que las non pueden rescebir, touo por bien Santa Eglesia, de los mostrar: e son estos assi como los que no son legitimos: e legitimo tanto quiere dezir, como fijo que es nascido segund ley, e esto puede ser en tres maneras. La primera, es si es nascido de casamiento de bendiciones. La segunda es, si alguno fizo con muger con quien no fuesse casado, fijo; e despues desto se casasse con ella segund manda santa Eglesia. La tercera es, quando lo legitima el Papa: o otrosi por su mandado (…)".

bido de mujer barragana[89] y le atribuyen la facultad de heredar al padre en la universalidad de sus bienes, si éste no dejase prole legítima, o en la parte proporcional que le correspondiera, cuando debiese concurrir con ésta[90].

La aplicación de esta regulación se verá, sin embargo, complicada a partir de que la ley 11 de Toro ampliase el abanico de circunstancias alegables para el otorgamiento de la condición de hijo natural, al aceptar que en la necesaria invocación del estado de disponibilidad de los padres para casarse fuese –como sabemos– tan válido el momento del nacimiento como el de la concepción. Lo que planteará frecuentes dudas entre los autores, que serían mayoritariamente resueltas con un pronunciamiento negativo, acerca de si podrían ser sujetos de legitimación los hijos adulterinos[91],

89 *Partidas*, [IV, XIII, I], donde expresamente se aclara que el efecto legitimador del matrimonio deriva de la propia fuerza atractiva de esta institución: "Que quiere dezir fijo legitimo: e quales deuen assi ser llamados (…) Otrosi son legitimos los fijos, que ome ha en la muger que tiene por barragana si despues desso se casa con ella. Ca maguer estos fijos atales non son legitimos quando nascen, tan grand fuerça ha el matrimonio, que luego que el padre, e la madre son casados, se fazen por ende los fijos legitimos (…)". Señala E. Gacto, *La filiación no legítima*, p. 97, que el hecho de que la relación de concubinato no tenga carácter estable no impide la posibilidad de la legitimación, bastando que se cumpliesen los requisitos fijados por el derecho canónico para la adquisición de la condición de hijo natural.

90 *Partidas,* [IV, XV, IX]: "Que bien e que pro nasce a los fijos por ser legitimos.- A los legitimos nasce de la legitimación, que se les faze, muy grand pro; ca despues que lo son por qualquier de las maneras sobredichas, fueras en las que faze el papa, segund dize en la vj ley ante desta: pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legitimos non ouieren, e si los ovieren, heredaran su parte, como los otros fijos que ouieren de mugeres legitimas; fueras ende, en la manera que dize en la ley ante desta o dize, quando fijo de alguno ome se ofresciere el mismo a servicio de corte de emperador, o rey o concejo de alguna cibdad, o villa. E aun les nasce otra pro de la legitimacion: ca pueden ser cabidos a todas las honrras: e a todos los fechos temporales; también como los otros fijos que nascen de las mujeres legítimas". Antonio Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fols. 57-58, núms. 11-12, sostiene al respecto que no solamente le asiste el derecho a la legítima, sino también el de reclamar, en igualdad de condiciones con los hijos legítimos, la invalidación del testamento en el que hubiera sido injustamente desheredado, incluso aunque éste hubiese sido redactado con anterioridad a que tuviese lugar su legitimación.

91 Para refutar esta posibilidad, S. Llamas y Molina, *Comentario,* I, pp. 214-238, l. 11, núms. 9 a 74, dedica numerosas páginas a desarrollar una detallada argumentación apoyada en su prohibición en el derecho romano, el canónico y el regio castellano contenido en las Partidas. J. F. Pacheco, *Comentario,* l. 11, pp. 166-167, núm 101, afirma que las disposiciones de la ley no deben interpretarse jamás en un sentido que pugnen con la moral religiosa y con los más obvios principios de la decencia pública, achacando las dudas suscitadas a un error de expresión (núms. 102-104). Por su parte, J. Escriche, *Diccionario razonado*, III, voz, voz «Hijo adulterino», p. 74, sostendrá que la ley de Toro había aumentado

los incestuosos[92] y los mánceres[93]. No obstante, también se extenderán en sus comentarios –sin llegar a alcanzar en ninguno de ellos una respuesta uniforme–, sobre otros aspectos no abordados por esta ley, como lo serán, entre otros, los relativos a si se podría prescindir del consentimiento del legitimado[94], a si la legitimación hecha en *articulo mortis* cobraba plena eficacia[95], a si el matrimonio subsiguiente contraído con las solemnidades requeridas lograba mantener su validez a pesar de mediar algún impedimento dirimente, cuando éste no fuese conocido por ambos o por uno de los contrayentes[96], o a si los efectos de

las posibilidades de adquisición de la condición de hijo natural con sus correspondientes derechos sucesorios, pero sin que ello hubiese comportado una extensión de los beneficios de la legitimación a otros hijos distintos de los amparados en la legislación anterior.

92 La legitimación de los hijos incestuosos por subsiguiente matrimonio realizado con dispensa sería admitida, sin embargo, por sendas reales cédulas emitidas a solicitud de parte, una por Carlos IV, el 16 de julio de 1803, y la otra, en nombre de Isabel II, por la reina gobernadora María Cristina, el 11 de enero de 1837. Ambas aparecen reproducidas en S. Llamas y Molina, *Comentario,* I, l. 11, num. 1, pp. 216-222.

93 Todas estas cuestiones nos remiten a una diversidad de argumentaciones directamente conectada con la variedad de interpretaciones a la que, como hemos indicado, dio lugar la controvertida ley 11 de Toro. En todo caso, E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 101-104, aporta como prueba varias cartas de legitimación, que corroboran las fuertes reticencias existentes frente a la extensión de este beneficio a estas clases de ilegítimos, incluso aunque los impedimentos matrimoniales que pesaban sobre sus progenitores hubieran desaparecido en la fecha del parto. Y en el caso de lo mánceres, la exclusión de la legitimación se fundamenta en el rechazo que provoca la sola idea de que alguien se prestase a desposar a una prostituta o a reconocer a la prole tenida con ella. Sirva para ejemplificarlo la intransigencia con la que refuta esta posibilidad Joaquín Escriche, *Diccionario razonado*, III, voz «Hijo mancer», p. 83: "El hijo mancer es incapaz de legitimación por subsiguiente matrimonio, pues aunque la madre llegue a casarse con alguno de aquellos hombres que tuvieron comercio ilícito con ella, nunca podrá saber si este hombre es efectivamente quien le procreó".

94 Gregorio López, en su glosa (c) «Se casa con ella», a Partidas, [IV, XIII, I], defenderá que la legitimación opera aun contra la voluntad del hijo cuando el padre se casa con su barragana, afirmando, además, que también sus efectos son automáticos respecto a aquellos hijos incapacitados para prestar consentimiento, como es el caso del *nasciturus*, del menor de edad o del enajenado.

95 A favor se manifestará A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real,* II, pp. 116-117. También, G. López, glosa (c) «Se casa con ella» a Partidas, [IV, XIII, I], pero con algunas excepciones: que se persiguiese perjudicar al sucesor en el mayorazgo, que la cercanía de la muerte o la enfermedad viciasen el consentimiento, y que la indigna condición de la mujer atacase a la honestidad del casamiento.

96 Tal es la opinión de Gregorio Lopez en la citada glosa (c) a Partidas, [IV, XIII, I]. En sentido contrario se manifiesta J. Álvarez Posadilla, *Comentarios,* p. 113, alegando que interviniendo un impedimiento de este tipo no existe un verdadero matrimonio.

la legitimación operaban sólo desde el nacimiento, o bien se retrotraían al tiempo de la procreación[97].

Paralelamente a esta forma básica de adquisición de la legitimidad por los hijos naturales, ya en el derecho romano había ganado hueco, a menudo restando alicientes al matrimonio, lo que acabaría conduciendo a su reiterada prohibición, otra forma peculiar de legitimación, por rescripto del príncipe, que buscaba favorecer al vástago nacido fruto de un vínculo no institucionalizado entre un hombre carente de descendencia legítima y una mujer con la que éste no tenía posibilidad de casarse. Al igual que ocurre con la legitimación por matrimonio subsiguiente, esta modalidad, antes desconocida en el derecho castellano, será rescatada, acompañando a los primeros atisbos de la difusión de los principios jurídicos romano-canónicos, por el Fuero Real, donde resulta significativo que junto a la potestad regia de concedérsela no sólo a los hijos naturales, sino asimismo a cualquier otro hijo «que no es de bendición», transformándole así en heredero pleno, salvo en el caso de que después se produjese el nacimiento de otros hijos legítimos, lo que provocaría su marginación[98], también se contempla la facultad papal de hacer lo propio para remover los obstáculos que pesan sobre quienes tienen cerrado el ingreso en religión[99].

Esta nueva figura es también recogida en las Partidas, que admiten, además, otras vías de legitimación, ya presentes en el derecho romano, pero de muy dudosa implantación en la época de su elaboración. Son las realizadas por ofrecimiento ante la Corte del rey o ante el concejo[100],

97 De todos estos y de otros puntos de controversia se ocupa en detalle E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 105-108.

98 Esto cabe deducirlo de *Fuero Real* [3, 6, 5], que establece la exclusión frente a los hijos legítimos nacidos con posterioridad del hijo de barragana que ya hubiese sido recibido como hijo y heredero: "Todo omne que non ouiere fiios de bendición e quisiere reçebir a alguno por fiio e heredarle en sos bienes, puédalo fazer; e si por auentura despues ouiere fiios de bendición, hereden ellos e non aquel que recibió. E esto mismo sea por el fiio de la barragana que fue recebido por fiio et heredero".

99 *Fuero Real,* [3, 6, 17]: "Maguer que el fiio que non es de bendición non deue heredar segund que manda la ley, pero si el rey quisiere fazer mercet, puédal fazer legítimo e sea heredero tan bien como si fuesse de mugier de bendición; ca assí como el apostóligo á poder lennamientre en lo espirital assí lo á el rey en lo temporal, e como el apostóligo puede legitimar a aquel que non es legítimo por auer órdenes e beneficio assí lo puede el rey legitimar pora heredar e pora las otras cosas temporales".

100 *Partidas*, [IV, XV, V]: "En que manera puede el padre legitimar su fijo, dándolo a servicio de corte de señor.- Amiga teniendo alguno, que non fuesse sierva en lugar de muger, de que ouiesse fijo natural; si tal fijo como este lleuare su padre a la corte del emperador, o del Rey, o al concejo de la ciudad o villa donde fuere, o en cuyo termino

por matrimonio de la hija natural con un oficial público o por la entrada del hijo natural cuyo padre careciese de descendencia legítima al servicio del emperador, del rey, o de una ciudad o villa[101], mediante testamento[102] y por carta manuscrita del legitimante[103]. No obstante, el magno texto al-

morasse o a otra ciudad, o villa qualqer, maguer non more en ella, nin en su término; o dixese publicamente ante todos, este es mi fijo que he de tal muger, e dolo a seruicio deste concejo; por estas palabras lo faze legitimo, solamente, que aquel fijo que da, assi lo otorgue, e non lo contradiga. E lo que dize desuso, que puede el padre legitimar tal fijo como este, assi como sobredicho es, entiendese que lo puede fazer, quier aya otros fijos de muger legitima quier non, fueras ende si la amiga de quien ouiesse el fijo, fuesse sierua: Ca el fijo de la sierua non lo podrie legitimar en esta manera, auiendo otros fijos legitimos. Pero si los non ouiesse, estonce poder lo ya fazer, aforrandola primeramente". Señala E. Gacto, *La filiación no legítima*, p. 126, que aunque este procedimiento muestra coincidencias con el de reconocimiento de la filiación ante la comunidad recogido en algunos fueros municipales, no por ello cabe deducir el carácter legitimador de este último.

101 *Partidas*, [IV, XV, VIII]: "Por que razones se pueden los fijos naturales fazer legitimos.- Oficial de alguna cibdad, o villa, que tienen delos mayores officios en toda su vida; casando tal como este con fija natural de alguno que ouiesse de amiga, estonce quando el padre la casa con tal ome, la faze legitima. Otrosi quandol fijo natural de algun ome se ofresciesse el mismo a seruicio del Emperador: o del Rey, o de alguna cibdad, ovilla, segund dize en la quarta ley ante desta, diziendo concejeramente ante todos, como es fijo de tal ome nombrandolo, e que lo ouo de tal muger. Si esto fuere cosa cierta, que es fijo de aquel que el dize, fazese legitimo por esta razon; si por auentura su padre non ouiere fijos legitimos de otra muger. Ca si los ouiesse, non seria el legitimo, maguer se presentase assi como sobredicho es". La legitimación por casamiento de la hija con oficial público es trasunto del efecto que tenía en el derecho romano el enlace con algún miembro de la clase curial. Una destacada peculiaridad de la legitimación por entrada al servicio del monarca o de una ciudad, es que, a diferencia de las otras, el así legitimado no hereda abintestao a los parientes de la familia paterna.

102 *Partidas*, [IV, XV, VI]: "Como el padre puede fazer su fijo natural legítimo, en su testamento.- De amiga auiendo algun ome a sus fijos naturales, si fijos legitimos non ouiere, puedelos legitimar en su testamento, en esta manera, diziendo assi: quiero que fulano, o fulana, mis fijos, que oue de tal muger, que sean mis herederos legitimos. Ca si despues de la muerte del padre, tomaren los fijos este testamento e lo mostraren al Rey, e le pidieren merced: que le plega de confirmar, e de otorgar la merced que el padre les quiso fazer, el Rey sabiendo que aquel que fizo el testamento, non auia otros fijos legitimos, deue lo otorgar. E dende adelante heredan los bienes del padre e auran honrra de fijos legitimos". No se trata sino de la legitimación por rescripto del príncipe cuando el padre ha fallecido antes de formular la petición, pero quedando clara constancia de su intención de solicitarla. E. Gacto, *La filiación no legítima*, p. 128, subraya la opinión de Gregorio López, en su glosa a esta ley, de que la obligación de identificar a la madre redunda en el hecho de que esta forma de legitimación sólo sea válida para el hijo natural.

103 *Partidas*, [IV, XV, VII]: "En que manera pueden los padres legitimar sus fijos por carta.- Instrumento, o carta, faziendo algun ome por su mano misma, o mandandola fazer a alguno de los escriuanos publicos, que sea confirmada con testimonio

fonsino demuestra una mayor precisión en la delimitación de la legitimación por concesión regia que el Fuero Real, pues si bien se produce una absoluta asimilación con los hijos legítimos, que tiene directa proyección en su posición hereditaria[104], al menos se reduce el espectro de los potenciales beneficiarios estrictamente a los hijos naturales, «que han de barraganas», al igual que se rodea de contornos más exactos el alcance, circunscrito al terreno puramente espiritual, de la análoga potestad que es atribuida al Pontífice[105].

b. Restricciones a la legitimación por rescripto del príncipe en la ley 12 de Toro

Bien puede afirmarse que, frente a los insólitos perfiles, alejados de los adoptados en otros reinos peninsulares, con los que había quedado configurada esta institución en las Partidas, las medidas correctoras

de tres omes buenos, en que diga que algun fijo que ha, nombrandolo señaladamente, que lo conosce por su fijo, es esta otra manera en que se fazen los fijos naturales legítimos. Pero en tal connoscencia como esta non deuen dezir que es su fijo natural, ca si lo dixesse, non valdría la legitimacion. Otrossi, quando alguno que ha muchos fijos naturales de vna amiga, e conosce el vno dellos tan solamente por su fijo, por tal carta, e en tal manera como sobredicho es en esta ley; por tal connoscencia como esta, seran legitimados los otros hermanos, quanto para heredar en los bienes del padre, tambien como aquel en cuyo nome fue fecha la carta; maguer non fuesen nombrados enella. E lo que dize enesta ley, e en las que son antes della, entiendese que aquellos que son nombrados en ellas, que son legitimos para heredar en los bienes de su padre, e de los otros parientes; sacado aquel que fuesse legitimado en la manera que dize adelante, en la ley del que se offrece el mismo a seruicio dela corte del Emperador, o del Rey. Ca este atal hereda enlos bienes del padre. Mas non enlos delos otros parientes si moriessen sin testamento". E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 126-129.

104 *Partidas,* [IV, XV, IX]. Véase nota 90.

105 *Partidas,* [IV, XV, IV]: "En que manera pueden los emperadores et los Reyes et los apostoligos, legitimar los fijos que no son legitimos.- Piden merced los omes alos Emperadores, e a los Reyes, en cuyo señorio biuen, que les fagan sus fijos, que han de barraganas, legitimos. Esi caben su ruego, e los legitiman, son dende adelante legitimos, e han todas las honrras, e los proes, que han los fijos que nascen de casamiento derecho. Otrosi el papa puede legitimar a todo ome que sea libre, quier sea fijo de clerigo, o de lego (...). E maguer dispensasse con ellos, para auer ordenes: e las otras cosas sobredichas, non puede dispensar con ellos quanto en las cosas temporales, fueras ende si fuessen en su temporal jurisdicción. Esso mismo es, si el Emperador o el Rey legitimasse algunos; ca maguer dispense con ellos quanto en la temporal jurisdicción, non lo puede fazer en las cosas spirituales, que pueden ser clerigos o beneficiados".

introducidas en la ley 12 de Toro actuaban en defensa de la prole legítima y de la opción, siempre preferible, del casamiento entre los padres solteros del hijo natural. Fines que se veían amenazados por la perturbadora igualación fabricada en el orden sucesorio entre los legitimados por rescripto, los legítimos y los legitimados por matrimonio posterior[106]. Así se explica el serio deterioro provocado por esta ley en el régimen jurídico de los primeros, que ven invalidada su capacidad de participar en la herencia de sus padres o sus abuelos cuando a la misma fuesen también convocados otros descendientes legítimos o legitimados mediante nupcias subsiguientes, aunque la de éstos últimos fuese posterior a su propia legitimación, e incluso cuando ésta se hubiera efectuado con el objetivo específico de colocarles en situación de poder heredar. No obstante, los efectos de esta medida se circunscriben a su exclusión de la herencia, testamentaria y abintestada, de sus ascendientes, con excepción de lo que éstos quisieran destinarles de su quinto de libre disposición, pero no recorta en nada su derecho a suceder al resto de sus parientes y a compartir con aquellos por cuya causa son apartados las demás honras y honores transmitidos por el causante[107].

Sabemos, gracias al testimonio directo de Palacios Rubios, que el

106 A. Iglesia Ferreirós, *Individuo y familia*, p. 521.

107 *Leyes de Toro,* [12]: "Si alguno fuere legitimado por rescripto, ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, ó madres ú de sus abuelos, y después su padre, ó madre, ó abuelos huvieren algun hijo, ó nieto descendiente legitimo, ó de legitimo matrimonio nascido, ó legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda succeder con los tales hijos, ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres, ni de sus ascendientes *ab intestato* ni *ex testamento*: salvo si sus padres, ó madres, ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su anima le quisieren alguna cosa mandar: que fasta en la dicha quinta parte, bien permitimos que sean capaces y no mas: pero en todas las otras cosas, ansi en succeder á los otros parientes como en honras y preeminencias que han los hijos legitimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nacidos de legitimo matrimonio". *Nueva Recopilación,* [5, 8, 10]; *Novísima Recopilación*, [10, 20, 7]. Según el relato de J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 12, fol. 33v, núm. 9, esta diversidad de efectos había permitido llegar a una solución intermedia, con la cual se había perseguido revocar, en defensa del interés de los legítimos, las consecuencias hereditarias de la legitimación por rescripto, pero manteniéndolas en todo lo demás. De su explicación se hace también eco S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 12, pp. 263-264, núms. 30-32. A su vez, B. Gutiérrez, *Códigos o estudios,* III, pp. 628-629, interpreta que el legislador de Toro había optado por una solución intermedia, en el sentido de que sin llegar a revocar esta forma de legitimación, paliaba sensiblemente sus efectos más lesivos para la descendencia legítima, que eran los hereditarios.

acuerdo alcanzado al concretar los términos de esta ley vino precedido de importantes discusiones entre quienes participaron en su redacción[108]. Debates que se prolongarían después de su promulgación, principalmente en lo concerniente a si la separación de la herencia por causa del alumbramiento posterior de descendencia legítima implicaba también la derogación de lo establecido en las Partidas respecto a la posibilidad de coheredar junto a los legítimos ya nacidos al tiempo de la legitimación. Algunos, como el mismo Palacios Rubios, sostendrán que lo preceptuado en el texto alfonsino seguía vigente, porque se entendía que el padre había querido esa equiparación, siendo distinto el supuesto previsto en la norma toresana, referido, a su juicio, al hecho de que quien consintió en la legitimación desease más tarde revocarla, por haber tenido otros hijos legítimos[109]. Otros, como Antonio Gómez, opinarán que esa concurrencia sería posible si así se dispusiera expresamente en el rescripto, pero no en el caso contrario, porque cabría presumir que si el príncipe hubiese conocido su existencia no habría concedido el privilegio legitimador[110]. Menos discrepancias suscitaron otras cuestiones, como las relativas a la necesidad de que en la legitimación convergieran la voluntad del legitimante y el consentimiento del legitimado, o la de que cuando el alcance de sus consecuencias fuese limitado, esta restricción debía verse reflejada en el documento constitutivo. En todo caso, parece factible concluir que en el propósito de la ley estaba la aclaración –como vemos, no del todo conseguida– de aquellas dudas creadas por la regulación discordante del Fuero Real y de las Partidas acerca de tres principios esenciales consagrados en el derecho justinianeo: que los hijos fuesen naturales[111], que no

108 R. Gibert, *Leyes de Toro*, p. 252.

109 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 12, fol. 33v, núm. 7. Su interpretación concuerda con la postura de Gregorio López, en su glosa (b), «Si los ouieré», a Partidas, [IV, XV, IX].

110 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fol. 75, núm. 66. La necesidad de que esta voluntad igualitaria quedase expresamente declarada por el padre al proceder a la legitimación fue también defendida por Alfonso de Acevedo, *Commentarii iuris civilis*, glosa III, NR, [5, 8, 9], fol. 274, núms. 26-32, que se mostraba muy reacio a aceptar que pudiesen disfrutar de diferente condición los legítimos ya nacidos y los todavía no venidos al mundo. En análogo sentido, Tello Fernández, *Prima pars*, l. 12, fol. 105r, núm. 4; J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 12, p. 117, y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 12, pp. 263-264, núms. 30 a 34.

111 Sin embargo, algunos autores sostuvieron que este expediente podría ser utilizado para legitimar a cualquier tipo de hijo ilegítimo. Opinión que suscriben J. F. Pacheco, *Comentario*, l. 12, pp. 187-189, núms. 20-25 para los espurios y los mánceres, pero no

compitiesen con otra descendencia legítima, y que, por alguna razón, los padres no pudiesen contraer nupcias[112]. Extremo este último, el de la subsidiaridad de la legitimación por rescripto frente a la obtenida mediante casamiento, que fue subrayado por la doctrina[113] y tardíamente confirmado por una Real Orden de 11 de enero de 1853, que ordenaba a las Audiencias que en las solicitudes de legitimación se hiciesen constar los graves obstáculos existentes que impedían obtenerla por la vía del matrimonio.

Por otra parte, de la legitimación por rescripto podían derivarse también otros efectos de índole no hereditaria, que podrían resultar muy poco deseables. Por ejemplo, la adquisición de la condición nobiliaria del legitimante, que normalmente debería llevar aparejada la liberación de la obligación de contribuir a las cargas impositivas. Una exención que tropieza con la oposición de algunos autores, y que la propia legislación del monarca se encargaría de rebatir en diversas ocasiones[114].

para los incestuosos y los adulterinos, y J. Escriche, *Diccionario razonado,* III, voz «Hijo Legítimo», pp. 52-53, y voz «Hijo legitimado», p. 86. De hecho, una Real Orden de 21 de diciembre de 1800 sancionará la posibilidad de legitimación real de los hijos de clérigos, de casados y de caballeros profesos de las órdenes militares. Y otra ley de 14 de abril de 1838 la había hecho extensible al hijo adulterino de personas casadas que al tiempo del nacimiento se hubiesen hallado en aptitud para casarse entre sí, por haber muerto los cónyuges con quienes respectivamente estaban ligadas al tiempo de la concepción, denegándolo, por el contrario, para el hijo incestuoso.

112 A. Iglesia Ferreirós, *Individuo y familia*, p. 521.

113 Por ejemplo, Gregorio López, en su glosa (b), «De barraganas», a Partidas, [IV, XV, IV] reclama incluso que en la solicitud remitida al rey el padre debería especificar las causas por las que no podía o no quería casarse con la mujer de la que tuvo el hijo, teniéndose la legitimación por no concedida si no cumpliese este requisito. Lo suscriben Tello Fernández Messia, *Prima pars*, l. 12, fol 105r, núm. 8, y S. Llamas y Molina, *Comentario,* I, l. 12, p. 266, núm. 45. E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 116-120 aporta algunos testimonios documentales que confirman este carácter subsidiario.

114 Cédula de Carlos I de 4 de abril, y sobre-cédula de 14 de mayo de 1542, *Nueva Recopilación* [6, 2, 12]; "Que declara que las legitimaciones no se estiendan a hidalguía.- Por que nos es hecha relacion, que a causa de algunas legitimaciones que mandamos despachar à personas que no son legítimas, nacen algunos pleytos, diziendo los tales legitimados, cuyos padres pretenden ser hijosdalgo, que por se auer legitimado por Nos, son essentos de todos los pechos y seruicios y contribuciones, como si fueran auidos de legítimo matrimonio: Y porque nuestra merced, ni voluntad nunca fue ni es, que las tales legitimaciones se estiendan, ni entiendan que por ellas se escusen de qualesquier pechos y seruicios y contribuciones à que eran obligados, y deuían pagar antes que fuessen legitimados: Mandamos, que assi se juzgue y sentencie, assi en los pleytos que vinieren, como en los pendientes de que no huuiere sentencia passada en cosa juzgada". *Nueva Recopilación,* [2, 11, 20]: "Que las legitimaciones que los Reyes dieren de aquí adelante para legitimar hijos ilegitimos, no se estiendan para por virtud dellas gozar de hidalguia ni

c. Proceso codificador y azarosa pervivencia de la legitimación por decreto regio

No registrándose en el período intermedio modificaciones legales sobre la materia que merezcan ser reseñadas, nos encontramos con que el Proyecto de Código civil de 1821, aunque prescindía de las demás modalidades atípicas recogidas en las Partidas, no iba a introducir novedades destacables respecto a la regulación fijada en la citada ley 12 de Toro. Así, definiéndose la legitimación como el acto por el cual los hijos habidos fuera del matrimonio podrían adquirir todos o parte de los derechos de los hijos legítimos, se admitían dos formas para su verificación[115]. Una, la habitual, por subsiguiente matrimonio, de la que solamente se excluía a los adulterinos, pues cuando hubiese mediado dispensa por parentesco también se consideraba válida para los incestuosos, y que reportaba un pleno disfrute de las ventajas de la legitimidad, con excepción de las inherentes a la prelación en el orden de los nacimientos frente a los legítimos nacidos antes de producirse su asimilación con ellos[116]. La otra, exclusivamente reservada a los hijos naturales, era la obtenida mediante la concesión del rey, para la que se requería expediente acreditativo del previo reconocimiento

exempcion de pechos.- Mandamos, que agora y de aqui adelante por virtud de las cartas, o priuilegios de legitimaciones, que por nos, ó por los Reyes que despues de nos sucedieren, se concedieren a algunos hijos ilegitimos, no se entiendan ni estiendan, ni por virtud dellas se determine, aunque por las palabras dellas se fagan hijos legítimos, a que ayan de gozar de hidalguía, ni de exempción de pechos, de que antes de las tales legitimaciones, no teniéndolas, no podian ni debian gozar". *Novísima Recopilación*, [10, 5, 5]. En el mismo sentido, la petición 25 de las Cortes de Valladolid de 1544, que por insistir en similares argumentos no reproduzco.

115 *Proyecto de Código civil de 1821*, [363]: "Se llama legitimación al acto por el cual los hijos habidos fuera de matrimonio adquieren el todo o parte de los derechos de los hijos legítimos. La legitimación se verifica de dos maneras: 1.º, por subsiguiente matrimonio; 2.º, por concesión Real".

116 *Proyecto de Código civil de 1821*, [364]: "(1) Los hijos habidos fuera de matrimonio se hacen legítimos por el matrimonio que el padre y la madre contrajeren entre sí según la ley. No obsta para adquirir esta legitimidad el que los padres hayan obtenido dispensación de parentesco para contraer el matrimonio. (2) Se excluyen de esta disposición los hijos adulterinos"; [365]: "La legitimación por subsiguiente matrimonio habilita a los hijos para el goce de todos los derechos de los hijos legítimos"; [366]: "Las cláusulas de cualquier disposición entre vivos, o por causa de muerte en favor de los hijos legítimos, comprenden a los legitimados por subsiguiente matrimonio"; [367]: "Los derechos personales que van inherentes a la prelación del nacimiento no se adquieren por los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, existiendo hijos legítimos habidos antes de la legitimación".

por parte de los padres, y en la que llama la atención que no se remediaba el apartamiento de la herencia de los ascendientes, que había dispuesto la norma toresana, cuando concurriesen otros hijos legítimos o legitimados por un posterior casamiento[117].

Más detallada e innovadora será la regulación contenida sobre esta cuestión en el Proyecto de Código civil de 1836. No obstante, ignorando otras disposiciones anteriores que habían derogado su tradicional exclusión, al margen de los beneficios de la legitimación seguía dejándose a los hijos sacrílegos y adulterinos, al igual que a los incestuosos, a no ser que a los padres les hubiera sido dispensado el parentesco por la autoridad eclesiástica, lo que les convertía en naturales, que eran los únicos a los que se ofrecía la posibilidad de la legitimación por matrimonio subsiguiente convenientemente celebrado[118]. Este mecanismo surtiría sus efectos, que ahora se proclamaban inmediatos y procuraban una absoluta equiparación a la condición del hijo legítimo, aun cuando en el tiempo transcurrido entre el nacimiento del favorecido y su activación los padres o alguno de ellos hubieran tenido descendencia legítima de otro matrimonio distinto, requiriéndose solamente su expresa declaración como hijo natural[119].

117 *Proyecto de Código civil de 1821*, [368]: "(1) Los hijos naturales pueden ser legitimados por una concesión del Rey. (2) Para que pueda obtenerse esta concesión ha de preceder un expediente instructivo ante el Alcalde del pueblo en que se acredite: 1.º, la calidad de hijo natural; 2.º, el reconocimiento de hijo hecho por los padres"; [369]: "La legitimación de que habla el artículo anterior da a los legitimados todos los derechos de hijos legítimos, salvo el de heredar a sus padres por testamento ni abintestato, habiendo hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio". Esta limitación a los hijos naturales chocaba con la ampliación a los hijos de clérigos, de casados y de caballeros de las órdenes militares que había permitido la citada Real Orden de 21 de diciembre de 1800.

118 *Proyecto de Código civil de 1836*, [355]: "La legitimación es un acto por el cual se hacen legítimos los hijos habidos fuera del matrimonio"; [356]: "Los procedentes de unión sacrílega o adulterina no pueden ser legitimados, ni tampoco los hijos incestuosos, a no ser que a los padres se les hubiere dispensado en cualquier tiempo el parentesco por la potestad eclesiástica"; [358]: "Los hijos naturales propiamente dichos, se legitiman por el matrimonio subsiguiente de sus padres celebrado en debida forma".

119 *Proyecto de Código civil de 1836*, [359]: "La legitimación por subsiguiente matrimonio produce efecto aun cuando en el tiempo que haya mediado desde el nacimiento de los hijos hasta la legitimación de los mismos, hayan tenido sus padres o alguno de ellos otros hijos legítimos de distinto matrimonio"; [360]: "Para que tenga lugar la legitimación de los hijos naturales por el subsiguiente matrimonio, debe hacerse por los padres en el acto de la celebración de éste la declaración de ser tales hijos naturales aquellos que han de ser legitimados"; [367]: "Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son sin diferencia alguna de igual condición y tienen los mismos derechos que los hijos legítimos". [369]: "La legitimación produce sus efectos desde el momento en que se contrae el

Respecto a la legitimación por concesión regia era novedoso, sin embargo, que quedaba subrayado su carácter subsidiario, al subordinarse la posibilidad de su petición a la existencia de obstáculos insalvables para la institucionalización del enlace, debiendo, al efecto, acompañarse de la prueba instrumental tanto del nacimiento, como de que ya se había producido el reconocimiento como hijo[120]. Asimismo, constituían notas originales que se admitía su utilización por los descendientes del hijo premuerto, que el propio hijo estaba facultado para solicitarlo siempre que el padre hubiese dejado constancia de su voluntad en testamento o en otra escritura pública, y que no cabía prescindir de la obtención del consentimiento del legitimado o del de su tutor cuando fuese menor de veinticinco años, pudiendo, en este último caso, reclamar su nulidad hasta dos años después de alcanzar la mayoría de edad[121].

El espíritu que impregnaría la supresión en el Proyecto de Código civil de 1851 de la legitimación por rescripto del príncipe había venido preparado por las discusiones escenificadas en el seno de la Comisión General de Codificación durante el proceso de elaboración de las Bases rectoras del mismo, elevadas al Gobierno en marzo de 1844. Ahora bien, así como la disparidad de opiniones respecto al alcance del reconocimiento de los hijos naturales había provocado la presentación de distintas propuestas, la inclusión de la octava base, por la que tajantemente se establecía el matrimonio subsiguiente como única vía admitida de legitima-

matrimonio por los padres del hijo así legitimado, o desde el día en que se expida la Real gracia".

120 *Proyecto de Código civil de 1836*, [361]: "La legitimación por Real gracia solamente puede hacerse a petición del padre o la madre natural en el caso de serles imposible celebrar matrimonio"; [362]: "La solicitud para esta legitimación deberá ir acompañada de la prueba instrumental en que se acredite el nacimiento del hijo, y haber sido reconocido como tal conforme a los artículos 337 y 338"; [368]: "Los hijos legitimados por Real gracia, entran en la familia y participan de la condición de sus padres. En cuanto a sus derechos hereditarios, se observará lo dispuesto en los títulos de las sucesiones testamentarias o intestadas".

121 *Proyecto de Código civil de 1836*, [363]: "La legitimación por Real gracia puede tener lugar a favor de los descendientes del hijo que hubiere muerto"; [364]: "El mismo hijo natural podrá solicitar la Real gracia de legitimación, siempre que el padre hubiese manifestado este deseo en su testamento o en otra escritura pública"; [365]: "El hijo no puede ser legitimado contra su voluntad; por lo tanto, si fuere mayor de veinticinco años habrá de consentir en la legitimación a lo menos tácitamente, y siendo menor prestará su tutor dicho consentimiento"; [366]: "El menor tendrá derecho para reclamar la nulidad de la legitimación en los dos años siguientes a la mayor edad, si aquella se hubiese verificado cuando era menor".

ción mereció un acuerdo general[122]. Principio que sería luego fielmente recogido en el proyecto definitivo[123], con aplicación exclusiva al hijo natural, pero pudiendo incluso, aunque éste hubiese fallecido, repercutir sus ventajas sobre sus propios descendientes; no obstante, para su validez se reclamaba que hubiese habido un reconocimiento como hijo natural, previo o simultáneo al matrimonio, por parte de los padres[124]. Por otra parte, olvidadas ya las restricciones sucesorias introducidas en la ley de Toro, en virtud de la legitimación, el hijo legitimado era igualado al legítimo a todos los efectos legales[125].

122 Bases del Código civil aprobadas por la Comisión General y elevadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844 (J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, I, pp. 163-165), [Base 8ª]: "Se admite la legitimación por subsiguiente matrimonio y no de otro modo". Esta medida sería alabada por F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 10, por entender que la legitimación por real cédula era inconciliable con los principios de igualdad entonces vigentes y con la abolición de los privilegios que no estuviesen justificados por una razón de interés público. Años más tarde, con más vehementes argumentos, esta opinión será suscrita por C. Población Fernández, «De la legitimación», en *RGLJ*, 16 (1860), 130-141, y 17 (1860), 343-351, que después de ponderar la justicia y la conveniencia de la legitimación por matrimonio subsiguiente, dedica encendidas páginas a abogar por la proscripción de los códigos de la legitimación por rescripto, alegando que esta institución nació en una época, la romana, de concentración en el príncipe de atribuciones que ya no tenía cabida adjudicarle en los sistemas modernos y que, además, fomentaba el concubinato y había dado origen a numerosos abusos.

123 *Proyecto de Código civil de 1851*, [118]: "(1) Los hijos naturales se legitimarán únicamente por el subsiguiente matrimonio de sus padres". Como justificación de esta medida, apelará F. García Goyena, *Concordancias*, p. 74, a que tal modalidad no era un uso, sino un abuso de la soberanía usurpada, que había dado lugar a consecuencias tan reprobables como la legitimación de los hijos adulterinos. Siendo la ley la única instancia facultada para regular el estado de los ciudadanos, ninguna autoridad debería poder conceder derechos de filiación legítima cuando aquella los negase. Sin embargo, en las consultas previas realizadas por la Comisión de Codificación, contra la supresión del rescripto del príncipe se pronunciaron la Audiencia de Mallorca y la Universidad de Salamanca. J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, I, p. 250.

124 *Proyecto de Código civil de 1851*, [119]: "Para que la legitimación tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle necesariamente antes de la celebración del matrimonio o en el acto mismo de celebrarlo". Como recuerda F. García Goyena, *Concordancias,* p. 75, esta exigencia se halla ligada a la prohibición de la investigación de la paternidad, e incluso de la maternidad. [121]: "La legitimación puede hacerse también a favor de los hijos que al tiempo de celebrarse el matrimonio han fallecido, dejando descendientes, en cuyo caso aprovechará a estos".

125 *Proyecto de Código civil de 1851*, [120]: Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son iguales a los legítimos para todos los efectos legales". Cuestión que se planteó la doctrina fue la de si esta igualación afectaba a derechos como el de primogenitura o a la sucesión de mayorazgos. Responden afirmativamente F. García Goyena,

De las líneas marcadas en este proyecto tampoco se apartará el proyecto de Libro primero presentado en 1869 por el ministro Antonio Romero Ortiz, quien en sus consideraciones previas justificará la supresión del rescripto regio en alusión al amparo a la legitimación de hijos habidos de uniones incestuosas, sacrílegas o adulterinas a la que, debido a la falta de investigaciones de paternidad, este sistema había dado lugar[126].

Criterio que, sin embargo, de manera un tanto sorprendente, sería de nuevo abandonado en el Proyecto de Ley de Bases de 1881, al proponerse en la quinta de ellas la recuperación de la legitimación por decreto real para los hijos naturales, aunque se anunciaba rodeada de cautelas dirigidas a asegurar que sólo realmente los investidos de esta calidad tendrían acceso a la misma. Prevención, esta última, que, sin embargo, al final resultaría eliminada[127]. Reflejo directo de esta iniciativa será su recuperación en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888[128], que sin modificar en su contenido la regulación de la legitimación por subsiguiente matrimonio del proyecto de 1851[129], dedicará tres artículos a esta otra variante. El primero, para fijar como requisitos que la solicitud debería partir de ambos padres, o bien de uno de ellos, que quien lo pidiera no tuviese otros hijos legítimos o legitimados por posterior matrimonio, ni existiesen descendientes de éstos, y que si el solicitante estuviese casado contase con el

Concordancias, p. 77, y L. Arrazola, «¿Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio tendrán igual derecho que los legítimos para la sucesión de mayorazgos y otros efectos civiles cuando el fundador o causante excluya terminantemente a los que no sean nacidos y procreados de legítimo matrimonio?, en *RGLJ*, 7 (1855), pp. 275-283.

126 *Proyecto de libro primero del Código civil de 1869*, exposición de motivos, pp. 502-503.

127 *Proyecto de ley de Bases de 1881*, [Base 5ª]: "Además de la legitimación por subsiguiente matrimonio, subsistirá la legitimación por Decreto real, en favor de los hijos naturales, bajo reglas que aseguren que sólo los que tengan esta calidad podrán gozar de semejante beneficio". En la discusión posterior del texto de las bases prosperó la objeción de Ygón respecto a la cláusula preventiva final, que fue suprimida.

128 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [99]: "La legitimación tendrá lugar: 1.º Por el subsiguiente matrimonio de los padres. 2.º Por concesión Real".

129 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [100]: "Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes o después de celebrado"; [102]: "La legitimación surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio". Estos dos artículos modifican el artículo [119] del proyecto de 1851. [103]: "La legitimación de los hijos que hubieren fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes". Modifica el artículo [120] del proyecto de 1851.

consentimiento de su cónyuge[130]. El segundo, para ampliar esta capacidad al propio hijo interesado, cuando el padre o la madre muerto, careciendo de otra descendencia, hubiese manifestado su voluntad de legitimarlo en instrumento público o en su testamento[131]. Y el último, para especificar como derechos conferidos por quien legitimase al legitimado el uso de su apellido, la percepción de alimentos y la participación en la herencia en los términos señalados en el Código[132]. Común a ambos tipos de legitimación era, en fin, la posibilidad de impugnación por los perjudicados cuando con ella se beneficiase a alguien que no disfrutase de la condición de hijo natural, o cuando no concurriesen todos los requisitos mencionados[133].

Reiterada la aceptación de esta dualidad de modalidades de legitimación[134] en el nuevo proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885, si bien se restringía el recurso a la legitimación por concesión regia a los casos en los que mediase absoluta imposibilidad para servirse del matrimonio[135], esta última matización, ya consagrada en la Ley de Bases de 11 de

130 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [104]: "Para la legitimación por concesión Real deberán concurrir los requisitos siguientes: 1.º Que se pida por los padres, o por uno de éstos. 2.º Que el padre o madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos. 3.º Que si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge".

131 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [105]: "También podrá obtener la legitimación por concesión Real el hijo cuyo padre o madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento o en instrumento público su voluntad de legitimarlo, con tal que, respecto del que se halle en este caso, concurra la condición establecida en el número 2ª del artículo anterior".

132 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [106]: "La legitimación por concesión Real da derecho al legitimado: 1º A llevar el apellido del padre o de la madre que la hubiere solicitado. 2º A recibir alimentos de los mismos. 3º A la porción hereditaria que se establece en este Código".

133 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [107]: "La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales, o cuando no concurran los requisitos señalados en este capítulo".

134 Principio también aceptado en el citado congreso jurídico de 1886, R. Sanchéz Ocaña, *Congreso jurídico español*, pp. 612-614.

135 *Proyecto de ley de Bases de 1885* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil,* I, pp. 427-432), [Base IV]: "(...) Se permitirá la investigación de la maternidad si se refiere a hijos naturales reconocidos y de los demás ilegítimos, y se autorizará la legitimación bajo sus dos formas de subsiguiente matrimonio y concesión real, limitando ésta a los casos en que medie imposibilidad absoluta de realizar la primera y reservando a terceros perjudicados el derecho de impugnar así los reconocimientos como las legitimaciones cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley (...)".

mayo de 1888[136] constituirá la única novedad incorporada en el Código Civil de 1889 respecto al Anteproyecto de 1882-1888[137]. Con ello, quedaban, aparentemente desactivados los tan criticados efectos generados por la ley 11 de Toro, al facilitarse la legitimación no solamente de los hijos naturales, sino también de los incestuosos, los adulterinos y, en virtud del citado Decreto del año 1800, los sacrílegos. Sin embargo, a pesar de restringirse la legitimación a los hijos naturales, como advierte algún intérprete del Código, al permitirse el reconocimiento realizado por separado por uno de los padres, indirectamente se estaba permitiendo que tuviese continuidad la tan criticada posibilidad de que también pudiese beneficiarse de la misma cualquier otro tipo de hijo ilegítimo[138].

3. Derechos sucesorios y de alimentos del hijo no legítimo

a. Posición hereditaria del hijo no legitimado

El reconocimiento legal de la filiación no legítima obligaba, obviamente, a delimitar las repercusiones que de esta situación podían derivarse sobre la transmisión del patrimonio familiar. En el período altomedieval, dentro de la extensa variedad de regulaciones existente, y probablemente asociada a la ya aludida amplia tolerancia social dispensada a las relaciones estables de pareja mantenidas fuera del matrimonio, la tendencia habitual será a conceder a la prole nacida de las mismas unos generosos derechos sucesorios. No obstante, en un buen número de los ordenamientos locales castellano-leoneses que abordan el asunto, la participación del

136 *Ley de bases de 11 de mayo de 1888*, [Base 5ª]: "(…) Se permitirá la investigación de la maternidad, y se autorizará la legitimación bajo sus dos formas de subsiguiente matrimonio y concesión Real, limitando ésta a los casos en que medie imposibilidad absoluta de realizar la primera, y reservando a terceros perjudicados el derecho de impugnar, así los reconocimientos como las legitimaciones, cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley (…)".

137 *Código civil, edición reformada de 1889*, artículos [119] a [128], que repiten los artículos [99] a [107] del Anteproyecto de 1882-1888. La mencionada variación se introduce en el artículo [125]: "Para la legitimación por concesión Real deberán concurrir los requisitos siguientes: 1º Que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio (…)"; el resto repite la redacción del anteproyecto.

138 Con vehementes argumentos lo hace en su comentario a esta sección del Código M. Falcón, *Código civil español,* I, pp. 149-154.

hijo natural en la herencia está supeditada a la voluntad testamentaria del padre, o a que, al menos, éste le habilite para ser llamado a la sucesión intestada mediante una declaración pública, hecha en vida, de su paternidad, quedando, en defecto de estas soluciones, el recurso a la obtención de esta manifestación de la existencia de un vínculo de sangre por el cauce de un procedimiento judicial[139]. Por otra parte, la generalidad de los textos

139 Las vías para su obtención pueden ser diversas. Así, en el *Fuero de Zamora* se exige que el hijo natural sea explícitamente instituido heredero por el padre, a no ser que la madre conviva con éste de manera permanente y manifiesta, lo que se considera ya prueba suficiente acerca de su filiación, [38]: "De barragana.- (1) Homne que hobier fiyo o fiya de barragana, se los por lengua non heredar, non sean heredados nen los traya a derecho. E se fur barragana que coma con el a su escudiella e auna mesa, e casa contovier con ella e non hobier mulier a benecion, elos fiyos sean heredados; e en quanto ganaren, en todo haya sua metade. E esto sea con afrenta de V homnes bonos asuso (...)". Y lo mismo parece deducirse en el *Fuero de Ledesma*, cuando excluye a la barragana que fuese madre de hijo cocovino de la herencia paterna, precisando el hijo el expreso reconocimiento en vida de su progenitor, siempre que no participase también de dicha condición, [136]: "Fijo de barragana, que es cocouino, non heriede su madre en bona de su padre. E el padre que recibir el fijo en su uida, heriede su bona, si non fuer cocovino". Por el contrario, el *Fuero de Salamanca* no contempla esta distinción, lo que induce a pensar que heredará en cualquier caso, [209]: "Filio de barragan non heriede a su madre en bonas de su padre". Entiende E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 160-162, que lo que estos preceptos vienen a señalar es que sólo hereda aquel que ha sido reconocido.

Hay otro grupo de fueros que admiten que el hijo no legítimo concurra a la sucesión *ab intestato* siempre que se haya producido un reconocimiento, expreso o tácito, por parte del padre, al tiempo que, al requerir que éste no estuviese casado, parecen indicar que se parte de la premisa de que no haya otra descendencia legítima. Son: *Fuero de Alcalá de Henares,* [277]: "Todo filio mal fecho non herede. E quomo es malfecho: sil ficiere el padre, su mulier aviendo a bendicion, en otra mujer. E si antes le ficiere que aia mujer velada e despues oviere mujer velada e ficiere filios in ela e so padre lo fiziere filio en conceio o in az de cavaleros que foren in fonsado, herede o rogare compadres, e si esto non ficiere, non herede". *Fuero de Brihuega*, [311]: "Qui fiziere fijo en otra mugier.- Tod ome de briuega que ouier mugier uelada, et fijo fiziere en otra: aquel fijo non herede et si non ouiere mugier et fijo fiziere en mugier que non aya marido, el buscare padrinos, o lo fiziere fijo por conceio, o lo connosciere por fijo a su fin, o en hueste en haz de caualleros, este herede". Con casi idéntica redacción, *Fuero de Fuentes de Alcarria*, [182]. *Fuero de Molina de Aragón,* [XI, 2]: "Qui ouiere fijo que non fuere de mujer uelada, fagal fijo en conceio et si non lo fiziere, non herede. Fornecino non herede". Más original es, en fin, lo establecido en el *Fuero de Sepúlveda*, que tratando genéricamente de la herencia, no del padre, sino de cualquier emparentado, condiciona las opciones sucesorias del hijo concebido de barragana a que hubiese sido reconocido por su procreador ante el concejo, contando además –he aquí la novedad-, con el beneplácito de todos aquellos que hubieran podido heredar en ausencia de descendientes directos, [61]: "De omne que oviere a heredar.- Otrossí, todo omne que oviere a heredar, assí herede: el más çercano pariente herede, e que sea en derecho, assí como la ley manda, e que non sea fecho en barragana, fuera ende si fuere fecho fijo por

opta por asimilar en su capacidad hereditaria a los hijos de los clérigos –los denominados hijos sacrílegos– con los naturales[140].

La aparente irrelevancia que traslucen estos fueros acerca de la confluencia, o no, de descendientes legítimos junto a otros ilegítimos[141] contrasta, sin embargo, con la nítida distinción que comienzan a introducir otros textos normativos, que se muestran ya permeables a las nuevas concepciones jurídicas romano-canónicas que van erosionando la anterior aceptación social de esta clase de relaciones no formalizadas, al determinar que la presencia de hijos tenidos dentro del matrimonio será causa automática de la desactivación de las pretensiones hereditarias de los procreados fuera del mismo[142]. Línea en la que también se mueven el Fuero

conçeio, et plaziendo a los parientes que avríen de heredar el padre o la madre, onde viene el heredamiento (...)". Véase E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 160-164.

140 Por ejemplo: *Fuero de Alcalá de Henares*, [34]: "Todo clerigo que fuere d'Alcala o de so termino, et quando pasare, los filios, si los oviere, o sos parientes hereden lo suio foras so mandamiento que ficiere a los senores". *Fuero de Brihuega*, [286]: "Que fijos de clérigo hereden.- Todo clérigo que fuere de brihuega o de su termino quando finare los fijos silos ouiere hereden los suio et si fijos non ouiere hereden lo los parientes mas cercanos de qual parte uinieren". Similar en *Fuero de Fuentes de Alcarria*, [183]. *Fuero de Molina de Aragón*, [X, 7]: "Clérigo que oviere fijos, hereden; et si fijos non oviere, hereden sus parientes". También el *Fuero de Soria*, [329]: "Clerigo ni lego non pueda enuida ni en muerte fazer su heredero a judio ni a moro ni a erege ni a omne que no sea christiano maguer non aya fijos o nietos o dent ayuso (...)". Sobre el problema de las uniones sexuales protagonizadas por personas consagradas al servicio divino, véase E. Gacto Fernández, «La filiación ilegítima en la historia del derecho español», en *AHDE*, 41 (1971), 899-944, pp. 900-903.

141 El arriba citado precepto del *Fuero de Alcalá de Henares*, [277], atiende a un supuesto de alumbramiento de hijos legítimos posterior al reconocimiento de otros naturales que se resuelve en el sentido señalado, de permitir que todos se conviertan en coherederos. E. Gacto, *La filiación no legítima*, p. 180, sugiere que posiblemente, aunque no se diga expresamente, eso mismo es lo que sucedería en otros lugares como Brihuega o Fuentes de Alcarria.

142 Es el caso de las *Adiciones de Fernando IV al Fuero de Plasencia*, [9]: "Otrossi mandamos que los fijos que non fueren legítimos que non hereden con los legitimos salvo en aquello que les quisieren dar el padre o la madre que sea tanto que los fijos legitimos non finquen deseredados de la parte derecha que cada uno deva aver de su padre o de su madre et que non fueren fijos de parientes nin de casados nin de mugieres de orden (...)". Vemos como se excluye a los incestuosos, los adulterinos y los sacrílegos de mujeres que hubiesen tomado los hábitos, pero sin que esta restricción afecte a los hijos de clérigo, que, obviamente, en ningún caso tendrían que competir con otros hijos nacidos de legítimo matrimonio. Un mandato similar lo encontramos en el *Privilegio de Sancho IV al Fuero de Cuenca de 1285* (R. Ureña, *El Fuero de Cuenca*), p. 864: "(...) e los ffijos delas varraganas o los que ffazen fijos en sus moras que heredan con los ffijos delas veladas, esto uos digo que

de Soria y el Fuero Real, que en este supuesto de concurrencia simultánea reducen la participación de los hijos naturales a los bienes muebles o raíces que el padre les quisiera dejar, con el límite, en Soria, de la cuarta parte del total de la masa transmisible, y en el Fuero Real del quinto de libre disponibilidad. Incluso, el nacimiento posterior de prole legítima invalidará los efectos del previo reconocimiento de los naturales, quienes, sin embargo, una vez reconocidos, y en ausencia de hijos legítimos, disfrutan de plenos derechos sucesorios[143].

Mayores peculiaridades ofrecen aún las soluciones recogidas en las redacciones del derecho territorial castellano, en las que la equiparación, o no, del hijo natural al matrimonial dependerá de la voluntad del progenitor, que goza de libertad para apartar al primero de la sucesión tanto en vida como mediante testamento, destinándole, al efecto, una aportación compensatoria de cuantía no inferior a quinientos sueldos. Una fórmula que, consecuentemente, ofrece amparo a la posibilidad de un tratamiento desigual entre los no legítimos, en la medida en que nada impide que esa separación se decida sólo respecto a uno o a algunos de ellos[144]. Resulta

non es derecho e mando que sea commo el derecho manda". Afirma E. Gacto, *La filiación no legítima,* pp. 179-180, que esta prohibición permite deducir que con anterioridad a este privilegio los naturales sucedían indiferenciadamente con los legítimos, pero la alusión a lo que el derecho manda inclina a sospechar que lo que ocurría es que la prohibición previamente existente no era respetada.

143 *Fuero de Soria*, [318]: "Si omne soltero con mugier soltera fiziere fijos et otros fijos de bendiçion non ouiere, estos sean herederos, el padre connosçiendolos por fijos e poniendo les padrinos et madrinas rrogados et conbidados al baptismo. Et si despues oviere fijos de bendiçion, los primeros non sean herederos, mas el padre puedales dar la quarta parte de sus bienes, en su vida o en su testamento, lo que por bien touiere", y [456]: "Tod omne o toda mugier que aya edat et non ouiere fijos o nietos o dent ayuso legitimos, o otros de soltero et de soltera, pueda recebir por fijos aquí quisiere (…) Et si depues que lo ouiere rreçebido por ffijo, ouiere fijos legitimos o otros que ayan derecho de heredar, tal rreçebimiento non uala, mas sus fijos hereden los suyo; et de su quinto de al fijo que reçibio lo que quisiere". *Fuero Real*, [3, 6, 1]: "Todo omne que ouiere fiios o nietos o dent ayuso de mugier de bendición, non puedan heredar con ellos otros fiios que aya de barragana, mas del quinto de su auer mueble e raýz puédales dar lo que quisiere. E si fiios o nietos o dent ayuso non ouiere de mugier de bendición nin otros fiios que ayan derecho de heredar, pueda fazer de todo lo suyo lo que quisiere (…)", y [3, 6, 5]: "Todo omne que non ouiere fiios de bendición e quisiere reçebir a alguno por fiio e heredarle en sos bienes, puédalo fazer; e si por auentura despues ouiere fiios de bendición, hereden ellos e non aquel que recibió. E esto mismo sea por el fiio de la barragana que fue recibido por fiio et heredero".

144 *Libro de los Fueros de Castiella*, [175]: "Título de cómo puede dar el fijo dalgo al fijo de barragana quinientos sueldos:- (1) Esto es por fuero de Castiella: que un fijodalgo a fijos de barragana, puéde los fazer fijosdalgo e darles quinientos sueldos, et por todo esto

significativo, además, que en estas colecciones ya se niega al hijo del abad la facultad de heredar a su padre[145].

Un paso más en esta dirección se da en las Partidas, donde se rescata el viejo principio justinianeo de admisión del hijo natural a la sucesión intestada del padre, aunque tasándose su participación en una sexta parte del conjunto de sus bienes, que, además, deberá repartir, con su madre. Sin embargo, a pesar de subordinarse esta habilitación a las circunstancias de que no hubiese otros hijos legítimos, y de que al tiempo de ser engendrado ni el padre ni la madre estuviesen casados con otra persona[146], se suprime el requisito romano de que, al morir, el causante no

non heredará en lo suyo. Et si este fijo de barragana fiziere otro fijo de barragana e le fiziere fijo et le diere quinientos sueldos e dixiere: «fago te fijo e herédote» deve heredar en aquella heredat en que él fiziere fijo e non en mas. Et si dixiere: «herédote en quanto he», deve heredar en quanto que a, fuera en monesterio o en castiello de penna. Et si muere algun pariente mannero, non deve heredar en lo suyo". Un precepto muy similar en *Fuero Viejo de Castilla*, [V, 6, 1]. Estos textos conceden al hidalgo la posibilidad de reconocer como hijo al vástago que tuvo de barragana, transmitiéndole su hidalguía, y al mismo tiempo entregarle 500 sueldos para colocarle al margen del resto de su patrimonio. Podemos convenir con E. Gacto, *La filiación no legítima*, p. 181-182, en que la mencionada cantidad debe entenderse como un mínimo, de tal modo que el padre podría instituirle heredero en la porción de la herencia que estimase conveniente, o incluso en su totalidad, con excepción de la transmisión de monasterios y de castillos roqueros.

Algo distinto es el supuesto recogido en el *Libro de los Fueros de Castiella*, [169]: "Título delos fijos que no son lindos como heredan.- Esto es por fuero de Logronno: que si fijo o fija de barragana, si el padre le oviere dado algo de mueble o heredat de çinco sueldos arriba, con los otros fijos de velada non deve partir. Et si non oviere levado algo, e se puede fazer fijo como es derecho e deve levar toda su suerte entera; mas de pariente muerto mannero non deve aver nada. Et puede provar a cada demanda de mueble e heredat que les demanden con dos vezinos derechos e duennos de sus casas". Es decir, con aplicación ya no sólo a los hidalgos, sino general, se señala que el hijo de barragana que recibió una cantidad igual o superior a cinco sueldos quedará excluido de la herencia a la que estén llamados otros hijos legítimos. Pero en el caso contrario, probando su derecho podrá reclamar la entrega de la porción hereditaria completa que le correspondiese.

145 *Libro de los Fueros de Castilla*, [71]: "Título de los fijos del abad.- Esto es por fuero: que ningún fijo de abad non deve heredar en lo de su padre, sinon fuere por alimosna qual dé algo el abad por su alma. Mas si él muriere e non lo mandare a la ora dela muerte de lo suyo o de ante, dévenlo heredar sus hermanos o los omnes mas propinquos parientes como heredan de otro mannero".

146 *Partidas,* [VI, XIII, VIII]: "Quando puede heredar el fijo que non es legitimo en los bienes de su padre si muere sin testamento: o el padre en los bienes de tal fijo.- Sin testamento muriendo ome, que non dexasse fijos legitimos, su fiio natural que ouiesse auido de alguna muger de que non fuesse dubda que la el tenia por suya, e que fuesse el fijo engendrado en tiempo que el non ouiesse muger legitima, nin ella otro si marido, tal fijo como este, puede heredar las dos partes delas doze de todos los bienes de su padre: e el, e

dejase mujer legítima[147]. Por lo que se refiere a la sucesión testamentaria, partiendo también del supuesto de la ausencia de hermanos de matrimonio, que reducirían su expectativa a una doceava parte del caudal paterno, éste puede ser instituido por el padre como heredero universal, salvo si al fallecer le sobrevivieran ascendientes directos, ya que éstos tendrían reservada una cuota del tercio de su patrimonio. Es importante reseñar, con todo, que en este tipo de sucesión el hijo natural no disfruta de la condición de legitimario, por lo que puede ser ignorado en el testamento, sin que le quepa otra salida que reclamar a los herederos que le provean de lo imprescindible para su alimento, vestido y calzado «segun alvedrio de omes buenos»[148]. La cosa es, por el contrario, diferente respecto a la

su madre deuen partir estas dos partes ygualmente. E si por auentura el padre non ouiesse pariente delos descendientes, nin delos ascendientes: estonce puedel dar mientra biuiere, o dexar en su testamento todo lo suyo a tal fijo como este. Pero si ouiesse fijo legitimo, non le podria dar, nin dexar en su testamento a tal fijo natural, si non de las doze partes de la herencia, la vna. Mas si acaeciesse que el padre non ouiesse fijo legitimo, e ouiesse otro pariente delos ascendientes, assi como padre, o auuelo: estonce dexando a estos ascendientes su parte legitima, que es la tercera parte de lo suyo: las otras dos partes puede dar en su vida, o dexar en su testamento al fijo natural sobredicho. E si por auentura el padre non se acordase de tal fijo como este, non dexandole ninguna cosa de los suyo: estonce los herederos del, son tenudos de le dar lo que le fuere menester para su gouierno, e para su vestir, e calçar, según aluedrio de omes buenos: de manera que lo puedan sofrir sin gran su daño. Otrosi dezimos, que en aquella misma manera que el fijo natural puede, e deue heredar a su padre en los bienes del, e aprouecharse dellos, assi como sobredicho es, que en essa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, e ayudarse dellos". Indica E. Gacto, *La filiación no legítima*, p. 170, nota 417, que los antecedentes romanos de este precepto se hallan en las Novelas [8, 15] y [89, 12, 5].

147 Las razones de este cambio de planteamiento respecto al derecho común son minuciosamente explicadas en *Partidas*, [VI, XIII, IX]: "Como non se embarga al fijo natural la su parte, que deue auer por razon de la muger legitima que fue de su padre.- Las leyes antiguas otorgan, que el padre muriendo sin fijos legitimos, puede el fijo natural heredar los bienes de las doze partes las dos, non dexando el mujer legitima. Ca si la dexasse embargaria al fijo: de guisa que non podria demandar las. E porque non podimos fallar ninguna razon, derecha, porque se mouieron los que fizieron las leyes, a toller a tal fijo esta su parte, por esta razon de la muger legitima que dexasse su padre. Porende tenemos por bien, e mandamos que la aya: e que non se le embargue por esta razon. E a esto nos mouimnos a mudar, de la manera que la auia puesta la ley, por dos razones. La vna por que este fijo nascio en tiempo, en que la muger legitima del padre non rescibio enojo, nin tuerto por razón del. La otra por que maguer el tolliese esta parte, non la ganaria ella, e auer layen los otros mas propinquos parientes del finado. E de mas semejaria estraña cosa, que ella pudiesse fazer daño a otri segund ley, non mereciendo, nin veniendo ende a ella ninguna pro".

148 *Partidas*, [VI, XIII, VIII]. Nota 146.

herencia materna, ya que, partiendo de la presunción de que la madre es siempre cierta, se atribuye a sus hijos extramatrimoniales idénticos derechos sucesorios que a los legítimos, incluida la cualidad de herederos necesarios y de legitimarios, si bien de este beneficio son apartados los incestuosos por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado, los concebidos «ex damnato coitu», es decir, de madre consagrada a la vida religiosa, y los espurios nacidos de una mujer de noble linaje y vida licenciosa[149].

Dos son las leyes de Toro que van a incidir en las cuestiones aquí planteadas, optando, básicamente, por confirmar la tradición jurídica castellana vertida en el Fuero Real frente a la inspiración romano-canónica presente en las Partidas, aunque no dejan de introducirse algunas correcciones de cierto alcance [150]. A la sucesión testada paterna se refiere la ley décima[151], que en el supuesto de coexistencia con otros hijos legítimos, re-

149 *Partidas*, [VI, XIII; XI]: "Quales fijos de aquellos que non son legitimos, pueden heredar a sus madres.- Las madres siempre son ciertas delos fijos que nascen dellas, por esta razon todo fijo deue heredar en los bienes de su madre en uno con los otros fijos legitimos, que nasce della: quier sea legitimo, o non. Fueras ende, si fuesse tal fijo, como el que llaman en latin incestuoso: que quiere tanto dezir, como el que es engendrado de ome, e de muger, que sean parientes fasta el quarto grado: o fuesse otro que llaman en latin natus ex damnato coitu: que quiere dezir tanto como el que nasce de muger religiosa, que es ayuntamiento dañado por sentencia de ley. Esso mesmo seria, sital muger como esta fuesse dueña de noble linaje, o de honrrado lugar. Ca si esta a tal ouiesse fijo, de aquellos que son llamados spurios, non deue heredar de los bienes della el spurio con el legítimo. E espurio es llamado el que nacio de muger puta, que se da a muchos". Gregorio López, en su glosa (a), «Natus ex damnato coitu», a este precepto, añade a la relación de excluidos a los adulterinos. Frente a la supuesta afirmación, extraída de su errónea lectura de A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fol. 57, núm. 9, acerca de que los hijos espurios de la mujer noble no tiene derecho a heredarla aunque carezca de legítimos, se pronuncia S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 9, pp. 164-166, núms. 34-39. Por otra parte, basándose en la falta de alusión a la nulidad de las donaciones y legados maternos, E. Gacto, *La filiación ilegítima*, p. 937, deduce que este precepto se refiere exclusivamente a la sucesión intestada, no estando, por consiguiente, prohibido que la madre favorezca a estos descendientes mediante testamento.

150 E. Gacto Fernández, *El marco jurídico*, p. 59.

151 *Leyes de Toro*, [10]: "Mandamos que en caso que el padre ó la madre sea obligado á dar alimento á alguno de sus hijos ilegitimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligación no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes de la que podia disponer por su alma, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegitimo: de la qual parte después que la huviere el tal hijo, pueda en su vida, ó en su muerte facer lo que quisiere, ó por bien tuviere; pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos, ó descendientes legitimos: mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere aunque tenga ascendientes legitimos". *Nueva Recopilación*, [5, 8, 8]. *Novísima Recopilación*, [10, 20, 6].

produce, con nueva formulación, ligada a la obligación de proporcionarles alimentos, la prohibición del Fuero Real de destinar al hijo ilegítimo, en vida o por causa de muerte, una manda superior al quinto de libre disposición. Ahora bien, si su condición fuese la de hijo natural, y faltando descendencia legítima, podrá convertirlo en heredero universal, resultando en tal supuesto los ascendientes –de conformidad con el Fuero Real y a diferencia de lo establecido en las Partidas[152]– absolutamente preteridos. Nada se dice, sin embargo, acerca de la cuestión, que se planteará Antonio Gómez, de si al hijo natural con derecho a heredar, pero olvidado en la provisión testamentaria de su padre, le asiste la misma facultad, reconocida al legítimo injustamente desheredado, de impugnarla por inoficiosa[153]. La falta de mención, por otro lado, a la sucesión intestada hace pensar que en este capítulo se mantiene la cuota de la sexta parte, compartida con su madre, fijada en las Partidas ante la ausencia de hijos legítimos, la cual, cuando existan éstos, será sustituida por los alimentos que sean considerados precisos para asegurar su subsistencia[154].

Más innovadoras se antojan las directrices marcadas en la ley novena respecto a la herencia materna[155], de la que, existiendo prole legítima,

152 *Fuero Real*, [3, 6, 1] y *Partidas,* [VI, XIII, VIII], que, como hemos visto, siguiendo el principio justinianeo, únicamente otorgaban esta facultad a falta de ascendientes legítimos.

153 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fol. 57, num. 11. Su postura es, sin embargo, contradictoria, pues si en un principio parece apoyar la pertinencia de esta reclamación, luego la refuta, apelando a que el hijo natural no puede suceder cuando el padre no ha expresado su deseo de que herede, puesto que carece de la condición de legitimario. Abiertamente contrario a la viabilidad de la impugnación se manifiesta J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 10, p. 109.

154 Afirma E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 175-176 y 197, que la opinión de algunos autores, que tendieron a interpretar que lo dispuesto en Partidas quedaba tácitamente derogado, debido a que el hijo normalmente preferiría disfrutar de la quinta parte de todos los bienes en concepto de alimentos que esa sexta parte a repartir con su madre, no se sostiene, porque la deuda alimentaria solamente cabe reclamarla cuando sea realmente necesaria y en la cuantía que se estime suficiente, por lo que muchas veces no tendría porqué alcanzar esa proporción del quinto.

155 *Leyes de Toro*, [9]: "Los hijos bastardos ó ilegitimos de qualquier qualidad que sean, no pueden heredar á sus madres *ex testamento* ni *ab intestato*, en caso que tengan sus madres ó hijo, ó descendientes legitimos, pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrían disponer por su anima, y no más ni allende. Y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos aunque tenga padre, ó madre, ó ascendiente legítimo, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios por su orden y grado le sean herederos legítimos *ex testamento*, *et ab intestato*: salvo si los tales hijos fueren de dañado

resultan excluidos, tanto *ex testamento* como *ab intestato*, todos los hijos ilegítimos[156], cualquiera que fuese su clase, excepto en la misma quinta parte de sus bienes que el padre está autorizado a destinarles. Esto supone rectificar lo establecido en las Partidas, que insólitamente, apelando a la certeza de su filiación, permitían que concurriesen en igualdad de condiciones con la descendencia nacida de legítimo matrimonio. Ahora bien, en defecto de ésta, se declara herederos forzosos[157] a los naturales y a los espurios, que serán llamados por su orden y su grado; esto es, los primeros prevalecen sobre los segundos, acabándose, por tanto, con la indistinción reinante, al efecto, en el derecho común[158], cuyos criterios serán, por el contrario, respetados al otorgar a ambos tipos de hijos no legítimos una preferencia absoluta sobre los ascendientes directos de la causante. Completando esta regla, el círculo de los descendientes ilegítimos que siguen teniendo inalcanzable beneficiarse de la herencia materna se reduce a los que la propia norma describe como de *dañado y punible ayuntamiento*,

y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres *ex testamento*, ni *ab intestato*. Pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas de lo que podían disponer por su anima, y de la tal parte después que la huvieren puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegitimos como quisieren. Y queremos y mandamos, que entonces se entienda, y diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, salvo si fueren los hijos de Clerigos, ó Frayles, ó Freyles, ú de Monjas profesas, que en tal caso aunque por tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte: mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan, el primero en la Ciudad de Soria, que habla sobre la sucesión de los hijos de los Clerigos". *Nueva Recopilación*, [5, 8, 7]. *Novísima Recopilación*, [10, 20, 5].

156 En realidad, la ley habla de «bastardos o ilegítimos». Sobre este término, comenta J. F. Pacheco, *Comentario histórico*, l. 11, p. 141, núm. 27: "Esta voz más que técnica, es del lenguaje común: no procede de la doctrina romana, no está en las Partidas, y quizá se halla únicamente en la ley novena de Toro, y puede ser que en algunos fueros. En el idioma común de la media edad se dicen bastardos los hijos de barragana que son naturales; pero se les da por lo común ese nombre con relación al padre mismo y a la familia del padre y no con relación a la madre (...)". En términos más amplios, J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, p. 41, define al hijo bastardo como el nacido fuera de matrimonio y de padres que no podían casarse ni al tiempo de la concepción ni al del matrimonio.

157 Por esta razón, sostendrá A. Goméz, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fols. 57-58, núm. 12, que a diferencia de lo que ocurre con la declaración testamentaria del padre, en este caso sí tendrá cabida la impugnación del testamento materno en el que el hijo natural haya sido ignorado sin aducirse motivo para ello.

158 Suscribo en este punto la opinión de E. Gacto, *La filiación no legítima*, p. 176, nota 435.

si bien incluso a éstos se les puede asignar, en vida o por causa de muerte, hasta el límite del quinto libre *pro anima*, con el que podrán hacer lo que les plazca. De todos modos, el legislador parece verse en la obligación de aclarar el significado de dicha expresión, precisando que bajo este rótulo debería entenderse referida aquella relación por incurrir en la cual la madre podría ser castigada con la pena capital. No obstante, esta definición distará de despejar las dudas que asaltarán después a una doctrina inclinada a pronunciarse en sentido afirmativo[159] acerca de la cuestión de si dentro de dicha etiqueta cabría considerar comprendidos a los hijos incestuosos y a los adulterinos, dado que en las Partidas los comportamientos que daban pie a su alumbramiento llevaban aparejada para la implicada la pérdida de la vida[160]. Lo que, en contraste, no suscitará controversia será que la excepción que pesaba en las Partidas sobre los hijos ilegítimos de la mujer de rango nobiliario quedaba ahora suprimida[161]. Además, a pesar

159 Lo hacen, entre otros, apoyándose en la propia ley 82 de Toro, relativa al adulterio: T. Fernández Messia, *Prima pars*, l. 9, fol. 82r, núm. 10, y A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fols. 58-59, núm. 14. Y lo rebate S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 9, pp. 168-170, núms. 54-58.

160 *Partidas*, [VII, XVIII, III]: "Que pena merece el que yoguiesse con su parienta, o con su cuñada, e porque razones se puede escusar desta pena. Con pariente, o con cuñada faziendo algun ome pecado de luxuria a sabiendas, non se auiendo ayuntado a ella por razon de casamiento, si le fuere prouado en juyzio por testigos, que sean de creer, o por su conocimiento, deue auer pena de adulterio. Esta mesma pena deue la muger que a sabiendas fiziere este pecado (...)"; [VII, XVII, XV]: "Que pena meresce el ome, o la muger que faze adulterio, e como se pueden perder la dote e las arras, e como se pueden cobrar.- Acusado seyendo algund ome que ouiesse fecho adulterio, si le fuesse prouado que lo fizo, deue morir por ende: mas la muger que fiziesse el adulterio, maguer le fuesse prouado en juyzio, deue ser castigada, e ferida publicamente con açotes, e puesta, e encerrada en algun monasterio de dueñas: e demas desto deue perder la dote, e las arras que le fueron dadas por razon de casamiento, e deuen ser del marido (...)". Es cierto que en el *Fuero Real* se autoriza al marido para hacer lo que quiera con su mujer infiel, pero resultaba cuestionable homologar esta venganza con una pena de muerte, [4, 7, 1]: "Si mugier casada fiziere adulterio, amos sean en poder del marido e faga dellos lo que quisiere e de quanto que an, así que non pueda matar el uno dellos e dexar el otro (...)". J. F. Pacheco, *Comentarios*, pp. 144-145, núm. 36, concluye que, en aplicación de la legislación vigente a principios del siglo XVI, encajarían en esta calificación el adulterio, el incesto, el ayuntamiento reincidente de mujer cristiana con moro o con judío, y el del sirviente o el esclavo de cualquier señor con la barragana de éste, la parienta que viviese con él o la nodriza de sus hijos.

161 Apunta S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 9, p. 166, núm. 43, que este cambio legislativo pudo haberse inspirado en dos pasajes del Antiguo Testamento: el de Isaac con respecto a su hermano Ismael: "Non erit filius ancillae cum filio liberae" (Génesis, capítulo 21), y la decisión de Abraham de instituir heredero a Isaac y dejar mandas a los hijos de sus concubinas (Génesis, cap. 25). Curiosamente, E. Gacto, *La filiación*

de no estar sancionadas con tan severa condena, en la citada categoría son asimiladas las uniones sacrílegas, que eran, sin duda, bastante habituales y que ya habían sido reprobadas en las Partidas, para lo que se invoca la aplicación extensible a la herencia materna[162] de una disposición de Juan I, adoptada en las Cortes de Soria de 1380, que tratando de atajar la escandalosa magnitud que iba cobrando la práctica del amancebamiento de los clérigos, privaba a sus hijos de la herencia paterna, así como de la posibilidad de recibir mandas, donaciones o ventas[163], añadiéndose ahora a

no legítima, p. 177, sostiene lo contrario, alegando que el derecho común volcado en las Partidas sigue vigente, porque una ley general como la de Toro sólo corrige la legislación general, y no los casos particulares como éste.

162 Extensión admitida por la mayoría de la doctrina, pero que no percibió Gregorio López en su glosa (e), «Los de la madre», a *Partidas*, [IV, XXI, III], donde afirma que la ley 9 de Toro se limitó a confirmar el precepto de las Cortes sorianas.

163 Ley que pasará después a las *Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el doctor Alphonso Diaz de Montalvo*, [1, 3, 22]: "Otrosí, por non dar ocasión que las mugeres, así biudas como virgines, sean barraganas de clérigos, si sus hijos heredassen sus bienes e de sus padres o de sus parientes por previllegio o cartas que toviessen: Ordenamos e mandamos, que los tales hijos de clérigos non ayan nin hereden ni puedan aver nin heredar los bienes de sus padres clerigos nin de otros parientes, nin ayan ni puedan gozar de qual quier manda, o donaçion o vendida, que les sea fecha agora nin de aquí adelante. E quales quier previllegios o cartas que tengan ganadas en su ayuda contra lo que nos hordenamos, mandamos que les no valan, nin se puedan dellas aprovechar nin ayudar, ca nos, las reuocamos e damos por ningunas". Acerca del contenido de esta recopilación tiene gran interés el estudio de María José María Izquierdo, *Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo*, Madrid, Dykinson, 2004, que es la edición por la que cito. También es recogida en la *Nueva Recopilación*, [5, 8, 6], y la *Novísima Recopilación* [10, 20, 4]. Su propia reiteración avisa acerca de la persistencia de una costumbre que sigue aflorando con asiduidad en la documentación bajomedieval (véase E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 40-45), para ir remitiendo en la época moderna. No obstante, en las mencionadas *Ordenanzas Reales de Castilla* se recogen diversas disposiciones relativas a esta materia: [1, 3, 13]: "Que los clérigos casados pechen (...)" (dada por Juan I en las Cortes de Burgos de 1379, *Cortes de León y Castilla*, II, 16); [1, 3, 21]: "Como las mançebas de los clérigos deven traher señal porque sean conosçidas (...)" (dada por Juan I en las Cortes de Soria de 1380, *CLC*, II, 9); [1, 3, 23]: "La pena de las mançebas públicas de los clérigos (...)" (dada por Juan I en las Cortes de Briviesca de 1387, *CLC*, II, 3); [1, 3, 17]: "Como los clérigos casados pueden tener ofiçios de juzgado (...)" (dada por Juan II en las Cortes de Madrid de 1419, *CLC*, III, 13)"; [1, 3, 24]: "Constituçion de la congregaçion de Sevilla, en que es aprovada la ley de Briviesca contra las mançebas de los clérigos (...)" (dada por los Reyes Católicos en las Cortes de Toledo de 1480, *CLC*, IV, 71); [2, 14, 30]: "Del derecho de los alguaziles de los que son perdonados de muerte, e contra las mançebas de los clérigos (...)". Del contenido de estas disposiciones se desprende la existencia de una evolución que va desde una mera intención de distinguir a las mancebas de los clérigos de las mujeres honestas en lo referente a su respectiva vestimenta a una actitud crecientemente represiva,

los anteriores a los nacidos de los frailes, las monjas y los caballeros de las órdenes militares[164]. Una medida que, por ende, agravaba la situación de los hijos de dañado y punible ayuntamiento, ya que comportaba negarles, adicionalmente, la capacidad para ser instituidos por la madre como receptores del quinto de libre disponibilidad[165].

Un aspecto del que no se ocupan estas dos leyes es de los derechos sucesorios de los hijos naturales respecto a otros parientes colaterales. Ya algunos ordenamientos municipales habían previsto esta eventualidad, sometiéndola a los requisitos del reconocimiento público de su filiación y de que los restantes consanguíneos del difunto prestasen su consentimiento[166]. Pero la regulación que, ante este silencio, permanecía vigente era la de las Partidas, donde se establecía que al hijo natural que falleciese intestado, sin descendencia y huérfano de madre, estaban llamados a sucederle sus hermanos por línea materna, que eran ciertos, quedando apartados, por el contrario, los que lo fuesen únicamente por parte de padre, incluidos –cabe entender– los legítimos, por resultar en su caso dudoso el nexo fraternal. No obstante, si dándose las mismas circunstan-

que lleva a imponerles penas, primero únicamente económicas, que luego se recrudecen, incluyendo algunas tan severas como las de azotes y el destierro.

164 La mención a éstos últimos desaparece en la redacción de la ley 9 de Toro contenida en la *Nueva Recopilación*, [5, 8, 7], y en la *Novísima Recopilación*, [10, 20, 5], a contrapié de las prohibición de las relaciones no legítimas derivada de su voto de castidad, que aunque desde 1540 había dejado de ser general, seguía operando fuera del matrimonio.

165 Así lo señalan J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 9, pp. 99-101 y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 9, p. 177, núm. 89. Por su parte, J. F. Pacheco, *Comentario*, pp. 174-176, núms. 119-123 se pregunta porqué la inclusión de la referencia a esta disposición en la ley novena, que habla de la herencia materna, y no en la décima, relativa a la paterna, encontrando explicación a este aparente extravío en la intención implícita del legislador de señalar un caso más de los de dañado y punible ayuntamiento.

166 *Fuero de Sepúlveda*, [61]: "De omne que oviere a heredar.- Otrossí, todo omne que oviere a heredar, assí herede: el más çercano pariente herede, et que sea en derecho, assí como la ley manda, et que non sea fecho en barragana, fuera ende si fuera fecho fijo por conçeio, et plaziendo a los parientes que avríen de heredar el padre o la madre, onde viene el heredamiento (…)", y *Fuero de Soria*, [333], que únicamente admite que el hijo de padres solteros acceda a la herencia de su hermano muerto cuando éste no tuviera otros hermanos de bendición, y exclusivamente sobre aquellos bienes que el fallecido ganó por sí mismo o recibió por la misma línea de consanguinidad que le ligaba con él: "Pero que el fijo de que fue fecho de soltero e de soltera non es heredero en los bienes del padre o del avuelo, si otros fijos o nietos de bendiçion y oviere, ssea heredero enlos bienes de su hermano que el gano por si o ouo daquella parte dont lo ha hermano, si el finado non ouiere hermanos de bendiçion".

cias, sólo existiesen hermanos por la línea del progenitor, entre ellos el legítimo postergaría al natural, cuyas opciones se veían circunscritas a la ausencia de otros convocados. Pero lo que no se aceptaba era que el natural heredase a los legítimos, ni a los familiares que tuviese por la rama patrilineal, aunque sí podría hacerlo cuando fuese el más cercano en parentesco respecto a aquellos parientes del tronco materno que falleciesen intestados, coincidiendo los autores en admitir la efectividad en ambos casos del principio de reciprocidad[167].

b. Provisión de alimentos

La ley décima de Toro toca otro importante asunto, que había merecido un tratamiento prácticamente uniforme en los diversos ordenamientos jurídicos peninsulares, en el sentido de no trasladar la distinción entre la filiación legítima y la no legítima, normalmente relevante en el terreno sucesorio –y que en este aspecto que ahora abordamos se hubiera percibido como claramente injusta, incluso respecto a las formas más denostadas

167 *Partidas*, [VI, XIII, XII]: "En que manera pueden heredar entre si los hermanos que son dichos naturales.- Fijo natural, que non es nascido de legitimo matrimonio: si muriere sin testamento, non auiendo fijos, nin nietos nin madre, estonce sus hermanos que le pertenescen de parte de su madre, deuen auer todo lo suyo: e si otros hermanos ouiere de parte de su padre tan solamente, non heredaran, ende ninguna cosa. E esto es porque los hermanos que le pertenescen de parte de su madre: son ciertos, e los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriesse sin testamento, ouiesse otros hijos naturales, que le pertenesciessen de su padre tan solamente, e non ouiesse de los otros, que fuessen nascidos de su madre como el: estonce estos atales bien heredarian lo suyo: por que son los mas cercanos parientes. Fueras ende, si el que assi muriesse, ouiesse hermano natural e legitimo de parte de su padre. Ca estonce, este ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosi dezimos, que los fijos naturales, non han derecho de heredar los bienes de los legitimos, nin de los parientes otros que le pertenescen de parte de su padre: mas de los otros parientes que le pertenescen de parte de su madre que muriessen sin testamento: bien los puede heredar seyendo ellos mas propinquos parientes". Cuestión que no resolvía esta ley era, sin embargo, la de si, en el caso de confluir, los hermanos uterinos legítimos del finado desplazaban a los uterinos naturales, que es la opinión defendida en su glosa (a), «Estos atales», por Gregorio López. De esta lectura disiente, por el contrario, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fol. 69, núm. 48, quien, además de recordar que ambas categorías coinciden en el grado, rebate la aplicabilidad a este supuesto -mantenida por otros autores-, de la ley 9 de Toro, alegando que en este precepto solamente se disciplina la herencia materna y no la colateral, respecto a la cual subsistiría la vigencia del derecho común contenido en las Partidas.

de ilegitimidad–, a la obligación que pesaba sobre los padres de procurar alimentos a los hijos, con el fin de asegurar su supervivencia hasta llegar a la situación de poder proveerse por sí mismos de los medios precisos para su subsistencia[168]. En este sentido, las reglas establecidas en el fuero de Cuenca y en algunos de sus emparentados proporcionan un ejemplo ilustrativo del tipo de soluciones comúnmente adoptadas en los diversos textos forales: en principio, la responsabilidad de la crianza recae sobre la madre, cerniéndose sobre ella la amenaza de un severo castigo si se negase a asumirla o la desatendiese[169]; pero si la paternidad fuese reconocida o probada, el coste económico del deber de cuidar del niño pasará al padre, aunque hasta que cumpla los tres años de edad, momento en el que también obtendrá ésta, será la mujer, aunque con ayuda de la contribución por él satisfecha, la encargada de su custodia[170]. Un esquema que presenta ya visibles alteraciones en el Fuero Real y en el Fuero de Soria, en los que se cargan sobre la madre los gastos generados en esos tres años en los que mantiene al infante bajo guarda, a menos que no disponga de recursos suficientes para afrontarlos, en cuyo caso basculará sobre el padre el deber de compensar con la cantidad necesaria la insolvencia ma-

168 Acerca de esta materia, véase E. Gacto, *La condición no legítima*, pp. 131-151.

169 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [XI, 35]: "De ea que filium suum proiecerit.- Quecumque mulier filium suum alicubi proiecerit, fustigetur, et insuper filium suum nutrire cogatur". *Fuero latino de Teruel*, [372]. *Fuero romance de Teruel*, [485]. *Fuero de Iznatoraf*, [257]. *Fuero de Zorita de los Canes*, [259] *Fuero de Béjar*, [331]. *Fuero de Plasencia*, [101]. *Fuero de Baeza*, [258]. *Fuero de Úbeda*, [XXVIII, 8]. *Fuero de Alcaraz*, [IV, 34]. *Fuero de Alarcón,* [243]. *Fuero de Villascusa de Haro,* [244]. *Fuero de Huete*, [216]. Una regulación muy similar la encontramos en el *Fuero de Brihuega*, [97]: "Por mugier que echare su fijo.- Toda mugier que echare su fijo, yaga IX dias en la cadena, en casa del iuez, et tome su fijo, et fagan gelo criar; et sil diere padre manifiesto, del el padre XII mezcales cada anno, fata iii annos, et crie la mugier su fijo".

170 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [XI, 38]: "De muliere que filium patri proiecerit.- Quecumque mulier filium proiecerit ipso dando ei octo menkales per annum, fustigetur. Vnde mandamus per forum, quod mulier que ex aliquo conceperit, nutriat filium suum, et uir det ei octo menkales usque ad tres annos, sicut forum est aliarum nutricum. Si pater hanc mercedem dare noluerit, ipsa reddat ei suum filium sine calumpnia". Variando entre ellos el monto de la pena pecuniaria, reproducen este precepto: *Fuero latino de Teruel*, [376]. *Fuero romance de Teruel*, [489]. *Fuero de Iznatoraf*, [260]. *Fuero de Zorita de los Canes*, [262]. *Fuero de Béjar*, [336]. *Fuero de Plasencia*, [101]. *Fuero de Baeza*, [260]. *Fuero de Úbeda*, [XXVIII, 10]. *Fuero de Alcaraz*, [IV, 39]. *Fuero de Alarcón,* [246]. *Fuero de Villascusa de Haro,* [247]. *Fuero de Huete*, [219]. Hace notar E. Gacto, *la filiación no legítima*, p. 132, que dicha cantidad de ocho mencales, cuya cuantía es distinta, como hemos dicho, en algunos de estos textos, coincide con la soldada establecida para la retribución de las amas de cría.

terna. Además, agotado dicho período trienal, tampoco el traspaso de la custodia se produce de un modo automático, pues depende de la voluntad de efectuarlo de la mujer, o incluso, de que los alcaldes decidiesen, aun en contra de su deseo, que lo mejor es que el hijo permanezca con ella, pero a las expensas del padre. Solamente si la madre no fuese cristiana perderá desde el nacimiento mismo de su retoño la facultad de retenerlo consigo, si bien ello no le libera de tener que sufragar los gastos de los tres primeros años, siempre que contase con fondos bastantes para cubrirlos. Por último, también se prevé la posibilidad de que, transcurridos esos tres años, la negativa del hombre a admitir su paternidad de lugar a un procedimiento judicial, debiendo ocuparse del hijo que se le atribuye durante su sustanciación hasta que recaiga una sentencia firme que, no obstante, en el caso de amparar su posición, le dará la oportunidad de repetir las costas contra la demandante[171].

Sin embargo, este panorama de general condescendencia hacia el derecho de alimentos de los hijos extramatrimoniales se había visto sacudido por la recuperación de una novela de Justiniano (89, 15), que se lo negaba a los procreados de concúbitos prohibidos. Con el ánimo, quizás, de profundizar en el intento, ya anticipado por la legislación canónica, de atemperar tan drástica medida, las Partidas se entretienen en una detallada explicación de las razones biológicas y jurídicas justificativas –al margen de la predisposición o no de los progenitores a cumplirla–, de la pertinencia de mantener esta obligación, que cabe reclamar por la vía judicial, que se entiende recíprocamente exigible, y que se considera extendida, no solamente a la ayuda indispensable para garantizar la supervivencia del beneficiario, sino a todo lo necesario para facilitarle una vida digna, en función tanto de la calidad social y la riqueza del deudor como

171 *Fuero Real*, [3, 8, 3]: "(1) Quando alguna mugier soltera á fiio dalgún omne soltero e el omne lo recibiere por fiio, la madre sea tenida del criar e del gouernar fata III annos si ouiere dont, e si non ouiere de qué, críelo a cuesta del padre; e si la mugier le criar de lo suyo fata III annos, el padre lo críe dent adelant de lo suyo e non le tenga más la madre si non quisiere, fueras si el alcalde por alguna razón guisada mandare que lo tenga la madre a cuesta del padre. (2) Esto mandamos de los fiios de los christianos; ca si fuere fiio de christiano e de mora o de iudía o de mugier dotra ley, mandamos que el christiano lo tenga siempre e aya la cuesta del otro assí como es sobredicho; et si después de tres annos el padre lo negare por fiio, mientre andidiere en el pleyto el padre sea tenudo de dar el gouernio fata que sea iudgado el pleyto, e si non fuere dado por padre, aya las cuestas de la madre que ge lo daua por su fiio con tuerto. E lo que es dicho de los fiios de solteros sea de los fiios de los casados que fueren partidos por alguna razón derecha". Casi idéntica redacción encontramos en *Fuero de Soria*, [362].

de la condición de la madre y del propio alimentado[172]. Por lo demás, el régimen del reparto de responsabilidades coincide con el ordenado en el Fuero Real y el Fuero de Soria, añadiéndose la advertencia, referida a los legítimos, pero válida para los no legítimos[173], de que si la pareja casada se disolviese, el coste del mantenimiento de los hijos recaerá, antes y después de los tres años, en el culpable de la ruptura, quedando la guarda a favor del otro, aunque si, por este motivo, la tuviese la madre y luego contrajese nuevo matrimonio, deberá transferírsela al progenitor sin recibir nada a cambio[174]. El deber de prestar alimentos, tanto a los legítimos como a los

172 *Partidas*, [IV, XIX, II]: "Porque razon e en que manera son tenudos los padres de criar a sus fijos: maguer non quisiessen.- Claras razones e manifiestas son, porque los padres e las madres, son tenudos de criar a sus fijos. La vna es, mouimiento natural, porque se mueuen todas las cosas del mundo, a criar e guardar lo que nasce dellas. La otra es, por razon del amor que an con ellos naturalmente. La tercera es, porque todos los derechos temporales e spitituales se acuerda enello. E la manera en que deuen criar los padres a sus fijos: e darles lo que les fuere menester: maguer non quiera es esta que le deuen dar que coman, e que beuan, e que vistan, e que calcen: e lugar do moren: e todas las otras cosas que les fuere menester, sin las quales non pueden los omes biuir. E esto deue cada vno fazer, segund la riqueza e el poder que ouiere, catando toda via la persona daquel que lo deue recebir, en que manera le deuen esto fazer. E si alguno contra esto fiziere, el judgador de aquel lugar lo deue apremiar, prendandolo, o de otra guisa: de manera que lo cumpla, assi como sobre dicho es. Empero dezimos, que de mientra quel padre criare, e proueyere su fijo, si fiziere el fijo alguna debda, que non meta en pro del padre: o que la saque sin su mandado que non es el padre tenudo dela pagar. Otrosi dezimos: que los fiios deuen ayudar a proveer a sus padres, si menester les fuere pudiendolo ellos fazer: bien assi, como los padres son tenudos a los fijos".

173 En aplicación de lo dispuesto en *Partidas*, [IV, XIX, V]: "A quales fijos son tenudos los padres de criar, e quales non.- Engendran los omes fijos en sus mugeres legitimos e a las vegadas en otras, que lo non son. E en criar estos fijos ha departimento. Ca los fijos que nascen de las mugeres, que han los omes de bendicion tambien los parientes que suben por la liña derecha del padre, como de la madre, son tenudos de los criar. Esso mismo es, de los que nascen de las mugeres, que tienen los omes por amigas, manifiestamente: como en lugar de mugeres: non auiendo entre ellos embargo de parentesco, o de orden de religion: o de casamiento. Mas los que nascen de las otras mugeres, assi como de adulterio: o de incesto, o de otro fornicio los parientes que suben por la liña derecha, de partes del padre, non son tenudos de los criar: si non quisieren: Fueras ende, si lo fizieren por su mesura: mouiendose naturalmente a criarlos, e a fazerles alguna merced, assi como farian a otros estraños porque non mueran. Mas los parientes que suben por liña derecha, de partes de la madre, tambien ella como ellos, tenudos son de los criar, si ouieren riqueza con que lo puedan fazer. E esto es por esta razon porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della: que es suyo lo que non es el padre delos que nascen de tales mugeres".

174 *Partidas*, [IV, XIX, III]: "En cuya guarda del padre o de la madre deuen ser los fijos, para nodrescer, e criarlos.- Nodrescer, e criar deuen las madres a sus fijos: que fuere menores de tres años, elos padres a los que fueren mayores desta edad. Empero,

naturales, además de al padre y a la madre, atañe, aunque, lógicamente, de manera subsidiaria, a sus respectivos ascendientes, en justo paralelismo con el derecho que éstos tienen de suceder al nieto en defecto de los padres. También puede ocurrir que la resistencia del supuesto padre a suministrarlos, basada en su negativa a reconocer al hijo que los demanda, de pie a la tramitación de un procedimiento desprovisto de formalidades y sumario, al término del cual el juez, basándose en la fama o en cualquier otra prueba que estimase oportuna, puede decidir instar al renuente para que los satisfaga, sin perjuicio de que luego éste pueda presentar una prueba más concluyente que desmonte este fallo[175]. Finalmente, cuando la provisión testamentaria del padre ya fallecido olvidase al hijo natural, abocándole a una precaria situación de subsistencia, serán los herederos del difunto los requeridos para suministrarle todo aquello que, según la valoración hecha por varios hombres buenos, le asegure una existencia acorde con su posición social[176].

sila madre fuesse tan pobre que non los pudiesse criar, el padre es tenudo de darle lo que ouiere menester para criarlos. Esi acaesciesse, que se parta el casamiento por alguna razon derecha, aquel por cuya culpa se partio, es tenudo de dar de lo suyo, de que crien los fijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, o menores, o el otro que non fue en culpa, los deue cria, e auer en guarda. Pero si la madre los ouiese de guardar, por tal razon como sobre dicha es: e se casasse: estonce non los deue auer en guarda: nin es tenudo el padre de dar aella ninguna cosa, por esta razon: ante deue el rescibir los fijos en guarda, e criar los si ouiere riqueza, con que lo pueda fazer".

175 *Partidas*, [IV, XIX, VII]: "Que deue ser guardado, quando el fijo demanda al padre, que le prouea: e el niega que non es su fijo.- Raazonando se alguno por fijo de otro: e demandando quel criasse, e proueyesse delo que era menester, podria acescer, que este a tal, que negaria que non era su fijo: porque no lo criasse, o por auentura dezir loya de verdad, que non feria su fijo. E porende quando tal dubda acaesciere, el juez de aquel lugar, de su oficio deue saber llanamente, e sin alongamiento, non guardando la forma del juyzio, que deue ser guardado en los otros pleytos, si es su fiio de aquel por cuyo se razona, o non. E esto deue ser catado, por fama delos de aquel lugar: o por qualquier manera otra: que lo pueda saber: o por la jura de aquel que se razona por su fijo. E si fallare por algunas señales, que es su fijo: deue mandar al otro que lo crie e lo prouea. E maguer el juez mande proueer a este atal, assi como sobredicho es, saluo finca su derecho, a qualquier de las partes, para proueer si es su fijo o non". Gregorio López, en su glosa (e), «Finca», a esta ley, señala que si después se plantease juicio ordinario del que resultase sentencia desestimatoria de la paternidad discutida, decaerá el deber de alimentar impuesto en virtud del procedimiento anterior.

176 *Partidas*, [VI, XIII, VIII]: "Quando puede heredar el fijo que non es legitimo en los bienes de su padre si muere sin testamento: o el padre en los bienes de tal fijo.- In testamento muriendo ome, que non dexasse fijos legitimos, su fijo natural que ouiesse auido de alguna muger de que non fuesse dubda que la el tenia por suya, e que fuesse el fijo engendrado en tiempo que el non ouiesse muger legitima, nin ella otro si marido, tal

Lo cierto es que la minuciosa regulación asentada con las Partidas apenas se verá modificada en virtud de la ley décima de Toro, que se limita a fijar en una quinta parte del patrimonio del padre o de la madre la cantidad máxima que el hijo ilegítimo puede reivindicar, o ellos adjudicarle, en concepto de alimentos, y a recordar que la percepción de los mismos no supondrá incremento alguno de su capacidad. En lo demás, incluido lo concerniente a su posición hereditaria en concurrencia con hijos legítimos, permanece intacto el régimen arbitrado por la magna obra alfonsina. Paradójicamente, la escasa incidencia en este tema de este precepto toresano no constituirá obstáculo alguno para que la literatura jurídica posterior se viese envuelta en un intenso debate acerca de su interpretación. A partir del contenido de esta norma, cabe convenir con Álvarez de Posadilla en que el propósito perseguido al acotar el volumen de la deuda alimenticia no era otro que intentar detener el menoscabo fraudulento que, con el pretexto de atender a esta prestación, a menudo venían padeciendo los herederos legítimos, y no el de liberar a los padres de tal obligación que, según este autor, viene impuesta por el derecho natural. De ahí, sigue diciendo, que en el caso de que la cuota del quinto se demostrase insuficiente para su adecuada redención, los padres deberán dejar gravada la herencia con el compromiso de su cumplimiento, pero, eso sí, respetando siempre la legítima de los herederos forzosos[177]. Otro punto sobre

fijo como este, puede heredar las dos partes delas doze de todos los bienes de su padre: e el, e su madre deuen partir estas dos partes ygualmente (...) E si por auentura el padre non se acordasse de tal fijo como este, non dexando le niguna cosa de lo suyo: estonce los herederos del, son tenudos de le darlo lo que fuere menester para su gouierno, e para su vestir, e calçar, según aluedrio de omes buenos: de manera que lo pueda sofrir sin gran su daño. Otrosi dezimos, que en aquella misma manera que el fijo natural puede, e deue heredar a su padre en los bienes del, aprouechar se dellos, assi como sobredicho es, que en essa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, e ayudar se dellos".

177 J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 9, p. 101, y l. 10, p.108. De esta opinión se apartará, en sus comentarios a la Nueva Recopilación, J. Gutiérrez, *Practicarum queastionum circa Leges Hispaniae Primae Partis Novae Collectionis Regiae,* Madrid, Petrus Madrigal, 1606, pp. 694-695, que amen de cuestionarse que el deber de criar y educar a los hijos provenga realmente de un imperativo natural, pues de hecho puede encontrar límites en la legislación civil, llega a la conclusión de que la acotación de la ley décima de Toro es de inexcusable observancia cuando se pidan alimentos civiles, es decir, los adecuados a la dignidad y calidad personal de los implicados, pero puede ser superada cuando se tratase de los naturales, es decir, los orientados a la pura subsistencia, y no existiese descendencia matrimonial que pudiese verse perjudicada. Me pone sobre la pista de este autor E. Gacto Fernández, *La filiación no legítima*, pp. 141-142. La falta de distinción en *Partidas*, [IV, XIX, II y V] entre alimentos civiles y naturales convirtió en opinión común la de que los

el que reinará un acuerdo casi general es el relativo a la radical caducidad del derecho del hijo no legítimo a obtener esta asignación si dispusiese de medios propios bastantes para mantenerse por sí mismo, no pudiendo entonces solicitar el quinto legalmente señalado –ni siquiera cuando su padre quisiera dárselo–, al tener cegada la posibilidad de recibir bienes suyos por cualquier otro conducto[178]. De igual manera que la atribución de esta porción no debe entenderse como un derecho, sino como un umbral máximo, que ni los padres ni el juez estarán forzados a alcanzar cuando con una cantidad menor pudiese garantizarse al hijo un nivel decoroso de cobertura de sus necesidades[179]. Algún autor defenderá que la ausencia, en las leyes aplicables, de restricciones temporales prolongaba indefinidamente la virtualidad del planteamiento de la reclamación de esta subvención, siempre que el hijo, al margen de que hubiese sobrepasado la mayoría de edad, se encontrase sometido a privaciones, aunque fuese por causas sobrevenidas, como una enfermedad o la falta de un trabajo[180]. Finalmente, apoyándose en el tenor mismo de la ley décima de Toro, que se distancia en este punto de lo prescrito en el derecho común, la doctrina castellana no discutiría la absoluta libertad que le asistía al beneficiario para disponer, *inter vivos* o *mortis causa*, de lo obtenido como pago alimentario, al menos en aquello que no excediese de la consabida quinta parte del haber de quien debiese procurárselo[181]; e igualmente, se tendió

hijos naturales tenían igual derecho que los legítimos a los civiles. Por ejemplo, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fols. 66-67, núm. 39, y J. F. Pacheco, *Comentario*, pp. 149-151, núms. 49-53, que entiende que al no pronunciarse sobre la cuestión y someterla a consideraciones morales, las Partidas estaban dejando toda amplitud a la prudencia de los interesados y al buen sentido de los jueces.

178 Por ejemplo, suscriben esta idea L. Velázquez de Avendaño, *Legum taurinarum*, l. 10, glosa I, fol. 30r, núm. 1; J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 10, p. 108; y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 10, pp. 193-197, núms. 42-57. La exclusión de cualquier otra forma de participación en la herencia es rebatida por Gregorio López, en su glosa (f), «Heredar», a Partidas, [VI, XIII, X], lo que, como ya hemos señalado, puede comportar una lectura correcta en relación con la herencia materna.

179 Esta es la postura defendida por A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fol. 67, núm. 39, y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 10, p. 194, núm. 45. Que la práctica judicial viene a ratificarla lo documenta E. Gacto Fernández, *La filiación no legítima*, pp. 143-148.

180 J. Escriche, *Diccionario razonado*, I, voz «Alimentos», p. 436.

181 La duda surgía a partir del problema de si a la muerte del alimentario debía ser restituido aquel fundo que le hubiese sido entregado con el fin de que se sirviese de su producción para colmar sus necesidades. A lo que A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fols. 67-68, núms. 41-42, responde en el sentido arriba indicado.

a considerar que el carácter transmisible de esta carga se proyectaba también, a la muerte de su titular, en perjuicio de sus herederos[182].

c. Superación de la legislación toresana en el derecho codificado

Puesta en marcha la dinámica codificadora, los diversos proyectos que jalonan su evolución no prestarán a estas cuestiones la misma cuidadosa atención que habían merecido a los redactores de los grandes cuerpos legislativos que hemos analizado. En realidad, lo más habitual es la mera repetición en ellos de preceptos que se limitan a equiparar a todos los efectos legales, incluidos, presumimos, los sucesorios, a los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio[183]. O también de otros que, simplemente, atribuyen a los hijos legitimados por concesión regia o a los reconocidos como naturales unos genéricos derechos hereditarios y de alimentos[184]. Algo más explícito se mostrará, no obstante, el Proyecto de Código civil de 1836 cuando establece un orden de sucesión a la herencia

182 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 9-12, fols. 66-67, núm. 38.

183 Esto se predica exclusivamente de los legitimados por subsiguiente matrimonio. *Proyecto de Código civil de 1821*, [365]: "La legitimación por subsiguiente matrimonio habilita a los hijos para el goce de todos los derechos de los hijos legítimos". *Proyecto de Código civil de 1836*, [367]: "Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son sin diferencia alguna de igual condición y tienen los mismos derechos que los hijos legítimos". *Proyecto de Código civil de 1851*, [120]: "Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son iguales a los legítimos para todos los efectos legales". *Proyecto de Libro primero del Código civil de 1869*, [149]: "Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son iguales a los legítimos para todos los efectos legales".

184 *Proyecto de Código civil de 1836*, [368]: "Los hijos legitimados por Real gracia, entran en la familia y participan de la condición de sus padres. En cuanto a sus derechos hereditarios, se observará lo dispuesto en los títulos de las sucesiones testamentarias o intestadas". *Proyecto de Código civil de 1851*, [130]: "El hijo reconocido por el padre o por la madre, o por los dos, de común acuerdo, tiene derecho: 1.º A llevar el apellido del que le reconozca. 2.º A ser alimentado por este. 3.º A percibir la porción hereditaria que se determina en los artículos 776 y 777". *Proyecto de Libro primero del Código civil de 1869*, [158]: "El hijo reconocido por el padre o por la madre, o por los dos, de común acuerdo, tiene derecho: 1.º A llevar el apellido del que le reconozca. 2.º A ser alimentado por este. 3.º A percibir la porción hereditaria que marca la ley". *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [106]: "La legitimación por concesión Real da derecho al legitimado: 1.º A llevar el apellido del padre o la madre que la hubiera solicitado. 2.º A recibir alimentos de los mismos. 3.º A la porción hereditaria que se establece en este Código"; [113]: "El hijo reconocido tiene derecho: 1.º A llevar el apellido del que le reconoce. 2.º A recibir alimentos del mismo. 3.º A percibir en su caso la porción hereditaria que se determina en este Código".

intestada en el que, en aplicación de la citada igualación legal, se otorga la posición preferente a la descendencia legítima y a la legitimada por ulterior casamiento, dando paso a continuación a los legitimados por la gracia del rey, para ignorar luego el criterio marcado por la ley décima de Toro, al postergar a los hijos naturales reconocidos frente a los ascendientes, el cónyuge, los colaterales de primer grado e incluso los adoptivos, y relegar, finalmente, a los que únicamente hubiesen sido declarados como naturales al último lugar entre los convocados por su relación de parentesco[185]. Nada se dice de ellos, por el contrario, al tratar de los sucesores testamentarios.

Omisión que se reproduce en el Proyecto de Código civil de 1851, que tampoco les menciona al abordar la sucesión testada, ni les incluye entre los herederos forzosos[186], si bien dedica toda una sección a fijar las reglas actuantes en la herencia de los hijos naturales reconocidos. Así, en su virtud, cuando el padre o la madre que admitió su filiación tuviese otra descendencia legítima sólo gozarán de un derecho de alimentos[187], mientras que si su confluencia fuese con los ascendientes legítimos, y al margen de cual fuese su número y de que también estuviese llamado el cónyuge

185 *Proyecto de Código civil de 1836*, [2211]: "El orden de suceder en las herencias abintestato se regulará por el que expresan los números siguientes: 1.º Descendientes legítimos del difunto, o legitimados por el subsiguiente matrimonio. 2.º Descendientes legítimos por Real gracia. 3.º Padres legítimos o de los que hubiesen sido legitimados por Real gracia. 4.º Abuelos y demás ascendientes legítimos o legitimados. 5.º El cónyuge simultáneamente y por partes iguales, con los hermanos legítimos de padre y madre: los legitimados por Real gracia, se sucederán recíprocamente, y lo mismo se entenderá respecto de los que hubieren sido reconocidos o declarados por su padre". 6.º Hermanos legítimos de una sola línea. 7.º Hijos adoptivos a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres. 8.º Hijos o padres naturales reconocidos. 9.º Colaterales entre sí, hasta el décimo grado inclusive. 10.º Hijos naturales simplemente declarados; y a estos sucederán sus padres, conforme al orden prescrito en este artículo. 11.º El Fisco". Esta escala entraba en contradicción con la ley de 16 de mayo de 1835, que, en defecto de ascendientes o parientes colaterales hasta el cuarto grado, daba preferencia a los hijos naturales sobre la viuda de su padre y los parientes de éste de más alejado grado.

186 *Proyecto de Código civil de 1851,* [641]: "Son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos. 2º Faltando los del número anterior, los padres y ascendientes legítimos, respecto de sus hijos y descendientes legítimos". F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 163, se muestra contrario a que los hijos naturales sean excluidos de la sucesión intestada incluso por los colaterales, abogando, además, porque, habiendo sido reconocido se le admita no sólo a la herencia materna, sino también a la paterna.

187 *Proyecto de Código civil de 1851*, [775]: "Cuando el padre o madre que lo reconoció haya dejado hijos o descendientes legítimos, no tendrán los naturales otro derecho que el de alimentos (...)".

supérstite, les corresponderá una cuarta parte de los bienes del causante, que aumentará hasta la mitad cuando solamente quedasen colaterales hasta el cuarto grado, y al tercio cuando junto a éstos concurriese el viudo o la viuda, en tanto que a falta de colaterales, esa porción se incrementará a los dos tercios, siendo únicamente en ausencia de todos ellos cuando podrán heredar la totalidad, rigiendo siempre el principio de representación a favor de sus propios descendientes[188]. De lo que, sin embargo, resultan excluidos es de la sucesión de los hijos y parientes legítimos del padre o de la madre que les hubiese reconocido; principio que asimismo se aplicará a la inversa[189]. Y a su vez, en el caso de premoriencia del hijo natural sin descendencia legítima o reconocida, su herencia pasará íntegra al padre o a la madre que le reconoció, o bien, si fueron los dos los que conjuntamente le aceptaron como hijo y siguiesen aún vivos, se repartirá entre ambos, siendo sustituidos, en el supuesto de que ellos faltasen, por las hermanas y hermanos naturales del difunto o sus descendientes[190].

A diferencia de los anteriores, el Anteproyecto de Código civil de 1882–1888 sí prestará una particular atención a los derechos de los hijos ilegítimos en la sucesión testada. Previendo, en primer lugar, la confluencia de la descendencia legítima con otros hijos naturales legalmente reconocidos, se atribuye a estos últimos una porción igual a la mitad de la cuota

188 *Proyecto de Código civil de 1851*, [776]: "(1) Si han quedado solo ascendientes legítimos, sea cualquiera su número y grado, los hijos naturales reconocidos por el mismo padre y la misma madre, sean uno o más, heredarán la cuarta parte de los bienes, concurran o no con viudo o viuda. (2) Quedando sólo colaterales dentro del cuarto grado heredarán la mitad. Si además de colaterales dentro del cuarto grado quedan viudo o viuda, heredarán el tercio. A falta de colaterales dentro del cuarto grado, heredarán por entero, si no quedan viudo o viuda; y en otro caso los dos tercios"; [777]: "El natural reconocido únicamente por el padre o la madre no los heredará, sino a falta de colaterales dentro del cuarto grado civil, y de viudo o viuda que se halle en el caso del artículo 773"; [778]: "Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural en los dos artículos anteriores, se transmiten por su muerte a su descendencia, a virtud del derecho de representación".

189 *Proyecto de Código civil de 1851*, [779]: "El hijo natural nunca hereda a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que le reconoció, ni ellos al hijo natural".

190 *Proyecto de Código civil de 1851*, [780]: "Si el hijo natural reconocido muere sin dejar posteridad legítima o reconocida por él, le sucederá por entero el padre o madre que le reconoció; y si ambos le reconocieron y viven le heredarán por partes iguales". [781]: "(1) No quedando padre ni madre, heredarán los hermanos y hermanas naturales del difunto y los descendientes de ellos, aunque sean legítimos. (2) En este caso tendrán lugar las ventajas del doble vínculo y la representación según lo dispuesto en las secciones 3ª y 4ª preliminares de este título". Sobre la procedencia y las concordancias de todos estos artículos, véase F. Garcia Goyena, *Concordancias*, pp. 407-409.

correspondiente a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que ésta no superase la cuantía del tercio de libre disposición, después de deducidos los gastos funerarios, pudiendo serles pagada en dinero o en bienes hereditarios[191]. En defecto de prole legítima y habiendo ascendientes legítimos, esa participación alcanzará a la mitad de la parte de la herencia de libre disposición, pasando a ser en ausencia, también, de ascendientes de una tercera parte del total de la masa hereditaria, y entrando en juego en el caso de fallecimiento el derecho de representación de los descendientes legítimos del hijo natural premuerto[192]. En cualquier caso, fuera de lo obtenido por testamento, deberán imputar en su cuota todo lo recibido en vida del padre o la madre que estuviese conceptuado como colacionable[193]. Los legitimados por concesión regia disfrutan de iguales derechos que los naturales reconocidos por ulterior matrimonio, rigiendo, asimismo, un principio de reciprocidad en favor del padre o la madre naturales respecto a la herencia del hijo difunto[194]. Por lo demás, aquellos otros hijos ilegítimos que no tuviesen la calidad de naturales únicamente tendrán derecho a la percepción de alimentos, cuyo deber de satisfacción pasará a los herederos de los padres y subsistirá hasta que alcancen la mayoría de edad

191 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [826]: "(1) Cuando el testador deje hijos o descendientes legítimos, e hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de funeral. (2) Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia, a justa regulación". Este precepto se corresponde con el con el 744 del Código italiano.

192 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [827]: "Cuando el testador no haya dejado hijos o descendientes, pero si ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la mitad de la parte de la herencia de libre disposición". Precepto que reproduce el 816 del Código italiano. [828]: "Cuando el testador no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la tercera parte de la herencia". [829]: "Los descendientes legítimos del hijo natural podrán reclamar, por muerte de éste, los derechos declarados a su favor por el precedente artículo". Repite el 817 del Código italiano.

193 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [833]: "El hijo natural, fuera de lo que se le haya dejado por testamento, deberá imputar en su cuota todo lo recibido en vida de su padre o madre, que esté sujeto a colación".

194 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [830]: "La porción hereditaria de los legitimados por concesión Real, será la misma establecida por la ley a favor de los hijos naturales reconocidos". Este artículo se introdujo por acuerdo de la comisión de 18 de noviembre de 1882. [832]: "El derecho de sucesión que la ley da a los hijos naturales, pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre o la madre naturales".

o salgan de su estado de incapacidad[195]. Y en lo concerniente a la sucesión intestada, se consuma la inversión del orden de llamamientos consagrado en la ley de Toro, pues los hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión real, además de por la descendencia legítima, se ven desplazados por los ascendientes legítimos, reduciéndose, en el caso de existir unos u otros, sus derechos hereditarios a la misma porción antes señalada para la sucesión voluntaria[196]. Por otra parte, cuando junto a los hijos naturales concurriesen los descendientes de otro hijo de su misma clase previamente desaparecido los primeros heredarán por derecho propio y los segundos en virtud del derecho de representación[197]. Se mantiene, además, la separación de la herencia de los hijos o parientes legítimos del padre o la madre que les reconoció, al igual que permanecen los mismos derechos atribuidos en el proyecto de 1851 a los padres del hijo reconocido cuando este muriese sin dejar posteridad legitima[198]; a lo que se añade que, faltando también los progenitores, a su herencia serán convocados sus hermanos naturales, con sujeción a idénticas reglas a las fijadas para los hermanos legítimos[199].

La preterición de los hijos naturales por los ascendientes será también confirmada por el proyecto de Ley de Bases de 1885, que al mismo tiempo acabará con las diferencias establecidas en Toro entre los derechos del hijo

195 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [831]: "(1) Los hijos ilegítimos que no tengan la cualidad de naturales, sólo tendrán derecho a los alimentos. (2) La obligación del que haya de prestarlos se transmitirá a sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad; y en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad".

196 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [948]: "A falta de descendientes y ascendientes legítimos, sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos, y los legitimados por concesión Real"; [951]: "En el caso de quedar descendientes o ascendientes legítimos, los naturales sólo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los artículos 826 y 827".

197 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [950]: "Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural en los dos anteriores artículos, se transmitirán por su muerte a su descendencia, a virtud del derecho de representación"; [949]: "Si con los hijos naturales concurrieren descendientes de otro de igual clase que hubiere fallecido, los primeros sucederán por derecho propio o *in capita* y los segundos por representación o *in stirpes"*. Sorprende el orden sistemático de estos dos preceptos.

198 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [952]: "El hijo natural nunca heredará a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que lo reconoció, ni ellos al hijo natural"; [953]: "Si el hijo natural reconocido muere sin dejar posteridad legítima o reconocida por él, le sucederá por entero el padre o madre que lo reconoció, y si los dos lo reconocieron y viven, le heredaran por partes iguales".

199 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [954]: "A falta de ascendientes naturales heredarán al hijo natural sus hermanos naturales, según las reglas establecidas para los hermanos legítimos".

natural a las sucesiones intestadas del padre y de la madre[200]. En este punto[201] y con excepción de alguna otra pequeña variación, el Código civil se mantendrá fiel a la regulación contenida en el Anteproyecto de 1882-1888[202].

Tampoco en materia de provisión de alimentos a los hijos naturales se muestran muy locuaces los sucesivos proyectos codificadores. Así, en el de 1821 únicamente encontramos enunciada una genérica obligación por parte de los padres de alimentar y educar a los hijos comunes, sobre los que, en el caso de necesidad, también pesa la responsabilidad recíproca de socorrerles a ellos[203]. En el Proyecto de 1836 el deber de

200 *Proyecto de ley de bases de 1885*, [Base 17]: "A la sucesión intestada serán llamados: 1.º los descendientes; 2.º los ascendientes; 3.º los hijos naturales; 4.º los hermanos e hijos de éstos; 5.º el cónyuge viudo. No pasará esta sucesión del sexto grado en la línea colateral. Desaparecerá la diferencia que nuestra legislación establece respecto a los hijos naturales entre el padre y la madre, dándoseles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro (...).

201 La indistinción preconizada en la base 17 había sido ya plasmada, al no señalar diferencias entre la sucesión del padre y la madre en el artículo [948] del anteproyecto de 1882-1889, que el Código de 1889 reproduce literalmente en el [939].

202 Veamos cuáles son esos cambios. El [840. 1] modifica el [826. 1] del anteproyecto, al hablar de "gastos de entierro y funeral". El [841] añade al [827] un segundo párrafo: "Esto se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo conforme al art. 836, de modo que, concurriendo el viudo con hijos naturales reconocidos, se adjudicará a estos sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar su legítima". El [829] del anteproyecto, sin perder su sentido, recibe nueva redacción en el [843]: "Los derechos reconocidos á los hijos naturales en los precedentes artículos, se transmiten por su muerte á sus descendientes legítimos". Lo mismo ocurre con el [833] del anteproyecto, que es modificado sensiblemente en el artículo [847]: "(1) Las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre ó de su madre se imputarán en la legítima. (2) Si excediere del tercio de libre disposición se reducirán en la forma prevenida en los artículos 817 y siguientes". También se mejora el tenor técnico, aunque no el contenido, del artículo [949] del anteproyecto en el [940] de 1889, que dice: "Si con los hijos naturales ó legitimados concurrieren descendientes de otro hijo natural o legitimado que hubiese fallecido, los primeros sucederán por derecho propio y los segundos por representación". Al igual que el artículo [950], que en el [941] de 1889 reza así: "Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural ó legitimado en los dos anteriores artículos, se transmitirán por su muerte á sus descendientes, quienes heredarán por derecho de representación a su abuelo difunto". En donde en el artículo [952] del anteproyecto habla del hijo natural, en el [943] del Código se extiende la aplicación del precepto al legitimado: "El hijo natural y el legitimado no tienen derecho a suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que lo haya reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado". Ampliación que también recogen el [944] y el [945] del Código respecto al [953] y el [954] del anteproyecto.

203 *Proyecto de Código civil de 1821*, [325]: "Marido y mujer tienen obligación de alimentar y educar a los hijos comunes"; [326]: "Marido y mujer tienen derecho a ser alimentados y socorridos por los hijos comunes en caso de necesidad"; [377]: "Son

proporcionar alimentos se predica ya expresamente respecto a los hijos naturales solemnemente reconocidos, los simplemente declarados, los espurios, e incluso los nacidos de uniones ilícitas, hasta su llegada a la pubertad; pero solamente los primeros tendrán asegurado que sus padres se hagan cargo de su manutención y educación, aun en el caso de que tuviesen otros hijos legítimos o legitimados[204]. No obstante, cuando se detalla la relación de las personas a las que asiste el derecho de percibir alimentos a cuenta de los bienes hereditarios se da preferencia a los hijos legítimos por gracia regia y a los adoptivos, mientras que los hijos naturales son relegados a una posición marginal, que se convierte en postrera para los adulterinos, los incestuosos y los sacrílegos; derecho que, además, decaerá cuando sucediesen abintestato, o recibiesen una porción en concepto de legítima[205]. En contrapartida, entre otros derechos, el padre o la madre gozarán respecto a los hijos naturales reconocidos, y mientras conviviesen con ellos, el de exigirles alimentos cuando los precisasen, y el de heredarlos en los casos y en la cuota determinados por la ley[206]. Ninguna mención aparece, por tanto, a límites en la cuantía máxima de la aportación de alimentos, lo que se repite en el Proyecto de Código de 1851, donde simplemente se afirma el derecho de los hijos

obligaciones de los padres: (…) 7.ª, la de alimentar a los hijos en cualquier tiempo si se hallaren reducidos a pobreza involuntaria".

204 *Proyecto de Código civil de 1836*, [347]: "Los padres tiene obligación de alimentar a sus hijos naturales solemnemente reconocidos, a los simplemente declarados o espúreos, y aun a los que proceden de unión criminal, hasta que éstos lleguen a la pubertad"; [348]: "El padre o la madre deberán costear en proporción a sus facultades la manutención y enseñanza del hijo natural solemnemente reconocido, aunque tuvieren hijos legitimos o legitimados".

205 *Proyecto de Código civil de 1836*, [2266]: "Tienen derecho a percibir alimentos las personas que se expresan a continuación y según el orden de preferencia siguiente: 1.º Hijos legítimos por Real gracia o adoptivos. 2.º Padres legítimos del testador. 3.º Abuelos legítimos del testador. 4.º Padres del testador por Real gracia o adopción. 5.º El cónyuge y los hermanos legítimos del testador. 6.º Hijos naturales. 7.º Padre natural que reconoció al testador, y madre natural del mismo. 8.º Hijos del testador procedentes de unión adulterina, incestuosa o sacrílega". [2267]: "Las personas contenidas en el artículo anterior no podrán pedir alimentos cuando sucedan abintestato, o reciban una porción legítima, conforme a lo dispuesto en los artículos 2262 al 2264 inclusive".

206 *Proyecto de Código civil de 1836*, [351]: "El padre, y en su defecto la madre, tienen respecto al hijo natural solemnemente reconocido que vive en su compañía los derechos siguientes: (…) 8.º El de exigir alimentos de sus hijos siempre que tengan necesidad y éstos puedan proporcionárselos (…) 10.º El de ser herederos necesarios de sus hijos en la cuota y en los casos que la ley determina".

naturales a ser alimentados por el padre o la madre que los reconoció[207]. En la línea de no absoluta marginación de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, en el Proyecto de libro primero de 1869, se señala que a pesar de no poder ser reconocidos ni legitimados, éstos conservarán la facultad de exigir los alimentos necesarios cuando la paternidad o la maternidad hubiesen resultado probadas por sentencia ejecutoria dictada con motivo de un juicio de filiación[208]. Condiciones que, completadas con la admisión de otros medios de demostración de dicha vinculación filial, también se reproducen en el Anteproyecto de 1882-1888[209], y pasarán luego al texto definitivo del Código civil[210].

207 *Proyecto de Código civil de 1851*, [130]. Este principio venía anticipado en las bases aprobadas por la Comisión General en 1844: [Base 9ª]: "El padre o la madre podrán reconocer al hijo ilegítimo que hubiere sido procreado cuando la persona por quien es reconocido se hallaba en aptitud de casarse. Este reconocimiento dará al hijo el derecho de llevar el apellido y recibir alimentos del padre o la madre que lo hubiera reconocido, y de los dos, si por ambos se hiciere el reconocimiento hallándose en las circunstancias expresadas (...)". Sin embargo, en la previa discusión de las mismas se escucharon opiniones contrarias a su inclusión. J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, I, pp. 161-164. Una sentencia posterior del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 1867, declararía que la obligación de dar alimentos al hijo natural no cabía reputarla como carga de los bienes comunes del matrimonio, y menos aun de los de la mujer, sino que siendo privativa del padre natural, debía atenderla con su propio peculio. Traslada noticia de este fallo J. Escriche, *Diccionario razonado*, I, voz «Alimentos», p. 438.

208 *Proyecto de ley de libro primero del Código civil de 1869*, [146]: "Los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos no pueden ser legitimados ni reconocidos, considerándose como personas extrañas a sus padres y a sus familias; pero tendrán derecho a exigir de los primeros los alimentos necesarios, cuando resultare probada la paternidad o maternidad, por sentencia ejecutoria dictada en juicio civil o criminal que se hubiera entablado con motivado de reclamarse o impugnarse la filiación natural o legítima".

209 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [118]: "(1) Los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres los alimentos necesarios. (2) En todo lo demás serán considerados como extraños para los padres y para la familia de estos"; [119]: "El derecho a los alimentos de que habla el artículo anterior sólo podrá ejercitarse: 1.º Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme dictada en proceso civil o criminal. 2.º Si la paternidad o maternidad proviene de un matrimonio declarado nulo. 3.º Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozcan la filiación. 4.º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo".

210 No obstante, tanto en la edición del Código civil de 1888, artículo [140], como en la reformada de 1889, artículo [140], se suprime el segundo de los supuestos de reconocimiento de la paternidad o la maternidad contemplados en el artículo [118] del anteproyecto de 1882-1888.

4. Adquisición de la personalidad jurídica por el recién nacido

Vinculada asimismo a la determinación de la filiación, pero centrada en un problema sólo tangencialmente asociado al de la legitimidad, la ley 13 de Toro se detiene en una cuestión que ya con anterioridad había merecido una cuidadosa atención legislativa, debido a las importantes implicaciones sucesorias que podía traer aparejadas. Se trata de la fijación de las condiciones exigibles para la adquisición por el recién nacido de la personalidad jurídica, lo que cobraba gran trascendencia a la hora de decidir si el hijo póstumo debía ser convocado a la herencia paterna, especialmente en el supuesto de que se produjese su fallecimiento prematuro. Por eso, prácticamente ningún derecho histórico se ha contentado con atender al mero hecho biológico del nacimiento, rodeando éste de ciertos requisitos adicionales antes de atribuir al recién venido al mundo alguna capacidad jurídica.

Ya el derecho romano clásico había conocido una evolución, que de hacer depender la obtención de esa capacidad del acto de aceptación del hijo por el jefe de la familia[211], había pasado a someterlo a la confluencia de una serie de características físicas: que el parto hubiese tenido lugar entre los siete y los diez meses posteriores a la concepción, que el nacido tuviese figura humana, que hubiese un total desprendimiento de la madre y que diese señales de vida, no constituyendo circunstancias relevantes que el niño se presentase con graves defectos o que hubiese sido preciso recurrir a la cirugía[212]. En consecuencia, se estableció una distinción entre el hijo póstumo, que rompía la disposición testamentaria del padre, y el abortivo, que no llegaba a convertirse en heredero. Paralelamente, comenzó a perfilarse la figura del concebido todavía no nacido, *nasciturus*, potencialmente sujeto de unos derechos que eran protegidos por el ordenamiento jurídico, pero cuya validez se difería, sin embargo, al momento del alumbramiento, que es el que nos interesará aquí. Conviene, en todo caso, señalar que en el período justinianeo, probablemente por influencia cristiana[213], desapareció la exclusión sucesoria que previamente pesa-

211 Según E. Costa, *Storia del Diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee,* 2ª ed., Turín, Fratelli Bocca, 1925, p. 27, esta fórmula inicial habría prevalecido hasta el siglo I d. C.

212 Tal era la formulación de dichas condiciones por Paulo, *Sententiae,* IV, 9, 3-6, y Ulpiano, *Digesto,* 28, 2, 12, pr. Es recogida por José Maldonado y Fernández del Torco, *La condición jurídica del "nasciturus" en el derecho español*, Madrid, Ministerio de Justicia-CSIC, 1946, p. 27.

213 J. Maldonado y Fernández del Torco, *La condición jurídica*, pp. 33-39.

ba sobre el *nasciturus* que había sido engendrado fuera del matrimonio. Por su parte, el *Liber Iudiciorum*, quizás conectando con antiguas prácticas germánicas, exigió, para que el hijo pudiese heredar a su padre o su madre difuntos, que viviese al menos diez días y que hubiese recibido el bautismo[214].

Se inaugura, así, una tendencia, la de establecer un plazo temporal de viabilidad de la criatura, que va a conocer un evidente éxito en los fueros municipales medievales, donde, por el contrario, se prescinde de la citada formalidad sacramental. Margen de supervivencia que cumple una doble función: la de definir las opciones sucesorias del supérstite en los bienes del cónyuge premuerto por intermedio del hijo común fallecido al poco de nacer[215], y la de determinar la calidad, o no, de heredero del

214 Sobre dicha tradición germánica y el tratamiento de la cuestión en el derecho visigodo, véase. J. Maldonado y Fernández del Torco, *La condición jurídica*, pp. 59-64 y 67-83, respectivamente.

215 Las soluciones adoptadas no siempre son coincidentes. Por un lado, en ciertos ordenamientos se permite que el cónyuge viudo obtenga los bienes muebles y el usufructo de los raíces. Así sucede en: *Fuero de Soria*, [319]: "El padre o la madre que fincare biuo herede todos los muebles del fijo finado si el fijo visquiere IX dias, saluo ende baso de plata, et manto de escarlata, et toda cosa biua que uino por su pie de parte del padre o la madre finado o dotro parient daquella parte misma, que paresçe et se yudga todo por rrayz quelo hereden los hermanos que ouiere dessa parte o los parientes mas çercanos. Et toda la rrayz que ouo de esse lugar mismo (...) que lo tenga el padre ola madre biuos por end su vida (...)"; *Fuero de Alcalá de Henares*, [27]: "Todo home de Alcala e de so termino a quien muriere mulier o a la mulier so marido e fixo lexare el uno al otro e IX dias visquiere o den arriba e después se muriere el padre o la madre lo hereden toda su buena; el mueble pora siempre e la raiz por en sos dias (...)"; *Fuero de Coria* (*El Fuero de Coria,* estudio histórico-jurídico por J. Maldonado y Fernández del Torco; transcripción y fijación del texto por E. Sáez, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1949),[82]: "De quien fijo huerfano remaneçiere.- Todo ome que fijo huerfano le fincar, e bivier nueve dias, e despues morier, el padre o la madre que fincar herede todos sus bienes del hijo o de la hija, tambien mueble como raiz, e pueda fazer dello como de suyo (...)"; *Fuero de Usagre* (R. Ureña y Smenjaud y A. Bonilla San Martín, *Fuero de Usagre (siglo XIII), anotado con las variantes del de Cáceres*, Madrid, Hijos de Reus, 1907), [90]: "A qui fiio orphano remanecier.- Tod omne a qui fiio orphano remanserit, et uixerit IX días, et postea morierit, pater aut mater que remanserit herede sua bona pues que muerto es. Et del moble faciat quod uoluerit, et la raiz esfructet eam in uita sua, et depues de su morte torne herencia a erencia (...)"; con similar redacción, *Fuero de Cáceres* (M. Muro Castillo, *El Fuero de Cáceres. [Texto impreso]*, estudio crítico de B. Aguilera Barchet, Cáceres, Ayuntamiento de Cáceres-Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, 1997), [89]. En el *Fuero de Cuenca*, la transmisión de dicho usufructo de los inmuebles se limita a los adquiridos conjuntamente: forma sistemática, [X, I]: "De successione filiorum atque parentum.- (...) Pater et mater bona filii in mobili. Pater enim non habeat hereditare radicem filii, qui eum de patrimonio

hijo póstumo, siendo, respecto a ambos extremos, normalmente fijado en nueve días[216], aunque puede llegar a prolongarse hasta el año y un día del que habla el Fuero de Teruel[217]. Otra cosa diferente es la amplitud de la

suo contigerit. Aliam radicem quam parentes simul adquisierint, habet parens superstes hereditare omnibus diebus uite sue iure filii, si filius per nouem diex uixerit. Post mortem parentis radix redeat ad radicem (...)". Principio también recogido, con análoga formulación en: *Fuero de Zorita de los Canes*, [185] *Fuero de Iznatoraf,* [178]. *Fuero de Alcaraz*, [III, 75]. *Fuero de Alarcón*, [170]. *Fuero de Baeza*, [182]. *Fuero de Úbeda*, [XXI, 1]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [173]. En contraste, en el *Fuero de Plasencia*, su derecho se reduce a los bienes muebles ganados constante matrimonio, excluyéndose los raíces, [6]: "De heredar el fijo.- (...) Fijo que IX dias viviere, padre o madre que sobrel visquiere herede el mueble que al fijo pertenescíe, mueble dezimos por lo que ganaron dessouna. Todo lo al, mueble et raíz, sea raíz de patrimonio". En el *Fuero de Bejar* el supérsite sólo se queda con lo muebles, volviendo los raíces a su línea de procedencia: [263]: "Del fijo que non uisquier IX dias.- Si por uentura el fijo non uisquiera fasta IX dias, délo a partir a los herederos del defunto"; [264]: "Del que uisquiere IX dias.- Si uisquuier IX dias, tome la madre el mueble, e torne raiz aquel dia que el ninno passare".

216 La recepción de la herencia por el hijo póstumo, es reconocida genéricamente en el *Fuero de Soria*, [323]: "Si omne que muriere dexare su mugier prennada et non ouiere otros fijos, los parientes mas çercanos del muerto en uno con la mugier escriuan todos los bienes del muerto ante los alcaldes, et si depues naçiere fijo o fija et biuiere fata IX dias conplidos, herede los bienes de su padre; pero si ante de los IX dias complidos muriere, hereden lo todo los mas çercanos parientes del padre, mueble et rrayz, assi commo lo aurien heredado del padre que fijo non ouiesse dexado". Y con alusión expresa a su papel de enlace transmisor hacia la madre en el caso de una muerte temprana en *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 31]: "Quod parentes non heredent bona filii qui per nouem dies non uixerit.- Si filius usque ad nouem dias non uixerit, omnia tradat particioni heredibus defuncti. Si per nouem dies uixerit, mater habeat iure hereditario mobile illius. Radix eadem die, qua puer migrauerit, redeat ad radicem", *Fuero de Zorita de los Canes*, [214] *Fuero de Iznatoraf,* [208]. *Fuero de Alcaraz*, [III, 105]. *Fuero de Alarcón*, [198 (c)]. *Fuero de Baeza*, [212]. *Fuero de Úbeda*, [XXII, 1, (d)]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [200].

217 *Fuero latino de Teruel*, [338]: "De muliere pregnante.- (...) Item mando atque statuo quod de cetero si filius vel filia usque ad unum annum et diem non vixerit, omnia bona et possessiones ipsius reuertantur et sint propinquorum et parentum suorum ex parte illa de qua dicta bona possessionis ei provenerint, et si vixerit per annum et diem, a die que natus sive nata fuerit, usque ad diem qua obierit, omnia bona et possessiones eius revertantur, et sint patris vel matris eius qui ei supervixerit (...)". *Fuero romance de Teruel*, [446]: "De fijo que anno e día biuiere (...)". Es decir, si el infante no alcanzase un año y un día de vida, todos sus bienes pasarán a los parientes de aquel de sus padres de quien procediesen, pero si hubiese llegado a ese límite se convertirá en heredero, sirviendo de transmisor al padre o la madre superviviente. J. Maldonado, *La condición jurídica*, pp.104-105, ve aquí una influencia germánica, señalando, además, que el límite fijado de un año y un día no se vincula al momento en que el niño adquirió capacidad hereditaria, sino al transcurso del plazo que se estima necesario para considerar consolidada la relación de propiedad entre el hijo y los bienes que recibió por conducto hereditario. En apoyo

situación de expectativa en la que, cuando no existe otra descendencia[218], queda colocada la herencia ante el embarazo de la viuda, a la que a condición de que la conserve íntegra, y normalmente previo inventariado y presentación de fianza o fiadores, se le otorga su custodia temporal y un derecho a percibir alimentos con cargo a la misma, alargándose, generalmente, nueve meses, a contabilizar desde la muerte del presunto progenitor hasta la fecha del parto, el espacio de tiempo concedido para atribuir al procreado el carácter de legítimo. Ahora bien, superado este intervalo, quebrará la presunción acerca de la paternidad del finado, abriéndoseles, con ello, a sus herederos una vía expedita hacia la recuperación de su caudal patrimonial[219]. Sobre la mujer o la barragana que se hubiese declarado

de este argumento cabe aducir que, como indicase J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al derecho español,* Barcelona, Ariel, 1970, p. 655, y *Derecho histórico español,* Barcelona, Ariel, 1974, p. 454-455, la prescripción adquisitiva corta de un año y un día, de ascendiente franco, se generaliza desde la segunda mitad del siglo XI para favorecer la repoblación a través de los fueros locales navarros, aragoneses y riojanos, extendiéndose luego a Castilla y León. Sobre el tratamiento en los fueros municipales de todas estas cuestiones, véase J. Maldonado, *La condición jurídica*, pp. 89-107.

218 La concurrencia de otros hijos no comporta la anulación de los derechos del concebido y no nacido, pero elimina las circunstancias que en interés de los parientes del padre premuerto aconsejan introducir estas cautelas legales, ya que en este caso los bienes hereditarios permanecerán en el círculo familiar creado por el difunto y su encinta viuda, pasando el hijo póstumo a heredar con sus hermanos. J. Maldonado, *La condición jurídica*, p. 123.

219 El beneficio de la custodia temporal de la masa hereditaria alcanza tanto a la mujer legítima como a la barragana, y se prolonga después del nacimiento hasta que el hijo llegue a la edad de estar en disposición de administrarla por sí mismo. Extremos ambos que, sin embargo, no contemplan los fueros de Brihuega y Soria. También ofrecen peculiaridades estos textos en que en Brihuega el derecho de alimentos, que debe entenderse orientado a preservar las probabilidades de desarrollo del feto, se interrumpe en el momento en el que se produce el parto, mientras que en Soria ni siquiera es reconocido. Veamos su diversa regulación: *Fuero de Cuenca*, redacción sistemática, [X, 30]: "De uxore pregnante post mortem mariti.- Si maritus deccesserit non habens filios, et uxorem pregnantem, uel concubinam relinquerit, ipsa teneat sub cirographo omnes res defuncti, et etiam det fideiussores, quod et custodias indempnes. Et si infra nouem menses pepererot, custodiat eas, ad opus filii; et interim illa uiuat de ipsa substancia". *Fuero latino de Teruel*, [338]: "De muliere pregnante.- Similiter si maritus non habens filios decesserit, et uxorem sive concubinam pregnantem reliquerit, ipsa teneat omnes res defuncti sub cirographo, set det valituras fidancias quod omnes res illas teneat et custodiat sine dampno, et si infra novem menses post mortem viri mulier pepererit, res illas custodiat ad opus filii, et interim de illa substancia illa vivat (...)". Similar en *Fuero romance de Teruel*, [445]; *Fuero de Zorita de los Canes*, [213]; *Fuero de Iznatoraf*, [207]; *Fuero de Béjar*, [262]; *Fuero de Plasencia*, [479]; *Fuero de Alcaraz*, [III, 104]; *Fuero de Alarcón*, [198 (a)]; *Fuero de*

falsamente encinta pesa, además, la obligación de restituir doblados a estos herederos los menoscabos ocasionados en la masa hereditaria durante su fingida preñez, incluido, se entiende, lo que hubiese detraído en concepto de alimentos[220]. A pesar de presentar coincidencias en su regulación con el fuero de Soria, al abordar esta cuestión el Fuero Real se aparta, sin embargo, de la línea sostenida en estos derechos municipales, al eludir toda mención a la necesidad del transcurso de un lapso mínimo de persistencia de la vida y acudir de nuevo al requerimiento, ahora único, del bautismo para que el sobrevenido, cuyo nacimiento se rodea de fuertes cautelas en prevención de eventuales engaños, consolide sus derechos sobre la herencia del padre o, en última instancia, beneficie temporalmente con ellos a su madre[221].

Fieles, también en este campo, al derecho romano justinianeo, las Partidas, que le equiparan al nacido en todo aquello que le favorezca[222],

Baeza, [211]; *Fuero de Úbeda*, [XXII, 1, (c)]; *Fuero de Villaescusa de Haro*, [200]. *Fuero de Brihuega*, [210]: "Por omne que non ouiere fijos et aya mugier.- Tod omne que ouiere mugier et non aya fijos et muriere, et ficare la mugier prennada, toda la buena finque en la mugier, dando buenos fiadores que de aquella buena no malmeta nada, hasta a los IX meses que para; et esta buena fique por el fijo, et ella non biua en ello, atempreda mientre hata que seya parida". *Fuero de Soria*, [323]: "Si omne que muriere dexare su mugier prennada et non ouiere otros fijos, los parientes mas çercanos del muerto en uno con la mugier escriuan todos los bienes del muerto, ante los alcaldes, et si despues naçiere fijo o fija et biuiere fata IX dias conplidos, herede los bienes de su padre; pero si ante de los IX dias conplidos muriere, hereden lo todos los mas çercanos parientes del padre, mueble et rrayz assi commo lo aurien heredado del padre que fijo non ouiesse dexado".

220 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 32]: "De uxore que falso se finxerit pregnatam.- Si uxor, aut concubina falso se finxerit pregnantem, reddat duplatum quicquid in examinatione expensum fuerit heredibus defuncti". En términos análogos: *Fuero latino de Teruel*, [339]; *Fuero romance de Teruel*, [448]; *Fuero de Zorita de los Canes*, [268]; *Fuero de Iznatoraf,* [210]; *Fuero de Béjar*, [266]; *Fuero de Plasencia*, [481]; *Fuero de Alcaraz*, [III, 107]. *Fuero de Alarcón*, [200]. *Fuero de Baeza*, [214]. *Fuero de Úbeda*, [XXII, 1, (f)]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [202].

221 *Fuero Real*, [3, 6, 3]: "Si el omne que muriere lexare su mugier prennada e non ouiere otros fiios, los parientes más propinquos del muerto en uno con la mugier escriuan los bienes del muerto antel alcalde e téngalos la mugier; e si después nasciere fiio o fiia e fuere babtizado, aya todos los bienes del padre. E porque non se pueda fazer enganno en la nascencia del fiio o la fiia, el alcalde con los parientes sobredichos pongan dos mugieres buenas al menos que estén delante a la nacencia con lumbre e non ý entre otra mugier aquella ora, fuera aquella que la ouiere a seruir a la parizón. E esta sea bien catada que non pueda fazer enganno, e si la creatura muriere ante que sea babtizada, hereden su buena quel pertenecía los parientes más propinquos del padre e non de la madre; et si después que fuere babtizada muriere, herédelo la madre".

222 *Partidas*, [IV, XXIII, III]: "En que estado e de que condicion es la criatura

dedican a la salvaguarda de los derechos del *nasciturus* una cuidadosa regulación, que en los aspectos que ahora nos ocupan, y en estrecha conexión con la recuperación del modelo testamentario característico del sistema jurídico en el que se inspiran, consagra el efecto anulatorio sobre el testamento paterno o materno de la posterior llegada al mundo de un hijo que hubiese sido preterido, bien se produzca ésta –revestida de precauciones todavía más complejas que las previstas en el Fuero Real[223]–, después del fallecimiento del progenitor, o bien tenga lugar antes de acontecer su defunción, pero una vez formalizada ya su última voluntad

mientre que sea en el vientre de su madre.- E mientra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della, aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida: mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce (…)". Ligada a esta consideración debe entenderse la adopción de otras medidas encaminadas a su protección, como la severísima punición del aborto inducido por la propia madre o por un tercero, o la prohibición de aplicar la pena de muerte a la mujer embarazada: *Partidas*, [VII, VIII, VIII]: "Como la muger preñada que come, e beue yeruas asabiendas para echar la criatura deue auer pena de omicida.- Muger preñada que beuiere yeruas asabiendas, o otra cosa qualquier con que echasse de si la criatura, o se firiere con puños en el vientre, o con otra cosa con intencion de perder la criatura, e se perdiesse porende: dezimos que si era ya biua en el vientre, estonce quando ella esto fiziere que deue morir por ello (…) E si por auentura non fuesse avn biua, estonce non le deuen dar muerte por ello. Mas deue ser desterrada en alguna ysla por cinco años. Essa misma pena dezimos que deue auer el ome que fiere a su muger asabiendas seyendo ella preñada de manera que se perdiesse lo que tenia en el vientre por la ferida. Mas si otro ome estraño lo fiziesse deue auer pena de omicida, si era biua la criatura quando mouio por culpa del, e si non era aun biua deue ser desterrado en alguna ysla por cinco años". *Partidas,* [IV, XXIII, III]: "(…) E a vn dixeron, que si alguna muger preñada ouiesse fecho cosa, por que deuiesse morir, que la criatura que nasciere della deue ser libre de la pena, E porende deuen guardar la madre fasta que para (…)". Esta misma consideración favorable a los intereses del engendrado será defendida por Alfonso Pérez de Lara, *Compendium vitae hominis in iure fori et poli, usque ad perfectum aetatem et senectam. Tractatus perutilis continens frequentiora, quae tam in iudiciis, quam extra pro incrementis aetatis cuique contingunt, et ius speciale primitiuae, et ultimae aetatis*, Lyon, Petri Chevalier, 1672 (1ª ed. 1629), cap. VI, p. 63, núm. 40, y p. 45, núm. 52, si bien no le será de aplicación cuando actúase en beneficio de un tercero, cap. II, p. 25, núm. 17, o le fuese perjudicial al propio *nasciturus*, cap. VI, p. 63, núm. 40. La pista sobre esta autor la proporciona J. Maldonado, *La condición jurídica*, pp. 173-174.

223 En concreto, se demanda que la mujer dé aviso de su estado a los parientes del muerto dos veces al mes hasta que resulte probada su afirmación, se añaden otras medidas supervisoras a cargo de mujeres de buena reputación, un control de sus entradas y salidas en la casa, se fija la obligación de rodear el parto de la debida iluminación para evitar fraudes, y el deber de presentar al recién nacido a los parientes del padre. *Partidas*, [VI, VI, XVII]: "Que guarda deuen poner los parientes del finado, quando su muger dize que es preñada del (…)".

sucesoria[224]. Claro está, que para que su aparición desencadene tales consecuencias es preciso que la criatura reúna un conjunto de requisitos que se consideran definidores de su personalidad, en contraposición a la imposibilidad de cumplirlos de los llamados hijos abortivos. En concreto, se le pide que nazca vivo y con figura humana[225]; y además, para tenerle por legítimo y para que pueda disfrutar de los derechos hereditarios inherentes a esta condición, es preciso que el período de gestación no se prolongue más allá de los diez meses cumplidos desde la muerte del marido, y que no concluya con antelación al inicio del séptimo mes desde que se celebró el matrimonio y comenzó la convivencia entre sus padres[226]. La

224 *Partidas*, [VI, I; XX]: "Como se desata el testamento por fijo que nasciesse despues del fazedor, o por otro a qui en porfijasse.- Posthumus es llamado en latin propriamente, el moço que nasce despues de muerte de su padre. E dessa misma manera puede ser llamado el fijo que nascio despues que el padre ha fecho el testamento postrimero. E estos fijos atales, quebrantan los testamentos de sus padres, en que non ouiessen seydo establescidos por herederos (...)". Más lejos irá aún A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 13, fol. 77, núms. 1 y 3, al afirmar que la nulidad del testamento del padre opera ya desde que el póstumo se halla en el vientre materno.

225 *Partidas*, [IV, XXIII, V]: "De la criatura que nasce de la muger preñada non auiendo forma de ome.- Non deuen ser contados por fijos, los que nascen de la muger, e non son figurados como omes: assi como si ouiessen cabeça, o otros miembros de bestia. E porende non son tenudos el padre, nin la madre de heredarlos en sus bienes: nin los deuen auer: maguer sean establecidos por herederos. Mas si la criatura que nasce a figura de ome: maguer aya miembros sobejanos, o menguados nol enpesce: quanto para poder heredar los bienes de su padre, o de su madre, e de los otros parientes"; [VII, XXXIII, VIII]: "(...) Otrosi dezimos, que los fijos que nascen muertos que son assi como non nacidos, nin criados, e por esso non se quebranta por ellos el testamento que el padre, o la madre ouiessen fecho. E otrosi dezimos, que los que nascen en figura de bestia, o contra la usada costumbre de la natura, que son como fantasma no son dichos fijos (...). Advierte J. F. Pacheco, *Comentario,* l. 13, p. 207, núm. 11, que los defectos con los que pueden nacer estos seres, como puede ser la falta de un brazo, no les empecen de ningún modo si son tales que con ellos puede vivirse.

226 *Partidas,* [IV, XXIII, IV]: "Quanto tiempo puede traer la muger preñada la criatura en el vientre, segund ley e segund natura.- (...) E porende, si desde el dia de la muerte de su marido fasta diez meses pariesse su muger legitima seria la criatura que nasciere: e se entiende que es de su marido maguer en tal tiempo sea nascida, solo que ella biuiesse con su marido a la sazon que fino. Otrosi dixo este filosopho: que la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo que tenga su nascimiento vn dia del seteno mes, que es complida e biuidera. E deue ser tenida tal criatura por legitima, del padre e de la madre, que eran casados, e biuen en vno a la sazon que la concibio. Esso mismo deue ser juzdgado de la que nasce fasta en los nueue meses (...)". J. Escriche, *Diccionario razonado,* III, voz «Hijo legítimo», p. 52, se plantea el supuesto de que el padre y la madre, no estando casados, cohabiten en el momento de la concepción, señalando que el hijo

defensa del interés del concebido se plasma también en la suspensión de la herencia en la sucesión abintestato, de tal modo que ni los hermanos ni los parientes del finado pueden entrar en los bienes dejados por éste, debiendo esperar al alumbramiento, ya que si el nacido fuese viable quedarían definitivamente apartados de la misma[227].

No deja de sorprender que para sembrar orden frente a «las dudas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recien nascidos sobre si son naturalmente nascidos o son abortivos», generadas, obviamente, por la convergencia de esa pluralidad de soluciones, la ley 13 de Toro[228] tomase el insólito camino de la acumulación de los principales criterios manejados[229]. De tal manera, que para marcar la diferencia entre el hijo póstumo naturalmente nacido y, por lo tanto, capacitado para heredar a sus padres y a sus demás ascendientes, y el abortivo, inhabilitado para ello, se aplicaba la vieja regla justinianea, rescatada por las Partidas, de

no será legítimo aunque estén casados al tiempo del nacimiento, debiendo atribuírsele la condición de tácitamente legitimado.

227 *Partidas*, [VI, VI, XVI]: "Como quando algund ome muere sin testamento, e dexa su muger que es preñada, no deuen los parientes del finado tomar la herencia, fasta que sean ciertos si es assi, o non.- Sin testamento muriendo algund ome dexado su muger preñada, o cuydando que lo era: dezimos que nin hermano nin otro pariente del muerte, non deue entrar la heredad del finado, ante deue esperar, fasta que la muger encaesca. E estonce si el fijo o la fija nasciere biuo: el aura la heredad, e los bienes del padre. Pero si sopiere cierto que la muger non finca preñada: estonce puede el mas propinco pariente, entrar en la heredad del muerto, como heredero del, parandose a pagar las debdas, e fazer las otras cosas, que era tenudo de dar, e de pagar el Señor, cuyos fueron los bienes. E esto deue fazer con otorgamiento del juez del logar". Este último requisito de la intervención de la autoridad judicial es ajeno a precedentes romanos, por lo que podría estar ligada a prácticas rastreables en los fueros municipales.

228 *Leyes de Toro*, [13]: "Por evitar muchas dudas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recien nascidos, sobre si son naturalmente nascidos, ó son abortivos. Ordenamos y mandamos que el tal hijo se diga que naturalmente es nascido, y que no es abortivo, quando nasció vivo todo, y que después de nacido vivió xxiiij horas naturales, y fue baptizado antes que muriese, y si de otra manera nascido murió dentro del dicho termino, ó no fue baptizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes; pero si por el ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se provase que nasció en tiempo que no podia vivir naturalmente: mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea avido por parto natural ni legitimo". *Nueva Recopilación*, [5, 8, 2]; *Novísima Recopilación*, [10, 5, 2].

229 Un arreglo que, sin embargo, a J. F. Pacheco, *Comentario histórico*, l. 13, p. 207, núm. 10, se le antoja más racional y práctico que los anteriores, como lo demuestra, según su parecer, el hecho de que al cabo de tres siglos y medio de vigencia nadie hubiese pedido su modificación.

que naciese todo él vivo[230], y se añadían los dos requisitos visigodos de que sobreviviese durante cierto tiempo, aunque reducido aquí de diez días a veinticuatro horas, y de que hubiese sido bautizado antes de morir, que, como sabemos, era la única condición demandada en el Fuero Real. Y para mayor complicación, estas tres exigencias se mezclaban con una cuarta, que afectaba a la legitimidad y que parece coincidir con la formulada al respecto en las Partidas, pero dotándola de una redacción mucho menos precisa, al señalar que si por la ausencia del marido o la fecha del casamiento se demostrase que nació en un tiempo en el que no podría ser viable, el parto no sería considerado legítimo y natural[231]. Con el agravante, además, de que tampoco se indicaban claramente cuáles serían las consecuencias derivadas de esta calificación de ilegitimidad sobre la adquisición de la herencia[232]. Se fabricaba así una ambigua combinación de fundamentos de naturalidad y de legitimidad, que, no resuelta por la doctrina posterior[233], daría pie a tan notorios dislates interpretativos como el protagonizado por Sancho Llamas, cuando tacha de abortivo al niño pre-

230 Bastará, dice J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 13, fols 36v y 37r, núms. 1 a 4, repitiendo los planteamientos de Ulpiano, que el niño naciese vivo, al margen de que interviniese asistencia médica, o de que no llegase a emitir sonido alguno. A la vista del tenor literal de la ley de Toro, dice J. Escriche, *Diccionario razonado,* I, voz «Abortivo», p. 106, que además de vivo, es preciso que el niño nazca todo, es decir, que no se ha de considerar nacido desde que empezó a descubrir una parte de su cuerpo, sino desde que se desprendió y salió todo entero a la luz del mundo.

231 J. F. Pacheco, *Comentario*, pp. 209-211, núms 18 a 21, interpreta que este ambiguo pasaje pretende evitar las dudas que solían ocurrir respecto a los hijos que mueren recién nacidos, disponiendo al efecto que cuando la criatura se presentase con las apariencias y el carácter de proceder de personas casadas, y éstas no podían tenerlo de su enlace, o por el corto tiempo que llevaba éste de contraído, o por ser ya mucho el que llevaban separadas o ausentes entre sí, la consideración de la imposibilidad se impondría al hecho mismo del alumbramiento con auténtica vida. Siendo su opinión, que esta segunda parte de la ley no hace sino introducir confusión en la lectura de la primera, que es la central. Sobre las dificultades de interpretación que presenta la ley también se pronuncia B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* I, pp. 162-165, que se refiere especialmente a lo complicado que es determinar que el feto ha nacido vivo, y a la falta de una definición sobre lo que se entiende por viabilidad y sobre cuál es el tiempo en que no podría vivir naturalmente.

232 Así lo señalaba J. Maldonado, *La condición jurídica*, p. 165. No obstante, habrá autores que incluso en épocas muy tardías manifiesten su conformidad con la solución ofrecida en Toro. Por ejemplo, B. Gutiérrez, *Códigos*, I, pp. 162-165.

233 Además del aspecto concreto que aquí nos ocupa, la situación jurídica del *nasciturus* merecería una amplia literatura particularmente representada por la citada obra de A. Pérez de Lara, *Compendium vitae hominis*, que la dedica nueve de sus treinta y un capítulos. Analiza dicha literatura, J. Maldonado, *La condición jurídica*, pp. 170-191.

maturo que se adelantase al séptimo mes de embarazo[234]. Permaneciendo, sin embargo, la opinión general de que la atribución de la condición de póstumo al venido al mundo invalidaba la previsión testamentaria del padre que lo hubiese preterido[235].

La adjudicación al concebido de todos los efectos legales favorables reconocidos al nacido, que ya predicaban las Partidas, será también consagrada en el artículo 29 del Código civil de 1889[236], a pesar de que en la primera edición de 1888 este beneficio solamente se extendía al hijo póstumo[237]. No obstante, ello no supone atribuir al no nacido los rasgos de la personalidad, que sólo se adquieren con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo siguiente[238]. Sin embargo, respecto a la resolución de esta cuestión, el Proyecto de Código civil de 1836 había mantenido las tres condiciones esenciales establecidas en la ley 13 de Toro, si bien aquí la necesidad de que naciese completamente vivo había sido sustituida por la de que tuviese figura humana, aunque fuese defectuosa, quedando anulada la capacidad sucesoria de la criatura que no reuniese tales cualidades[239]. Unas reglas que resultarían modificadas por el Proyecto de

234 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 13, p. 276, núm. 39. Conclusión a la que llega después de realizar un exhaustivo análisis de los diversos criterios históricamente sostenidos por los filósofos y los físicos, pp. 271-276, núms. 14 a 38.

235 A. Gomez, *Ad leges Tauri,* l. 13, fols. 92-93, núms.10-12. Según A. Pérez de Lara, *Compendium*, cap. II, p. 26, núm. 24, la anulación de la disposición testamentaria paterna operaría incluso cuando la preterición del póstumo hubiese sido involuntaria.

236 *Código civil, edición reformada de 1889*, [29]: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente". Entre las novedades traídas por el Código se incluye la terminológica de la sustitución del vocablo póstumo por la expresión «concebido y no nacido».

237 *Código civil, edición reformada de 1889,* [29]: "El nacimiento determina la personalidad, sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido". Esta redacción se mostraba mucho más conforme con el tratamiento dado a la cuestión en otros códigos extranjeros. Por eso, la modificación introducida en la versión definitiva fue fuertemente discutida en la Comisión. Sobre estas cuestiones y sobre las repecursiones prácticas de este cambio de criterio, véase, J. Maldonado, *La condición jurídica*, pp. 197-209.

238 *Código civil, edición reformada de 1889*, [30]: "Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno". Esta misma redacción se contenía en el artículo [30] de la edición inicial de 1888. En sus comentarios a esta edición, I, p. 64, Modesto Falcón estimaba este plazo excesivamente breve, aludiendo a que la habilidad del médico podría prorrogar artificialmente durante veinticuatro horas un mero soplo de existencia.

239 *Proyecto de código civil de 1836*, [16]: "Para que se considere a uno por

Código civil de 1851, que recuperaba la exigencia de que el feto estuviese completamente desprendido del vientre materno, conservaba la de que tuviese forma humana, sin alusión a posibles defectos, ampliaba el plazo de vida a cuarenta y ocho horas y suprimía la demanda de que hubiese recibido el bautismo[240]. Mas tarde, la Ley de Matrimonio civil de 1870 optaría por mantener estos mismos requerimientos, prescindiendo de una mención al bautismo que resultaba incompatible con el principio de libertad de cultos constitucionalmente sancionado, al tiempo que reducía otra vez a veinticuatro horas el término mínimo de supervivencia[241]. Una fórmula que aparecerá repetida en el Anteproyecto de Código civil de 1882, que calificaba de abortivo, y por tanto, de incapaz de suceder, al alumbrado que no cumpliese tales condiciones[242], quedando definitivamente consagrada en el Código de 1889[243]. Cabe apuntar, además, que en el Código

nacido en cuanto a los efectos civiles, es necesario que tenga figura humana, aun cuando sea defectuosa, que viva al menos veinticuatro horas y sea bautizado". [2204]: "Para adquirir el derecho hereditario se requiere capacidad legal en el sucesor legítimo o testamentario al tiempo de la muerte de la persona cuya sucesión se le transmite, y de consiguiente no podrán suceder: (…) 2.º El que no reúna las calidades necesarias para ser contado en el número de los nacidos últimamente según el artículo 16".

240 *Proyecto de Código civil de 1851*, [107]: "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales". Esta regulación aparecía anticipada en el anteproyecto de Cirilo Álvarez de 1844, que, sin embargo todavía mantenía el período de vida en veinticuatro horas. J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4 *Codificación civil,* I, p. 178.

241 *Ley de matrimonio civil de 1870* (Cito por R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil de 1870. Historia de una ley olvidada*. Granada, Universidad de Granada, 1980, pp. 361-380), [60]: "Para los efectos civiles no se reputará nacido el hijo que no hubiere nacido con figura humana y que no viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno". La justificación de la adopción de estos criterios se anticipaba en el extenso Preámbulo al proyecto de Ley, editado por este mismo autor en pp. 321-360, p. 350: "Pero dada la imperfictibilidad de los medios de investigación de que la justicia humana dispone, y la posibilidad de fraudes inevitables que llevaría al seno de la familia todo género de perturbaciones, nuestra legislación secular ha exigido como condición de viabilidad legal del feto, su vida real durante un tiempo que según el Fuero Juzgo había de llegar a diez días, y según la ley décimo tercera de Toro, quedó reducido a veinticuatro horas naturales. El proyecto acepta esta reducción, y hace caso omiso de la necesidad del bautismo como condición de viabilidad que nuestros Códigos también exigían, y que no consiente la actual Constitución del Estado, dada la libertad de cultos que sanciona".

242 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [93]: "Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno"; [742]: "Son incapaces (…) 2º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias prevenidas en el artículo 93".

243 La exigencia de que el feto presente figura humana supone una anacrónica

también se recoge el viejo principio medieval por el que, en atención a los derechos del procreado, la herencia quedará en situación suspensiva[244], si bien su custodia ya no es entregada a la madre, sino que se prevé el nombramiento de un administrador[245]. Lo que, en contraste, sí conserva ésta es el derecho a la percepción de alimentos, pero la justificación de su atribución reside en el propio interés del hijo póstumo, y no en el posible estado de necesidad de la embarazada[246]. En todo caso, el período entero

concesión a la tradición jurídica representada por las Partidas, ya que el estado de la ciencia médica de finales del siglo XIX ya permitía descartar que los que no cumpliesen esta condición tuviesen vida propia. Por otra parte, también según L. Maldonado, parece evidente que el requisito de las veinticuatro horas no puede vincularse a las posibilidades de supervivencia del nacido, ya que éste, pese a ser viable, puede morir antes de cumplirse el plazo y, a la inversa, el no viable puede ser sostenido artificialmente hasta que se alcance. En este punto Maldonado, *La condición jurídica*, pp. 266-269, se manifiesta contrario a la opinión de B. Pérez González, «El requisito de la viabilidad del nacido en el Código civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 35 (1927), 824-835, y *Revista de Derecho Privado* (1944), 273-301. Hay que hacer notar, además, que esta solución se aleja claramente de otras codificaciones extranjeras coetáneas, en las que únicamente se requería que el feto fuese viable.

244 *Código civil, edición reformada de 1889*, [966]: "(1) La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, ó resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta". Por aplicación del citado artículo 29, J. M. Manresa Navarro, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, Revista de Legislación, 1890-1907, vol. 7, p. 158 interpretará que aunque el precepto parece referirse únicamente al caso de la viuda que queda encinta de aquél de cuya sucesión se tratase, habría que entenderlo aplicable a todos los demás supuestos en los que el interés del engendrado estuviese afectado, incluso cuando se tratase de un hijo no legítimo. Este precepto aparecía ya en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, [975].

245 *Código civil, edición reformada de 1889*, [965]: "En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, ó se adquiera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación se proveerá á la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaria". En la edición reformadqa de 1889, en nota a este artículo, se hace una remisión a los artículos 1095 y 1100 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y 108 y 966 y siguientes del propio Código. El [966], en su párrafo 2º, establece: "Sin embargo, el administrador podrá pagar á los acreedores, previo mandato judicial". Y el [967] precisa: "Verificado el parto ó el aborto, o transcurrido el término de la gestación, el administrador de los bienes hereditarios cesará en su cargo, y dará cuenta de su desempeño a los herederos o a sus legítimos representantes". La misma regulación en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, [974], [975] y [976].

246 *Código civil, edición reformad de 1889*, [964]: "La viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo si naciera y fuera viable". Este derecho estaba también reconocido en idénticos términos en el Anteproyecto de Código de

de gestación sigue rodeado de una amplia serie de garantías dirigidas a proteger los derechos de quienes estarán llamados a heredar en el caso de que la viuda no estuviese realmente encinta, o de que el nacimiento no llegase a producirse[247].

1882-1888, [973], y anteriormente en el *Proyecto de Código civil de 1851*, [792] "La viuda encinta, aun cuando sea rica, debe ser alimentada competentemente de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos tendrá el postumo, si nace y es de vida".

247 Dada la relativa prolijidad con la que se detallan estas precauciones no reproduciré el texto de los artículos en los que se contienen. *Proyecto de Código civil de 1851*, [786] a [799]. *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [968] a [976]. *Código civil, edición de 1888*, [959] a [967] y *Código civil, edición reformada de 1889*, [959] a [967].

CAPÍTULO II

NATURALEZA SACRAMENTAL DEL MATRIMONIO Y CONDENA DE LAS UNIONES ILEGÍTIMAS

1. Intentos de erradicación de las relaciones de convivencia extraconyugales

Si abundantes son, como veremos, las disposiciones relativas a los aspectos patrimoniales del matrimonio que encontramos en la legislación de Toro, ésta apenas se detiene en la vertiente puramente sacramental de esta institución. Pero este silencio se comprende mucho mejor al conocer las dudas surgidas en el seno de la propia comisión redactora acerca de la justificación y la conveniencia de inmiscuirse en un terreno cuya competencia correspondía a la jurisdicción eclesiástica. No obstante, al final se decidió incluir la ley 49, con el argumento de que ello podría contribuir a resolver a favor de las posiciones defendidas por la Iglesia la larga contienda sostenida contra las uniones clandestinas[1], esto es, las celebradas sin la observancia de las solemnidades establecidas por el derecho canónico como condición inexcusable para su validez. Una muestra evidente, por otro lado, del creciente intervencionismo eclesiástico, y también por parte del poder público, en el terreno de lo privado.

Esta injerencia puede situarse en el contexto de una pugna por la imposición del sistema matrimonial cristiano, que arrastraba ya largos

1 R. Gibert, *Leyes de Toro*, p. 258.

siglos de arduo combate respecto a otras prácticas de vinculación sexual y de convivencia no sacramentales[2]. Así, en las primeras centurias medievales la confrontación se había planteado frente a la vigencia de un modelo laico, fuertemente arraigado en las capas aristocráticas, que articulado en función de las estrategias de alianza, se caracterizaba por la tendencia a la endogamia y por la exclusión de una buena parte de la prole, que se veía abocada al celibato, de la compleja trama de los casamientos pactados en aras de los intereses familiares, yendo unido, además, a una ética sexual, doméstica y privada, no estrictamente monógama, ni constreñida, para el marido, al marco conyugal, en la que hallaba cabida la ruptura unilateral del lazo[3]. En este contexto, la necesidad de pertrecharse de argumentos ideológicos, enérgicamente abordada a partir de la reforma gregoriana del siglo XI, llevará a la Iglesia a la proclamación de la pareja casada como arquetipo de la normalidad de la familia cristiana y a su sacralización a través de la liturgia y de las solemnidades que acompañan a su institucionalización. No será, sin embargo, sino la paulatina confluencia de sus respectivos objetivos, producto de los importantes cambios socio-económicos operados en los siglos XII y XIII, la que determine un decrecimiento de la hostilidad entre ambas concepciones matrimoniales, que acabaría conduciendo hacia su progresivo ensamblaje, bajo el dictado dominante de las reglas canónicas.

No debemos olvidar, sin embargo, que a lo largo de este período proliferan en la península otras fórmulas extramatrimoniales de fundación de la comunidad doméstica, particularmente la barraganía o concubinato, frente a las que el derecho muestra una actitud de simple indiferencia[4], o –como hemos visto al hablar del hijo natural– de abierta tolerancia[5].

2 M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio,* pp. 135-148.

3 G. Duby, «Le mariage dans la société du Haut Moyen Age», en *Il matrimonio nella società altomedievale,* Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, XXIV (1977), vol. I, 15-39, pp. 20-24.

4 Esta actitud ya era característica del derecho romano clásico, que ni dispensó una regulación específica ni declaró ilícito el concubinato. Para ilustrarlo, E. Gacto, *La filiación no legítima*, p. 4, nota 1, acude al *Digesto,* 25, 7 (Marciano): "(…) Nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit". Sobre el tolerante tratamiento merecido por esta figura en la época romana, véase también J. Escriche, *Diccionario razonado,* II, voz «Concubina», pp. 453-454.

5 Otros indicios de su aceptación los ofrece el hecho de que en la punición de ciertas conductas se equipare a la mujer legítima con la barragana. Por ejemplo, *Fuero de Soria*, [365]: "Padre o madre non pueda deseredar sus fijos de bendicion (…) Otrossi lo pueda deseredar sil yoguiere con la mugier o con la barragana (…)"; [542]: "Aquel que

Estudiada con detalle por E. Gacto[6], podemos definir la barraganía como una unión entre personas solteras o viudas, que comparte con el matrimonio un conjunto de rasgos comunes, como son la monogamia, al no admitirse su compatibilidad con otro vínculo simultáneo, la estabilidad[7],

yoguiere con mugier de su padre, muera muerte de traydor. Et sil yoguiere con la barragana que su padre o su hermano touiere connosçida por suya, o con otra mugier que sopiere que aya su padre o su hermano yazido con ella, muera muerte de falsso. Et si el padre yoguiere con la mugier del fijo o con la barragana el et ella ssean echados de la tierra por siempre, et todos sus bienes hereden los sus herederos". *Fuero Real*, [3, 9, 2]: "Padre o madre non pueda deseredar a sus fiios de bendición nin nietos nin uisnietos (…) Otrossí lo pueda deseredar sil yoguiere con la mugier o con la barragana (…)"; [4, 8, 3]: "Si alguno yoguiere con mugier de su padre, fáganle como a traydor, e si yoguiere con la barragana, fáganle como a aleuoso, e si yoguiere con mugier de su hermano o con su barragana o con aquella que sopiere que su padre o su hermano á yazido, o si el padre yoguiere con la mugier del fiio o con su barragana, el rey pues que lo sopiere, échelos de la tierra por siempre, e sos bienes áyanlos sos herederos e nunqua sean pares dotros nin puedan testiguar en nigún pleyto". *Partidas*, [VI, VII, IV]: "(…) que el padre puede deseredar al fijo (…) o si el fijo yoguyesse con su madrastra, o con otra muger que touiesse su padre paladinamente por su amiga (…)"; [VI, VII, XI]: "Ocho razones son ciertas, porque los fijos pueden por qualquier dellas deseredar sus padres, e sus madres (…) La tercera es: quando el padre yoguiere con la muger: o con la amiga de su fijo (…)". *Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348* (*Los Códigos españoles concordados y anotados*, I, 443-483), [21,2]: "De los que façen yerros con alguna mugier de casa de su Sennor, que pena debe aver.- (…) Por ende establescemos è mandamos, que qual quier que fiçiere maldat de forniçio con la barragana connoscida del Sennor, ò con doncella, que tenga en su casa, ò con cobigera de la Sennora de aquellos que la han, ò con parienta de aquel, con quien viviere morando la parienta en casa del Sennor, ò con la ama que criare su fijo, ò su fija en quanto le diere leche; quel maten por ello (…)". Esta ley esta recogida también en las *Ordenanzas Reales de Castilla,* [8, 15, 1], la *Nueva Recopilación,* [8, 19, 2]: "Quando las mancebas e los Clerigos solteras han de estar presas, o no, y quando pueden ser buscadas, o no, en las casas de los Clerigos, y por quien: y que la muger casada no pueda ser acusada por manceba de Clerigo, ni casado, y que las justicias procedan contra los maridos que consienten estar sus mugeres amancebadas (…)" (Dada por los Reyes Católicos en Sevilla por prágmaticas de 1491 y 1502), y la *Novísima Recopilación*, [8, 20, 6]: "Modo de proceder las Justicias contra las mancebas de los clérigos, y contra los maridos de ellas que las consientan (…)".

6 E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 3-55. Para la caracterización de esta institución, también podemos apoyarnos en A. García y García, «Barraganía», en *Lexikon des Mittelalters,* I, Munich, Lexma, 1980, 1486-1487.

7 En el *Fuero de Zamora*, [38], se fija una permanencia mínima de un año para que el vínculo surta efectos jurídicos: "(2) E barragana que un año non estudier con so señor, e fuir con suas vesteduras o con so haber, todo lo torne a so señor. E se un año complir haya suas vesteduras; e se mas llevar, todo lo torne (…)". A la condición de que la relación sea única y estable, añade Gregorio López en su glosa (t) «Una sola» a *Partida,* [IV, XIV, I], la de que la barragana viva en la casa, es decir, que haya cohabitación. Un extremo que indirectamente resulta confirmado en *Partidas,* [IV, XV, I], cuando niega la

si bien la barraganía se concibe como una relación no indisoluble, sino temporal y susceptible de disolución por el simple acuerdo de los implicados, que habitualmente queda plasmada, lo mismo que su constitución, mediante una declaración formal de naturaleza contractual contenida en una escritura pública[8], la existencia de un compromiso mutuo de fidelidad[9], y, finalmente, su licitud, por cuanto su extendida práctica no está condenada por el ordenamiento jurídico, ni es objeto de reprobación moral por parte de la sociedad. La justificación de esta transigente actitud la proporcionan las Partidas, apelando a que su consentimiento impedía la proliferación de lazos ilegítimos e impregnaba de mayor certeza a la prole nacida de los mismos[10]. Precisando a continuación que solamente

consideración de naturales a los hijos procreados con mujeres con las que se mantiene un trato habitual, pero sin que exista dicha convivencia doméstica: "Que quier dezir fijo non legitimo, e por que razones son atales: e quantas maneras son dellos.- (…) E otra manera ha de fijos que son llamados en latín spurii, que quier tanto dezir, como delos que nascen delas mugeres, que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas, e son ellas atales que se dan a otros omes, sin aquellos que las tienen por amigas: porende no saben quien es su padre del que nasce de tal muger (…)". La propia ley undécima de Toro incide en este mismo requerimiento: "(…) ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nascieren, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación: con tanto que el padre los reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido muger de quien lo uvo en su casa, ni sea una sola (…)".

8 Normalmente, en estos contratos o cartas de compañía quedaban reflejados los derechos y deberes de ambas partes, que se obligaban a llevar una vida en común, guardándose fidelidad y previendo otros aspectos importantes, como el régimen económico de desenvolvimiento de la vida en pareja o el destino posterior a su quiebra de los hijos y la herencia. Ejemplos muy conocidos de los mismos son los formalizados por el monarca aragonés Jaime I y las distintas mujeres con las que concertó esta clase de relación a lo largo de su vida. Estudiados por R. Burns, «The spiritual life of Jaume I the Conqueror, king of Arago-Catalonia, 1208-1276: portrait and self-portrait», en *Jaime I y su época*, Actas del X Congreso de Historia de la Corona de Aragón, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1979, vol 2, 323-357. Otras noticias de este tipo de documentos en R. Córdoba de la Llave, «Las relaciones extraconyugales en la sociedad castellana bajomedieval», en *Anuario de Estudios Medievales*, 16 (1986), 571-619, p. 579.

9 No obstante, en las escasas ocasiones en las que aparece en las fuentes normativas, sólo a la mujer se le exige este compromiso, y no estrictamente referido a la castidad sexual. *Fuero de Plasencia*, [481]: "(…) Que dicho es la barragana si prennada fuere et fiel a su sennor et buena, herede la meatat que amos en uno ganaren en mueble et en rayz (…)"; [404]: "Todo mançebo soldadero o merçendero esta fieldat deve a su sennor fazer: que sea fiel en todo commendamiento, o en curiamento, o en tenerle poridad. Otrossi que sea fiel en curiar todas sus cosas (…) Todo esto que de suso dicho es, también lo dezimos por la barragana como por mançebo soldadero (…)".

10 *Partidas,* [IV, XIV, proemio]: "Barraganas defiende santa eglesia que no tenga

la mujer de condición libre puede participar de este nexo[11], y fijando luego una serie de requisitos, que se dicen tomados de las leyes seculares, tanto respecto al concubinario, que no puede ser hombre de religión ni, obviamente, casado, como atinentes a la barragana, que debe ser única y estar capacitada para contraer con él legítimo matrimonio, quedando excluidas las vírgenes, las menores de doce años, las viudas de vida honesta y las solteras de buena fama, para las que se requería su recepción como tal ante testigos, así como las mujeres ligadas a su pareja por un parentesco inferior al cuarto grado. Curiosamente, esta solución basada en la cohabitación de hecho se le impone legalmente, negándosele, por tanto, la posibilidad del casamiento mientras permaneciese en el desempeño de su oficio, al adelantado de una provincia, con el fin de evitar que abusase de su poder para tomar por esposa a alguna mujer contra la voluntad de sus padres o de sus parientes[12]. Por otra parte, a las personas nobles de gran

ningun christiano, por que uiuen con ellas en pecado mortal. Pero los sabios antiguos que fizieron las leyes, consentierónles que algunos las pudiesen auer sin pena temporal, porque touieron que era menos mal, de auer vna que muchas. E porque los fijos que nascieren dellas, fuessen mas ciertos (...)".

11 *Partidas*, [IV, XIV, I]: "Qual muger puede ser rescebida por barragana: e onde tomo este nome.- Ingenua mulier, es llamada en latin, toda muger que desde su nascencia es siempre libre de toda seruidumbre: e que nunca fue sierua. E esta atal puede ser rescebida por barragana segund las leyes, quier sea nascida de vil linaje: o en vil logar: o sea mala de su cuerpo, quier no (...)". A pesar de fijarse como condición que la mujer nunca haya estado sometida a servidumbre, apunta E. Gacto, *La filiación no legítima*, pp. 43-44, que, al menos en el caso de las mancebas de los clérigos, es común que estás desempeñasen funciones de carácter servil, que las situaban en una posición claramente subordinada. Es más, también apunta, p. 8, que la posibilidad que ofrecía la barraganía frente al matrimonio de poder unirse a una mujer de una condición social inferior, sin que ello acarrease las graves consecuencias negativas inherentes a aquél, debió constituir una frecuente motivación para optar por esta modalidad. Con carácter general estudia la condición social de las partes en pp. 23-33.

12 *Partidas*, [IV, XIV, II]: "Quien puede auer barraganas: e en que manera.- Comunalmente segund las leyes seglares mandan, todo ome que non fuesse embargado de orden o de casamiento, puede auer barragana sin miedo de pena temporal solamente que non la aya virgen nin sea menor de doze años, nin tal biuda, que biua honesta, e que sea de buen testimonio. E tal biuda como esta queriendo la alguno rescibir por barragana, o a otra muger que fuesse libre de su nascencia, quenon fuesse virgen, deue lo fazer quando la rescibiere por barragana ante buenos omes, diziendo manifiestamente ante ellos, como la rescibe por su barragana (...) Pero si fuesse otra biuda que no fuesse atal como sobre dicho es, mas que fuesse de muy vil linaje, o de mala fama: o fuesse juzgada que auia fecho adulterio con ome que ouiesse muger legitima maguer ella fuesse suelta: atal como esta non ha porque la rescibir por barragana ante testigos (...) Otrosi ninguno non puede tener por barragana ninguna muger que sea su parienta, nin su cuñada fasta el quarto grado e esto

linaje se les prohíbe entablar esta clase de lazo con las siervas, libertas, taberneras, alcahuetas y otras mujeres de vil condición, siendo considerados los hijos que naciesen de estas uniones proscritas, no como naturales, sino como espurios[13].

No es que los poderes públicos permaneciesen ajenos a la habitualidad de estas prácticas, pero hacían gala de cierta permisividad. Conviene, empero, precisar que la relativa condescendencia exhibida por las normas civiles respecto a estas células extraconyugales contrasta con la animosidad con la que son atacadas por las leyes canónicas, en las que es recurrente su prohibición como pecaminosas. Con todo, la prevalencia dada al consentimiento en la constitución del matrimonio complicaba su delimitación respecto al matrimonio *a yuras*, o clandestino[14], por lo que en

porque farian gran pecado, segund que dicho auemos que es llamado en latin incesto. E otrosi dezimos que omes y a que pueden auer barraganas, e non podrian rescibir mugeres legitimas. E estos son delos que son llamados en latin presides prouinciarum: que quier tanto dezir en romance, como adelantados de algunas tierras. Ca tal ome como este, non podria rescibir muger legitima de nueuo, en toda aquella tierra, onde fuesse adelantado: en quanto durasse el tiempo del adelantamiento. E podria, y rescebir barragana, si no ouiesse muger legitima. E esto fue defendido, porque por el grand poder que han estos atales, non pudiessen tomar por fuerça muger ninguna para casar con ella. Ca podria ser que algun ome que nol querrie dar de su grado, a su parienta, o su fija por muger, que gela auria adar miedos, por la premia, o por el mal quel faria por el poder del logar que touiesse. Otrossi ningun ome non puede auer muchas barraganas. Ca segund las leyes mandan, aquella es llamada barragana, que es vna sola, e ha menester que sea atal, que pueda casar conella, si quissiere aquel que la tiene por barragana".

13 *Partidas,* [IV, XIV, III]: "Quales mugeres son que no deuen rescebir por barragana los omes nobles, e de grand linaje.- Illustres personas son llamadas en latin, las personas honrradas, e de grand guisa, e que son puestos en dignidades assi como los Reyes, e los que descienden dellos, e los condes. E otrosi los que descienden dellos, e los otros omes honrrados semejantes destos (...) que non deuen recebir, assi como la sierua, o fija de sierua. Nin otrosi la que fuesse aforrada nin su fija, nin juglaressa, nin sus fijas, nin tauernera, nin regatera, nin alcahueta: nin sus fijas: nin otra persona ninguna de aquellas que son llamadas viles, por razon de si mismas, o por razon de aquellos do descendieron. Ca no seria guisada cosa que la sangre de los nobles fuesse embargada, nin ayuntada a tan viles mugeres E si algunos de los sobredichos fiziesse contra esto, si ouiesse de tal muger fijo, segund las leyes, no seria llamado fijonatural, ante seria llamado spurio, que quiere tanto dezir, como fornezino. E de mas tal fijo como este, non deue partir en los bienes del padre, nin es el padre tenudo de criarle, si no quissiere".

14 La barraganía constituye una relación puramente factual, para cuya constitución es suficiente la simple convivencia y la omisión de las formalidades requeridas para la consagración del matrimonio, como es el caso de los esponsales, las aportaciones nupciales y la bendición sacerdotal, no siendo, tampoco, necesaria una declaración formal de consentimiento. E. Gacto, *La filiación no legítima,* pp. 19-20.

el despliegue de una abierta política condenatoria resultó determinante el nuevo énfasis introducido en el pleno medioevo en la necesidad de la publicidad de la celebración del enlace, con lo que la unión que estuviese basada en un elemento exclusivamente consensual tenderá a ser identificada como no matrimonial. No obstante, también hay que señalar que el grueso de las medidas reprobatorias no va dirigido contra la barraganía, que parece beneficiarse de la influencia de la poco intervencionista legislación secular representada por las Partidas, sino contra el amancebamiento[15], esto es, la situación que se da cuando los que cohabitasen o mantuviesen trato habitual no pudiesen contraer matrimonio entre sí por estar casados o por existir un impedimento que lo imposibilitase[16]. Este rechazo se manifestará con especial virulencia respecto a la participación en estas prácticas, que resultaban elusivas del obligado celibato, por parte de los propios miembros del clero[17], hasta el punto de que la reforma gregoriana hizo de la lucha contra el nicolaísmo una de sus banderas. Así, tanto su amancebamiento, como la simple fornicación e incluso el matrimonio, que aunque revestido de validez se reputaba ilícito[18], serán cons-

15 Aunque existen cánones conciliares anteriores en los que este tipo de relaciones son sometidas a penas de índole espiritual, como es el caso del *Concilio de Gerona* de 1078, [9], en el que se castiga a los concubinarios que no se corrigiesen a ser excomulgados, es a partir del siglo XIV cuando la habitualidad y gravedad de estas sanciones se recrudece. Una detallada revisión de los principales sínodos en los que se establecen sanciones de esta clase en F. R. Aznar, *La institución matrimonial*, pp. 313-320, que precisamente subraya como rara vez toman por objeto las relaciones de barraganía.

16 El criterio de distinción entre el concubinato y el amancebamiento no aparece, sin embargo, nada claro en J. Escriche, *Diccionario razonado,* I, voz «Amancebados», pp. 477-478, y II, voz «Concubina», pp. 453-454, ya que, no señalándose la diferencia, ambos vocablos parecen utilizarse de forma bastante indiscriminada.

17 Un problema muy viejo, pues ya en el Concilio de Elvira, celebrado entre los años 304 y 314, se hicieron llamadas a la observancia del deber de continencia al que estaban sujetos los clérigos. J. Vives; T. Marín; G. Martínez Díez, *Concilios visigóticos e hispano-romanos*, Barcelona, CSIC-Instituto Padre Enrique Flórez, 1963, p. 5.

18 Una nutrida muestra de disposiciones conciliares que corroboran este extremo en E. Gacto, *La filiación no legítima,* p. 40, nota 81. También F. Cárdenas, *Estudios jurídicos*, Madrid, 1884, I, pp. 195-202. Como causa de la mucho mayor frecuencia entre los clérigos del concubinato que del casamiento, que sería declarado nulo en el II Concilio Lateranense, apunta E. Gacto que el carácter disoluble del primero permitía su interrupción en cuanto la amenaza de la sanción se intuyese inminente. Posibilidad indirectamente apuntada por J. Escriche, *Diccionario razonado,* II, voz «Concubina», p. 454, al afirmar que el hecho de que a los religiosos se les permitieran las barraganas y no las mujeres legítimas podía deberse a que se creyese que estas últimas los distraerían más de sus funciones que las mancebas, a las que podían dejar cuando lo quisiesen, o lo exigiese el bien de la

tantemente censurados y castigados con penas espirituales, económicas y corporales en numerosas fuentes eclesiásticas, pero sin que, a juzgar por su reiteración, se lograsen grandes progresos en su erradicación[19].

Un propósito al que, abandonando la línea adoptada por los fueros municipales, que se limitan a regular las situaciones de hecho a las que esta práctica daba lugar[20], acabarán sumándose las leyes regias, siguiendo la pauta marcada por el Fuero Real, que declara invalido el matrimonio de la mujer consagrada a Dios y castiga con el destierro a quien intentase desposarla[21], y por las Partidas, que prohíben[22] y penan severamente esta

Iglesia. Con carácter general. G. Rossetti, «Il matrimonio del clero nella societá altomedievale», en *Il matrimonio nella societá altomedievale,* II, 473-554.

19 De nuevo me remito a E. Gacto, *La filiación no legítima,* p. 41, nota 82. El problema era común a otros territorios europeos. Véase J. Gaudemet, «Le célibat ecclésiastique. Le droit et la pratique du XIe au XIIIe siécle», en *Église et société en Occident au Moyen Âge*, Londres, Variorum Reprints, 1984, 1-31.

20 Por ejemplo, a través del reconocimiento de los derechos hereditarios de sus hijos que encontramos en el *Fuero de Castrotorafe*, 1178-VI-1 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, Salamanca, Junta de Castilla y León, 1990, núm. 22, p. 298), [3]: "Et omnes Ecclesias de Castrotoraf illi clerici qui fuerint hereditarios in illas, habeant in vita sua pro hereditate (…) Et si habuerint filio hereditario ut sit honesto, veniat ante magistro et concedat ei portionem in Ecclesia (…)". *Fuero de Brihuega,* [286]: "Que fijos de clerigo hereden.- Todo clerigo que fuere de briuega o de termino, cuando finare, los fijos si los ouiere hereden lo suio, et si fijos non ouiere: hereden lo los parientes mas cercanos, de qual parte uinieren". Análoga redacción en *Fuero de Fuentes de Alcarria,* [183]. *Fuero de Alcalá de Henares,* [34]: "Todo clerigo que fuere d'Alcala o de so termino, et quando pasare, los filios si los oviere, o sos parientes hereden los suio (…)". *Fuero de Soria,* [329]: "Clerigo nin lego non pueda enuida ni en muerte fazer su heredero a judio ni a moro (…) maguer non aya fijos o nietos o dent ayuso (…)". Pero también se atiende a otros aspectos: *Fuero de Molina de Aragón*, [X, 1]: "Todo clerigo que en Molina morare non vaya en apellido nin en caualgada. Mas si el clerigo ouiere fijo o nieto en su casa que pueda yr en apellido, vaya et si non fuere peche calonna".

21 *Fuero Real,* [4, 8, 2]: "Qualquier omne que por fuerça o a plazer con mugier dorden a sabiendas, depués que fuere bendicha assí como es costumbre, casare, la mugier sea tornada al monasterio onde salió so grand penitencia assí como semeiare a su obispo o a su abadessa e él sea echado por iamás de la tierra e non se pueda escusar por dezir que ninguno non los acuse. Et tan aýna como el rey lo sopiere por obispo o por la abadessa o por otro omne qualquiere, faga fazer esto que es sobredicho (…)".

22 *Partidas*, [IV, XIV, II]: "Comunalmente segund las leyes seglares mandan, todo ome que non fuesse embargado de orden o de casamiento: puede auer barragana, sin miedo de pena temporal (…)". Para evitar estas relaciones, en *Partidas*, [I, VI, XXXVII], se establecía qué tipo de mujeres podían vivir con los clérigos: "(…) mucho les conuiene de ser limpios e honestos, e de se guardar de los yerros que menguan la buena fama, e vna de las cosas que mas abilta la honestad de los clerigos es auer grand criança con las mugeres. E por los guardar deste yerro, touo por bien santa eglesia de mostrar, quales mugeres

práctica, con la retirada del beneficio y con la excomunión prolongada hasta que abandonase a su cómplice e hiciese penitencia[23]. Giro que halla confirmación en sucesivas disposiciones de las Cortes que, sin embargo, continuaron sin poder atajar el problema [24]. De hecho, aludiendo a la es-

pudiessen con ellos morar sin mal estança, e son estas, madre, abuela, hermana, e tya hermana de padre, o de madre: sobrina fija de hermano, o de hermana: su fija misma que ouiesse auido de benediciones ante que rescibiesse orden sagrada, e su nuera muger velada de su fijo legitimo o otra que fuesse su parienta en el segundo grado, assi como prima cormana (...)". Insistiendo en estas precauciones en [I, VI, XXXVIII]: "Que los clerigos no deuen tener consigo mugeres sospechosas, maguer fuessen las parientas (...)".

23 A su vez, la mujer si era vasalla de la iglesia caía en servidumbre de la misma, pero si ya tenía la condición de sierva se ordenaba su venta y el empleo de los beneficios en servicios eclesiásticos. *Partidas*, [I, VI, XLI]: "De los clerigos que casan a bendiciones auiendo ordenes sagradas, que pena deuen auer ellos, e aquellas con quien casan.- Casando se algun clerigo que ouiesse orden sagrada, non deue fincar sin pena, ca deuen lo vedar de oficio, e toller el beneficio que ouiere dela eglesia, por sentencia de excomulgamiento, fasta que la dexe, e faga penitencia de aquel yerro. E la muger si fuere vassalla de la eglesia, e sopiere que es clerigo aquel con quien casa, deue la meter el obispo en seruidumbre de la eglesia (...) E si fuer sierua, deue la vender, e el precio della, deue ser metido en pro de la eglesia, donde es el clerigo que lo fizo (...)".

24 Varias han sido citadas en el capítulo I, nota 163, donde se describe su contenido general. Tal vez, la manifestación más elocuente se encuentre en el preámbulo introducido a una ley previamente dictada en las Cortes de Soria de 1380 (*Cortes de León y Castilla*, II, 9), en la versión recogida en las *Ordenanzas Reales de Castilla*, [1,3,21]: "Como las mançebas de los clerigos deven traher señal porque sean conosçidas.- Desonesta e aun reprovada cosa es en derecho que los clérigos e ministros de la Santa Iglesia, que son elegidos en suerte de Dios mayormente, façer dotes en quien debe aver toda puereza e linpieza, ensuizen el templo consagrado con malas mugeres, teniendo mançebas conoçidamente (...)". Reproducida en la *Nueva Recopilación,* [8, 19, 1]: "Que pone la pena contra las mancebas de los Clerigos, Frayles y casados, y como se ha de repartir, y executar, y las justicias no permitan lleuar parte de la pena, sin se sentenciar y executar la pena corporal: y que los Alcaldes de Corte juntos determinen las causas de las mancebas (...)", y en la *Novísima Recopilación,* [12, 26, 3]: "Pena de las mancebas de clérigos, frayles y casados; y modo de librar los pleytos de ellas en la Corte (...)", que erróneamente sitúa su procedencia en las Cortes de Briviesca de 1387. La persistencia de esta práctica la demuestra la propia necesidad de seguir promulgando leyes dirigidas a combatirla. Entre ellas, *Nueva Recopilación*, [8, 19, I2]: "Quando las mancebas de los Clerigos solteras han de estar presas, o no, y quando pueden ser buscadas, o no, en las casas de los Clerigos, y por quien: y que la muger casada no pueda ser acusada por manceba de Clerigo, ni casado, y que las justicias procedan contra los maridos que consienten estar sus mugeres amancebadas (...)" (Dada por los Reyes Católicos en Sevilla por prágmaticas de 1491 y 1502); [8, 19, 3]: "Que pone caso en que la muger casada manceba de Clerigo puede ser castigada, como si fuesse soltera: y como las mugeres casadas, y las sospechosas se han de amonestar por los Iuezes, no esten en las casas de los Clerigos (...)" (Prágmatica de los Reyes Católicos de 1503). Recogidas también en *Novísima Recopilación*, [12, 26, 4]: "Modo de proceder las Justicias

casa efectividad de estas intervenciones legales, E. Gacto afirma que la paulatina desaparición del concubinato no fue debida a una reacción jurídica contraria, sino a un proceso de evolución en la mentalidad social, que condujo a su abandono espontáneo, si bien es cierto que, indirectamente, las ventajas derivadas de los efectos jurídicos favorables atribuidos al matrimonio tuvieron un peso destacado en este fenómeno[25].

Fruto de este fenómeno, cabe observar como los sucesivos códigos criminales decimonónicos van abandonando paulatinamente la regulación de estas reprobadas conductas, o reduciendo la severidad de su reprensión. Así, en el caso de la implicación en las mismas de los clérigos, únicamente son combatidas en el Código penal de 1822, al hacer extensivas las penas previstas para el bígamo a los presbíteros, los diáconos y los regulares profesos que contrajesen matrimonio[26]. Pero con posterioridad desaparece toda alusión a ellos, producto, claramente, de la definitiva exclusiva traslación de la juridificación de su deber de celibato al ordenamiento canónico. De igual manera, en relación con el amancebamiento se constata como su comisión entre solteros recibe un tratamiento progresivamente más benévolo, tendiéndose a supeditar su castigo al hecho de que se desatendiese una previa amonestación encaminada a su cesación[27].

contra las mancebas de los clérigos, y contra los maridos de ellas que las consientan (…)", [12, 26, 5]: "Amonestación y castigo de las mugeres casadas y sospechosas que estuvieren en las casas de los clérigos (…)". En el mismo sentido interpreta esta reiterada atención al problema en los Ordenamientos de Cortes, J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Barragana», p. 39. Un repaso al contenido de las principales disposiciones regias orientadas a combatir esta práctica entre 1380 y el reinado de los Reyes Católicos en J. Saínz Guerra, *La evolución del derecho penal en España,* Jaén, Universidad de Jaén, 2004, pp. 722-723.

25 E. Gacto, *La filiación no legítima,* p. 7-8. Sobre esta cuestión interesa también, R. Córdoba de la Llave, *Relaciones extraconyugales*, pp. 607-611. Entre los datos que menciona como indicativos de la extendida persistencia de esta práctica en la edad media castellana, menciona la costumbre existente de arrendar a particulares la denominada *renta de las penas de las mancebas de clérigos*, lo que no puede significar sino que reportaba sustanciales ganancias.

26 *Código penal de 1822* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española*, 5, *Codificación penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, vol. II, apéndice I, 7-132), [551]: "Todas las penas de este capítulo son aplicables del mismo modo en los casos respectivos siempre que contraiga matrimonio algún presbítero, diácono, ó subdiácono, ó algún regular profeso".

27 Ya una Real orden de 22 de febrero de 1815 penalizaría los escándalos y delitos públicos derivados de las rupturas voluntarias de los matrimonios o de la vida licenciosa de los cónyuges, o de uno de ellos, así como el amancebamiento público de los solteros; pero en este último supuesto, únicamente si después de haber recibido amonestaciones y exhortaciones privadas, incitándoles a interrumpir esta práctica, persistiesen

Todavía el Proyecto de Código criminal de 1830 castiga a quienes incurriesen en esta forma de cohabitación con un año de reclusión para la mujer y dos años de destierro para el hombre, que es también la pena reservada al marido que consintiese, conociendo su existencia, el ayuntamiento público o la amistad escandalosa mantenida con un tercero por su mujer; no obstante, casándose, los concubinarios quedan liberados de toda punición[28]. En contraste, al marido que tuviese alojada a su manceba en la casa familiar se le castiga en el Código de 1822 con mucha menor severidad, de dos a ocho meses de arresto, más el pago de los daños causados, en tanto que ella es condenada al destierro a una distancia no menor de veinte leguas[29]. En el Proyecto de Código criminal de 1831 aún se prohíbe el concubinato notorio de las personas que sin estar casadas hiciesen vida marital en un mismo lugar de habitación, previéndose su amonestación por el juez de la localidad, y el destierro a no menos de veinte leguas de la mujer, y el pago de una fuerte multa por el hombre, en el caso de que no

obstinadamente en la misma. Trámite de advertencia previa que fue ratificado en otra Real orden de 10 de marzo de 1818, que añadió el mandato de que, en todo caso, no diese lugar a penas de presidio o a cualquier otra infamatoria, debiendo limitarse a las pecuniarias, la de reclusión en hospicios o casas de corrección o la de reclutamiento forzoso. Esta línea la quebraría temporalmente una Real cédula de 29 de marzo de 1829, que incluía como punible el amancebamiento que mediase entre solteros. Noticia de estas disposiciones en J. Escriche, *Diccionario razonado*, I, voz «Amancebados», pp. 477-478.

28 *Proyecto de Código criminal de 1830* (F. Lasso Gaite, *Crónica*, 5, *Codificación penal*, II, apéndice II, 134-196), [360]: "En la misma pena [dos años de destierro] incurren los maridos que consienten el amancebamiento público o la amistad escandalosa de sus mujeres con otros"; [361]: "El concubinato o amancebamiento de hombres y mujeres solteros, que viven bajo un mismo techo a manera de casados, será castigado en el hombre con dos años de destierro, y en la mujer con un año de reclusión; pero casándose quedarán relevados de toda pena". Esta regulación se reproducirá después en el *Proyecto de Código criminal de 1834* (F. Lasso Gaite, *Crónica*, 5, *Codificación penal*, II, apéndice V, 385-457), [274] y [275], que, sin embargo, modifica la pena señalada al marido consentidor: [274]: "En la misma pena de obras públicas y por el mismo tiempo incurren los maridos que consienten el amancebamiento público o la amistad escandalosa de sus mujeres con otro".

29 *Código penal de 1822*, [684]: "El marido de la adúltera, que es el único que puede acusar el adulterio, no podrá hacerlo en ninguno de los casos siguientes(…) Tercero: si tiene manceba dentro de la misma casa en que habite con su muger"; [685]: "(…) Solo la muger podrá también acusarle o denunciarle, aunque no sea por vía de excepción, en cualquiera de los otros dos casos del artículo precedente; y el marido convencido de alguno de ellos, sufrirá un arresto de dos a ochos meses, sin perjuicio de reparar del daño. La manceba que el marido tenga dentro de la misma casa en que habite con su muger, será desterrada del pueblo y veinte leguas en contorno".

obedeciese tal apercibimiento[30]. En adelante será, sin embargo, solamente la convivencia ilegítima de los casados la que resulte merecedora de medidas sancionadoras por parte del codificador. De tal modo, que en el Código de 1848 al marido que tuviese una manceba en la casa conyugal, o fuera de ella con notoriedad, se le impone la pena de prisión correccional y a su cómplice la del destierro[31], lo que se repetirá, con la precisión de que la prisión correccional lo será en sus grados mínimo y medio, es decir, entre seis meses y cuatro años, en el Código penal de 1870, coincidiendo ambos textos en exigir para la activación de los mecanismos punitivos que mediase querella de la agraviada, la cual deberá ir dirigida, además, contra ambos amancebados, no permitiéndosele interponerla si antes hubie-

30 *Proyecto de Código criminal de 1831* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 5, *Codificación penal,* II, apéndice III, pp. 197-342), [572]: "No será permitido el concubinato notorio de las personas que sin estar casadas hacen vida conyugal habiéndoselas entre sí como marido y mujer en una misma habitación con escándalo del público y de sus familias y criados. Los que así lo hicieren serán apercibidos de separarse de habitación y trato dentro del término que el Juez estime prudentemente oportuno según las circunstancias; y si fueren rebeldes al apercibimiento, cumplido que sea el término prefijado, la mujer será confinada a pueblo que diste a lo menos veinte leguas de la residencia del hombre, y éste pagará la multa de quinientos a tres mil reales vellón, apercibido de no acercarse a diez leguas del lugar de la confinación de la mujer, bajo pena de dos meses a un año de arresto que se le impondrá si quebrantare el apercibimiento".

31 *Código penal de 1848* (cito por *Código Penal de España*, Madrid, Imprenta Nacional, 1848), [362]: "(1) El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional. (2) La manceba será castigada con la de destierro. (3) Lo dispuesto en los artículos 359 y 360 es aplicable a la caso de que se trata en el presente". El artículo 359 relativo al adulterio, imponía la necesidad de existencia de querella por parte del marido agraviado y el 360 admitía la posibilidad de remisión de la pena por el ofendido. En el debate que llevó a la redacción final de este precepto, frente al restrictivo criterio inicial, se decidió ampliar su alcance, considerando también punible, aunque con el voto contrario de dos de los miembros de la Comisión, la relación ilegítima que se mantuviese fuera de casa con público conocimiento, al tiempo que se suprimió el requisito de que la manceba viviese a las expensas del marido. El pormenor de esta discusión puede consultarse en F. Lasso Gaite, *Crónica*, 5, *Codificación penal*, vol. II, pp. 721-722. Esta reforma no fue bien acogida por la doctrina coetánea, que consideraba que la apreciación de si existía o no escándalo era demasiado vaga y otorgaba un excesivo margen de decisión a los tribunales. Por ello, J. F. Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, reedición con estudio preliminar de A. Téllez Aguilera, Madrid, Edisofer, 2000, pp. 1056-1057, aconsejaba que los jueces sólo aplicasen este supuesto cuando el escándalo estuviese debidamente probado. F. de Pou, «Del amancebamiento», en *RGLJ*, 13 (1858), 239-242, escribirá para llamar la atención sobre la existencia de numerosos pleitos suscitados a instancias de la mujer casada, alegando que sólo podrían penarse mediando querella del marido agraviado.

se tolerado su relación o perdonado a alguno de ellos. Remisión de la pena que la mujer seguirá pudiendo decidir en cualquier momento ulterior a favor de su marido infiel, pero a sabiendas de que su gesto de clemencia asimismo beneficiará a su amante[32].

2. Prohibición de los matrimonios clandestinos

a. La larga pugna de la Iglesia por la sacralización y la sujeción a solemnidades del matrimonio

No son, sin embargo, estas arraigadas formas de unión extraconyugal las que captan la preocupación del legislador de Toro, sino la proliferación de los enlaces clandestinos, que constituyen uno de los más graves problemas padecidos por la Iglesia medieval en su prolongado empeño por imponer su modelo matrimonial[33]. La propia fijación, en el siglo XII, de la

32 *Código penal de 1870* (Citaré por S. Viada y Vilaseca, *Código penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado para su mejor inteligencia...*, 4 ed. Madrid, 1890-1891 (1ª ed. Barcelona, 1874), [452]: "(1) El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio. (2) La manceba será castigada con la pena de destierro. (3) Lo dispuesto en los arts. 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente". Los mencionados artículos, que concuerdan con el 359 y el 360 de 1848, dicen lo siguiente: [449]: "(1) No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querella del marido agraviado. (2) Éste no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de ellos"; [450]: "(1) El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte. (2) En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero". Señala el propio S. Viada, III, p. 114, que aunque cuestionablemente se regula en el capítulo destinado al adulterio, la infidelidad del marido no lo constituye legalmente, y que si el grado de criminalidad de las acciones se ha de medir no sólo por la gravedad intrínseca de las mismas, sino también por sus consecuencias, es mucho más criminal la infidelidad de la mujer, porque al violar la fe conyugal se expone a introducir hijos extraños en la casa. La remisión a los citados artículos, iguala, sin embargo, a los dos esposos. No concuerda con esta opinión A. Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 2ª ed. Madrid, Sucesores de J. A. García, 1913 (1ª ed. Burgos, Timoteo Arnaiz, 1870-1899), V, pp. 71-74, que critica duramente la diferencia de tratamiento entre el adulterio de la mujer y el del marido, afirmando con ironía que, al castigarle sólo cuando su adulterio es público y notorio, la ley, con tal de que sean cautos, parece dispensar a los maridos de que sean castigados.

33 La gravedad del problema fue ya subrayada por G. H. Joyce *Christian Marriage: an Historical and Doctrinal Study*, 2ª ed. revisada y ampliada, Londres, Sheed

doctrina oficial católica sobre los esponsales, al poner un extraordinario énfasis en el carácter consensual del matrimonio, había propiciado una importante relajación del control de los parientes y de las instituciones civiles y religiosas sobre el mismo, acentuada por el hecho de que, aunque la Iglesia reclamase su presencia, la ausencia de solemnidades y de la bendición nupcial no le restaba eficacia jurídica. Por eso, persiguiendo frenar esta tendencia, que, aparte de socavar la dignidad del vínculo contraído, comprometía la prueba de su existencia y ofrecía un vasto campo tanto a su ruptura mediante un simple acuerdo o decisión unilateral, como a la ocultación de verdaderos concubinatos, bigamias y adulterios, comenzó a desarrollarse una abundante producción canonística orientada a su erradicación[34], que culminará en el IV Concilio Lateranense, del año 1215, donde se impondrá la realización de la boda *in facie ecclesiae* y en presencia del sacerdote, con intercambio público del consentimiento de los esposos, y precedida de proclamas destinadas a facilitar la detección y denuncia de posibles impedimentos, especialmente el de parentesco. Con todo, la efectividad de estas normas se vio seriamente disminuida por la imprecisión de su enunciado respecto a las vías de materialización y el alcance de las medidas adoptadas y, sobre todo, porque el requisito de la publicidad, necesario para su licitud, seguía sin comportar la nulidad del casamiento que hubiese sido efectuado sin ella[35].

and Ward, 1948 (1ª 1933), p. 108: "Clandestine marriages constituted one of the greatest problems whit wich the Church had to deal in the Middle Ages. Not until the council of Trent was a remedy found for the abuse. Marriage thus made in secret with no witness who could attest them, were a source of the greatest evil to the whole social order. It not infrequently happened that a man, who had thus pledged himself, afterwards regretted the folly of wich he had been guilty, and proceeded to make bad worse by a new marriage publicly celebrated whit all due solemnity. The difficulty was now inextricable. The true wife could obtain no redress (...)". Una completa referencia bibliográfica sobre el tema en F. R. Aznar, *La institución matrimonial,* p. 174, nota 3, que se se ocupa de esta misma cuestión en sus pp. 173-293.

34 El primero en imponer penitencia por la inobservancia de las debidas solemnidades fue Burchard de Worms en su Decreto, XIX, 43. Por el contrario, en el *Decretum* de Graciano, aunque se reconocía que los matrimonios clandestinos eran contrarios a las leyes, se afirmaba que no podían romperse, puesto que estaban probados por la confesión de las partes. J. Gaudemet, *El matrimonio en Occidente*, Madrid, Taurus, 1993, p. 268.

35 Del escaso acatamiento de esta disposición daba cuenta, E. Diebold, «L'application en France du canon 51 du IVe concile de Letran d'après les anciens status synodaux», en *L'Année Canonique*, 2 (1953), 187-195. F. R. Aznar, *La institución matrimonial*, p. 182, se plantea porqué no se acudió al remedio, más sencillo y, con seguridad, más eficaz, de decretar la invalidez de los matrimonios celebrados sin respetar dichas

Lo cierto es que en los siglos siguientes registramos la promulgación de un sinfín de disposiciones conciliares y sinodales, tanto de ámbito general como específicamente hispano, dirigidas a clarificar, adaptar y completar el mandato lateranense en sus puntos esenciales: la intervención en las nupcias del titular de la parroquia, con el fin primordial de verificar la idoneidad de los contrayentes, el previo anuncio de su celebración a la comunidad mediante las amonestaciones, y las garantías de publicidad representadas por su escenificación en un lugar sagrado, ante un número determinado de testigos, con exclusión de ciertas fechas prohibidas[36] y de conformidad con las peculiaridades litúrgicas propias de cada reino o región[37]. Un aluvión legislativo que viene acompañado, además, por un notable endurecimiento de las penas, espirituales y pecuniarias, reservadas a la contravención de tales reglas, que en Letrán se habían concretado en la suspensión por tres años del oficiante en el ejercicio de sus funciones, la imposición de penitencias a los novios y la declaración de ilegitimidad de la prole nacida de estas uniones imperfectas, cuando después se descubriese que entre los consortes se interponía algún impedimento dirimente. Medidas coercitivas a las que posteriormente se tendió a añadir la excomunión.

b. Reflejo del problema en la legislación secular e intervencionismo del poder monárquico en la ley 49 de Toro

A la ofensiva desplegada contra estas formas irregulares de matrimonio sumarán también, paulatinamente, sus esfuerzos las leyes seculares. Así, ya en el Fuero Real se ordena que todos los casamientos se hagan de acuerdo con los términos dictados por la Iglesia y con un conocimiento general que permita luego probarlo, castigando a quienes lo efectuasen

formalidades, proponiendo como explicación que la línea teológica dominante consideraba que la materia y la forma de cada sacramento habían sido fijadas ya por Jesucristo, lo que limitaba el papel y la autoridad de la Iglesia a la esfera de su administración.

36 En principio, la legislación eclesiástica, en realidad, solamente prohibía las fiestas que solían acompañar a las bodas. Pero después este rechazo afectó a las propias nupcias, quedando vetada su celebración entre la séptima y la octava semana de Pascua, las tres semanas anteriores a San Juan Bautista, y desde el Adviento hasta pasada la Epifanía. F. R. Aznar, *La institución matrimonial*, p. 266-267.

37 La evolución particular de la legislación eclesiástica centrada en cada uno de estos apartados puede seguirse con detalle en F. R. Aznar, *La institución matrimonial*, pp. 193-293.

furtivamente con una fuerte sanción económica, que en el caso de insolvencia dará lugar a que todos los bienes y la persona del infractor queden a merced del rey[38]. Pero es en las Partidas donde encuentran una plena acogida las prescripciones de las Decretales, cuya inspiración es visible tanto en los argumentos aducidos para reprobar los matrimonios encubiertos, como en la clasificación que se incorpora de los mismos en tres categorías: los que se hacen a escondidas y sin testigos, obstaculizando con ello su comprobación, los realizados sin haber obtenido la previa autorización de los padres o parientes de la contrayente y sin entrega de las arras bajo su supervisión, y los que no cumplan el trámite de la publicación de proclamas en la iglesia de la que los novios fuesen parroquianos. Aunque lo curioso es que no se prevé penalidad alguna para quien incurriese en cualquiera de estas prácticas, contentándose el legislador con recordar la necesidad de la participación del sacerdote y del anuncio de las amonestaciones, para evitar las complicaciones provocadas por la inobservancia de las formalidades eclesiásticas a la hora de proteger la convivencia marital frente a la decisión de ponerla término manifestada por alguno de los miembros de la pareja[39].

38 *Fuero Real*, [3, 1, 1]: "Estableçemos e mandamos que todos los casamientos se fagan por aquellas palabras que manda Sancta Eglesia e los que casaren sean tales que puedan casar sin peccado; e todo casamiento fágasse conçegeramient e non a furto, de guisa que si fuere mester, que se pueda prouar por muchos; e qui a furto fizierre casamiento, peche C morabedís al rey, e si los non ouiere, todo lo que ouiere sea del rey, e por lo que fincare, sea el cuerpo a merçet del rey". Esta ley se recogerá también en las *Ordenanzas Reales de Castilla*, [5, 1, 1] con el siguiente añadido inicial: "Alto sacramento es el matrimonio, porque preçede a los otros sacramentos de la santa iglesia por el logar en que fue instituido que es el paraíso, e por el estado que fue, estado de inoçencia. En el qual, tres bienes se señalan: Fe e Generación, e Sacaramento. E por esto se requiere en el contrato del matrimonio mayor solepnidad que en otro algúnd sacramento".

39 *Partidas*, [IV, III, proemio]: "De las desposadas, e de los casamientos que se fazen encubiertos.- Asman e sospechan los omes que las mas de las cosas que son fechas en encubierto, que non son tan buenas, como las otras que se fazen paladinamente (…) E por que este encubrimiento cae alas vezes en fecho delos desposorios, e delos casamientos, por ende defendio santa eglesia que lo non fiziessen. Lo vno por que es sacramento que establescio por si nuestro señor, assi como dicho auemos. Lo al por que vienen ende muchos males (…)"; [IV, III, I]: "En quantas maneras se fazen los casamientos encubiertos, y porque razones lo defendio santa eglesia, que los non fagan abscondidamente.- Ascondidos son llamados los casamientos en tres maneras. La primera es, quando les fazen encubiertamente, e sin testigos, de guisa que se non puedan prouar. La ii es, quando los fazen ante algunos, mas non demandan la nouia a su padre, o a su madre o alos otros parientes que la han en guarda nin le dan sus arras ante ellos nin les fazen las otras onrras que manda santa eglesia. La iii es, quando non lo fazen saber concejeramente en aquella eglesia onde son

La simple insistencia de la ley 49 de Toro en la persecución de tan tenaz y perturbadora costumbre matrimonial alerta sobre la dificultad que seguía entrañando su extirpación y sobre el elevado grado de intervencionismo asumido en la consecución de este objetivo por el poder regio. Tal vez, esto explica que la nota más destacada de esta norma, de contenido netamente punitivo, sea la enorme severidad de los castigos señalados: la pérdida de todos los bienes en beneficio del Fisco y el alejamiento definitivo del reino, bajo pena de muerte por su incumplimiento, que se establece no sólo para quienes recurriesen a este tipo de enlaces, sino también para cualquiera que participase en ellos o actuase como testigo[40]. La enojosa cuestión de los matrimonios clandestinos sería, sin embargo, definitivamente cerrada en el Concilio de Trento, en el primer y más importante canon del célebre decreto *Tametsi*[41], donde apuntalando la afirmación del

perrochanos. Ca para non ser el casamiento fecho encubiertemente ha manester que ante que los desposen, diga el clerigo en la eglesia, ante todos los que y estouieren, como tal ome quier casar con tal muger, nombrando los por sus nomes, e que amonesta a todos quantos y estan, que si saben, si ay algun embargo entrellos, por que non deuen casar en vno, que lo diga fasta algun dia e que lo nombre señaladamente (…) E la razon porque es defendido de santa eglesia, que los casamientos no fuessen fechos encubiertamente es esta, por que si desacuerdo viniesse entre el marido, e la muger de manera que non quisiesse alguno dellos beuir conel otro, maguer el casamiento fuesse verdadero, segund que es sobre dicho, non podria por esso la eglesia apremiar aquel, que se quisiesse de partir del otro. E esto es por quel casamiento non se podria prouar. Ca la eglesia non puede judgar las cosas encubiertas, mas segund que razonaren las partes, e fuer prouado".

40 *Leyes de Toro*, [49]: "Mandamos que el que contragere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo hecho el y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos incurran en perdimiento de todos sus bienes, et sean aplicados á nuestra Camara, y sean desterrados destos nuestros reynos, en los quales no entren sopena de muerte: y que esta sea justa causa para que el padre, y la madre puedan desheredar si quisieren á sus hijos o hijas que el tal matrimonio contraxeren: lo qual otro ninguno no pueda acusar sino el padre, y la madre, muerto el padre". *Nueva Recopilación*, [5, 1, 1]: "La pena de los que contraen matrimonios clandestinos, y como por esta causa los padres pueden desheredar à los hijos (…)". *Novísima Recopilación*, [10, 2, 5]: "Prohibicion de matrimonios clandestinos, y pena de los los contraxeren, e intervinieren en ellos (…)". La ampliación de la pena a los testigos lleva a S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 49, p. 234, núms. 50-51, a defender que esta ley no se dirige contra los matrimonios clandestinos por falta de testigos o de proclamas, lo que no significa que no les sea aplicable lo dispuesto en ella.

41 Decreto *Tametsi* (1563, cap. I, sesión 24, *de reformatione matrimonii*), que fue reconocido como ley del reino por una Real Cédula de 12 de julio de 1564 (*Novísima Recopilación*, [1, 1, 13]). La cuestión de los matrimonios clandestinos había sido planteada desde marzo de 1562 por Hércules Gonzaga, cardenal de Mantua, pero su verdadera discusión se retrasó hasta 1563. Sobre el proceso de elaboración de este decreto, véase, A.

carácter sacramental del matrimonio, que seguía basándose en el consentimiento, se declaraban inválidos los matrimonios celebrados privadamente y sin testigos, pudiendo ser anulados por la Santa Sede, al tiempo que para poder adquirir eficacia jurídica se introducía como requisito la manifestación expresa de la voluntad de contraer por parte de la pareja, que debía ser realizada ante el párroco y dos testigos[42] y obligatoriamente reflejada en un libro registro[43]. No obstante, a la luz de esta resolución conciliar, la doctrina posterior se cuestionó la vigencia de las sanciones contempladas en la citada ley de Toro, decantándose unánimemente por su permanencia en los casos de ausencia de proclamas o de testigos, pero predicando, en general, la moderación en su aplicación respecto al supuesto afectado por el pronunciamiento tridentino.

c. Medidas contra los matrimonios clandestinos en los primeros textos codificados

Esta enérgica ofensiva no debió, en cualquier caso, lograr culminar su propósito cuando descubrimos que los esponsales y los matrimonios clandestinos aparecían tipificados entre los delitos de incontinencia y contra

Esmein, *Le Mariage en droit canonique,* 2 vols., 2ª ed. actualizada por R. Génestal y J. Dauvillier, París, Recueil-Sirey, 1929-1935 (1ª ed. París, 1891), II, pp. 163-214. También interesa, J. Gaudemet, *El matrimonio en Occidente,* pp. 330-333. El punto central de los debates sostenidos entre los conciliares tuvo que ver con la cuestión de si los matrimonios celebrados sin testigos eran válidos por derecho natural y positivo o inválidos, y que, por ello, se imponía irritarlos. Merece la pena mencionar que frente a esta segunda opinión, defendida por el propio pontífice, y finalmente triunfante, se posicionó el teólogo jesuita Diego Laínez. B. Llorca, «Participación de España en Trento», en *Historia de la Iglesia en España*, III-1º, *La Iglesia en la España de los siglos XV y XVI*, dirigido por J. L. González Novalin, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1980, p. 482.

42 La participación del párroco y los testigos en la adquisición del valor sacramental del matrimonio es puramente formal, bastando su mera presencia, aunque no pronuncie ni una palabra o haya concurrido contra su voluntad, como en este sentido, según noticia de B. Escriche, *Diccionario razonado,* IV, voz «Matrimonio canónico», p. 30, se pronunció en repetidas ocasiones la Sagrada Congregación actuando como intérprete del Concilio de Trento.

43 Medidas que, primordialmente, perseguían marcar claramente la diferencia entre la forma consensual de los esponsales y la consumación propia del matrimonio, redundando después en una intensificación de la condena de las relaciones sexuales mantenidas antes de celebrarse el casamiento. Véase, J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad de la dote: las Leyes de Toro entre derecho común germánico y ius commune*, Madrid, Universidad Complutense, 2004, pp. 338-342.

la honestidad recogidos en el Plan de Código criminal de Lardizábal de 1787[44]. Como también lo corrobora el hecho de que en el Código penal de 1822 se destinase a su tratamiento un capítulo entero, siendo en él definidos de forma genérica como los celebrados sin la concurrencia de aquellas formalidades requeridas por la Iglesia que fuesen reconocidas como esenciales por las leyes civiles. En concreto, se dispone que estos enlaces irregulares serán tenidos por nulos, sufriendo los contrayentes una pena de reclusión de cuatro a seis años, que se extiende a quienes a sabiendas de su ilicitud actuasen como testigos[45], aunque se reducirá a un simple arresto de entre ocho y cuatro meses si, con anterioridad al dictado de la sentencia, el casamiento fuese revalidado con estricta observancia de las debidas solemnidades[46], y a la mitad de la pena ordinaria cuando los incursos en este delito se arrepintiesen y se retrajesen voluntariamente de su matrimonio antes de consumarlo o de iniciar su cohabitación[47]. Las consecuencias penales de la intervención en la constitución de estas uniones con conocimiento de su ilegitimidad alcanzan, además, al vicario, al párroco, al notario o a cualquier otra clase de funcionario público, eclesiástico o civil, que sirviese como oficiante, el cual resultará privado de su función e inhabilitado perpetuamente para su ejercicio, amén de padecer una pena de tres a cinco años de presidio, que se verá incrementada en dos años más si a esta complicidad se sumase el engaño sobre su condición de funcionario público; aumento que también afectará, si bien ahora sólo en un año, a quien conociendo esta ficción se prestase a parti-

44 J. R. Casabó Ruiz, «Los orígenes de la codificación penal en España: el Plan de Código Criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 22, fascículo II (mayo-agosto 1969), 313-342, parte primera, título sexto.

45 *Código penal de 1822*, [552]: "Matrimonios clandestinos son aquellos que se contraen sin las formalidades que ha establecido la Iglesia, y han reconocido o reconocieren en adelante como esenciales y necesarias las leyes del reino; los cuales por lo tanto son nulos, en cuanto a los efectos civiles. El que contrajere algún matrimonio de esta clase, sufrirá una reclusión de cuatro a seis años"; [555]: "Los testigos que a sabiendas concurrieren al propio objeto, sufrirán la misma pena que las personas que contraigan el matrimonio clandestino".

46 *Código penal de 1822*, [553]: "Esta pena se reducirá a un arresto de cuatro a ocho meses, si despues del delito y antes de la sentencia, se contrajere de nuevo o revalidare el matrimonio con todas las formalidades de derecho".

47 *Código penal de 1822*, [560]: "Todo el que habiendo incurrido en el delito de bigamia o de matrimonio clandestino, se arrepintiere y retrajere voluntariamente de él, antes de consumar el matrimonio ilegítimo, ó de cohabitar con el otro contrayente, obtendrá una rebaja de la mitad de la pena que le corresponda con arreglo a los artículos 543, 544, 546, 552 y 553".

cipar como testigo[48]. Y por otra parte, si en la celebración de las nupcias mediase violencia de los contrayentes contra el párroco, o le presentasen por sorpresa testigos prevenidos al efecto, tanto unos como otros serán condenados a prisión o reclusión de cuatro a dieciocho meses, sin perjuicio del castigo adicional que pudiera corresponderles por la virulencia de sus coacciones[49]. Aunque con algunas variaciones reseñables, medidas muy similares se contemplan también en el Proyecto de Código criminal de 1831[50], que es el último en el que se contiene una detallada previsión de

48 *Código penal de 1822*, [554]: "El provisor, vicario, eclesiástico, párroco, notario ó cualquiera otro funcionario público eclesiástico o civil que por razón de su ministerio interviniere á sabiendas en la celebración de algún matrimonio clandestino, será privado de sus destinos y temporalidades, con inhabilitación perpétua de obtener otros, y sufrirá además la pena de tres a cinco años de presidio"; [556]: "Si a la clandestinidad del matrimonio por falta de las formalidades precisas se añadiere para celebrarlo el engaño de suponer funcionario público, eclesiástico o civil al que realmente no lo sea, el autor de la suposición, si fuere de los comprendidos en los artículos 552, 553, 554, sufrirá dos años mas de la respectiva pena que en ellos se señala. Si no lo fuere, será castigado del mismo modo que el que se finja funcionario público con arreglo al artículo 447. A los testigos sabedores de la ficción se les aumentará un año mas de la pena en que incurran por el artículo precedente".

49 *Código penal de 1822,* [559]: "Los que celebraren el matrimonio violentando al párroco, o sorprendiéndole con testigos prevenidos al efecto, serán castigados ellos, y los testigos que a sabiendas concurran á esta sorpresa, con arreglo a los artículos 552, 553 y 555, si el matrimonio fuera nulo por otra causa. Si no lo fuere, se impondrá a unos y otros una prisión o reclusión de cuatro a diez y ocho meses; sin perjuicio en ambos casos de cualquier otra pena que merezca la violencia que se hubiere cometido".

50 En este *Proyecto de Código criminal de 1831* se dedica la sección 7ª del título 5º del libro 2º a la rúbrica: "De los matrimonios clandestinos y contraídos con ilegalidad y violencia", que comprende los artículos [459] a [472]. Las principales novedades que presenta son: la pena por celebrar matrimonios sin respetar las solemnidades prescritas por las leyes civiles y canónicas será de tres a cinco años de obras públicas para los consortes [459], de extrañamiento del reino y pérdida de las temporalidades para el eclesiástico que ordenase o autorizase su realización [461], de la privación del cargo u oficio y el destierro por un período de entre dos y ocho años para el funcionario público que cooperase con su ministerio a su celebración [462], y de dos años de obras públicas a los que ejerciesen como testigos [463]; si los casados de manera clandestina o con otro vicio de forma que causase nulidad se arrepintiesen antes de llegar a cohabitar, reconociendo la nulidad e ineficacia de su unión, su pena se reducirá a uno o dos años de reclusión para el hombre e igual tiempo de encierro en una casa religiosa para la mujer [465]; cuando el matrimonio nulo por su modo de celebración fuese revalidado a instancia de los contrayentes, cuando aún no se hubiese declarado judicialmente su nulidad, éstos sufrirán la pena de seis a diez meses de arresto, que la mujer cumplirá en una casa religiosa, y la multa de dos mil reales vellón". Los artículos [467] a [472] se ocupan de las sanciones aplicables a quienes utilizan la violencia para forzar un matrimonio.

las penas merecidas por este tipo de prácticas contrarias a las reglas canónicas y civiles relativas a las garantías formales de las que deben revestirse los matrimonios, para ser reputados como legítimos.

La cuidadosa atención prestada a estas formas no sacramentales en los citados cuerpos codificados penales debemos ponerla en conexión con el Proyecto de Código civil de 1821, que, además de subrayar su doble carácter como contrato y como sacramento[51], entre los requisitos fijados para la adjudicación de su calificación como tal matrimonio incluía su celebración solemne ante un sacerdote y varios testigos[52]. Mandato que venía reforzado por la exigencia de que todo acto de nacimiento, matrimonio y muerte quedase certificado y autentificado mediante un instrumento público, en el que necesariamente debían intervenir un párroco y dos testigos varones de, al menos, veinte años cumplidos[53]. Aunque la mayor novedad residía en que, buscando probablemente una solución combinada con el modelo laicista francés[54], para que el enlace adquiriese plena validez era indispensable, bajo amenaza de nulidad del enlace religioso, la plasmación del convenio conyugal en un documento declarativo de su voluntad, su edad y la obtención del consejo o la aprobación de sus ma-

51 *Proyecto de Código civil de 1821,* discurso preliminar, p. 19: "La sociedad conyugal es el contrato más noble (…) Santificada como sacramento según los principios de nuestra creencia, ha recibido una mayor solidez y fuerza moral, sin menoscabo alguno de la que le da su primitiva naturaleza de contrato".

52 *Proyecto de código civil de 1821*, [279]: "Para que el matrimonio se entienda contraído legalmente se necesita: 1.º, capacidad de las personas; 2.º, consentimiento de las mismas, expresado con las formalidades que señala la ley; 3.º, su celebración solemne ante el párroco y testigos". M. Peset Reig, «Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil*, 18, fascículo I (enero-marzo 1975), 29-100, pp. 76-77, atribuye a este precepto un indudable origen canónico, que también encuentra presente en los artículos referidos al consentimiento.

53 *Proyecto de código civil de 1821*, [134]: "La ley exige que se extienda instrumento público para la comprobación de todos los actos de nacimiento, matrimonio y muerte"; [136]: "Para la extensión del instrumento de todo acto de nacimiento, matrimonio y muerte, deben intervenir la persona pública que señala la ley, y dos testigos varones de edad de veinte años cumplidos"; [137]: "La ley señala a los párrocos como personas públicas encargadas de autorizar la autenticidad de dichos actos".

54 Así lo sugiere M. Peset Reig, *Análisis y concordancias*, p. 79, que afirma que con toda cautela el proyecto había llegado a una solución intermedia, atraído por el laicismo del *Code*, pero sin atreverse a llevarlo a sus últimas consecuencias. A. Fernández-Coronado, *El proceso de secularización del matrimonio. Una reinterpretación histórica según los presupuestos del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 42 propone también una influencia de las doctrinas del sínodo de Pistoia defendidas por Pothier.

yores, elaborado ante el alcalde y en presencia de un escribano y de dos testigos mayores de veinte años que supiesen leer y escribir[55]. Es decir, era evidente la injerencia del Estado en una esfera antes reservada al derecho canónico, no sólo en el plano normativo, sino en el jurisdiccional, si bien no parece que quepa deducir de ello un propósito de implantación de un sistema obligatorio de matrimonio civil[56].

Actuación ante la jurisdicción civil que también se contemplaba en el Proyecto de Código civil de 1836, en el que, sin embargo, menos progresista que su predecesor, se simplificaba, al convertirse en una mera tramitación, previa a la expedición de la certificación habilitadora para el casamiento ante la autoridad canónica competente[57], siendo su ausen-

55 *Proyecto de código civil de 1821*, [304]: "Para que el convenio de celebrar matrimonio sea solemne, las personas que aspiran a ello deben comparecer a expresar su voluntad y determinación ante el Alcalde del domicilio de la mujer, estando presentes un Escribano y dos testigos varones mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir; acreditarán en el mismo acto documentalmente que tienen la edad prescrita por la ley y que han obtenido o pedido respectivamente la aprobación o el consejo de sus mayores en la manera que dispone la ley (…)"; [307]: "Es nulo el matrimonio que de hecho se celebrare sin haber precedido el consentimiento solemne que dispone la ley en el artículo 304". Esto significaba que la jurisdicción civil era también competente para determinar las causas de nulidad. La doctrina se planteará la contradición existente entre el artículo [306], que señalaba que una vez celebrado el prematrimonio civil los contrayentes "podrán presentarse al Párroco, a fin de que ante él se realice la celebración del matrimonio, previos los requisitos, y con arreglo a las solemnidades que prescribe el ritual de la Iglesia (…)" y el [279], pues parecía abrir la posibilidad de no acudir ante el párroco.

56 A. Fernández-Coronado, *El proceso de secularización*, p. 43, interpreta que el proyecto, simplemente, se hacía eco de las tesis regalistas sobre la separación entre sacramento y contrato, reflejando la pugna entre el liberalismo y la tradicional confesionalidad del Estado.

57 Además de las circunstancias contempladas en el proyecto de 1821, a los novios se les pide declaración de la no existencia de impedimento, o de haber obtenido dispensa que lo salvase. *Proyecto de código civil de 1836*, [151]: "El que intente contraer matrimonio deberá acudir a la jurisdicción civil del domicilio de la mujer con quien aspire a casarse, haciendo constar: 1.º Que tiene al menos dieciocho años cumplidos, y la mujer quince igualmente cumplidos. 2.º Que han obtenido el consentimiento o pedido el consejo de las personas a quienes debe pedirse, según lo prevenido en los artículos 116, 117, 119, 120, o bien presentarán testimonio del auto judicial que haya suplido el consentimiento. 3. º Protestarán que no existe entre ellos ninguna de las causas que impiden la celebración del matrimonio, o justificarán haber obtenido dispensa de las que fueren susceptibles de ella". La tramitación posterior de este expediente se regula en los artículos [152] a [155]. Según el artículo [160]: "Los Vicarios Párrocos u otros eclesiásticos que autoricen matrimonios para los cuales no estuvieren habilitados los contrayentes con el certificado prescrito en el artículo 153, quedarán sujetos a las penas que se designan en el Código penal".

cia determinante, únicamente, de la ineficacia civil del enlace y no de su nulidad, como sucedía respecto a la citada suerte de prematrimonio establecido en el proyecto de 1821. Además, para ser legítimo y producir todos sus efectos civiles el matrimonio continuaba estando supeditado a su realización ante la Iglesia y de conformidad con lo ordenado en el Concilio de Trento[58].

d. Avances en el proceso de secularización del matrimonio

Desaparecida su tipificación como delito en el Código penal de 1848, que ya no combatirá los matrimonios clandestinos, los cuales son declarados ilegales, aunque válidos, pero sí la utilización del engaño, la violencia o la intimidación para hacer intervenir al párroco en los mismos[59], tampoco en el malogrado Proyecto de Código civil de 1851 se les prestará una específica atención. Es cierto que en la base segunda de las aprobadas en marzo de 1844 por la Comisión General de Codificación se señalaba que la ley no reconocería como legítimo ningún matrimonio que no se hubiese celebrado con arreglo a los cánones admitidos en España, con excepción de los contraídos con extranjeros o fuera del país[60]. Pero esta declaración, auténtica asimilación de la legislación canónica en la estatal, después reforzada por la firma del Concordato de 1851, aunque también recogida en el citado proyecto del mismo año[61], apenas demostrará haber hallado eco

58 *Proyecto de código civil de 1836*, [158]: "Para que el matrimonio sea legítimo es necesario que se haya hecho en faz de la Iglesia, conforme a lo dispuesto en el Concilio de Trento. Sólo el matrimonio celebrado en esta forma es válido y capaz de producir todos sus efectos civiles":

59 *Código penal de 1848*, [398]: "(1) El que en un matrimonio ilegal, pero válido, según las disposiciones de la Iglesia, hiciere intervenir al párroco por sorpresa o engaño, será castigado con la pena de prisión correccional. (2) Si le hiciere intervenir con violencia o intimidación, será castigado con la prisión menor".

60 Bases recogidas en J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, pp. 163-165, [Base 2ª]: "La ley no reconoce como legítimo el matrimonio si no está celebrado con arreglo a los cánones admitidos en España o que en adelante se admitieren, sin perjuicio de que se determine lo conveniente sobre los contraídos por extranjeros o por españoles con extranjeros". Una amplia justificación de esta base la ofrecía F. García Goyena, *Concordancias*, apendíce 1º, pp. 281-284.

61 Plasmada en el *Proyecto de Código civil de 1851*, [48]: "El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia católica, admitidos en España". F. García Goyena, *Concordancias,* p. 29-30, sostendrá que esta asimilación de las leyes canónicas no comportaba renuncia a los derechos soberanos del Estado, pues al ser el contrato en

en su articulado[62]. Y respecto a su formalización ante la jurisdicción civil, se prescindía del requisito de la plasmación documental previa, contemplada en los proyectos anteriores, para reclamar únicamente el registro de la partida de matrimonio extendida por el párroco con posterioridad a su celebración[63].

Un nuevo hito en el avance por la senda de la secularización de la institución lo representó la proclamación por la Constitución democrática de 1869 del principio de libertad de cultos, que unida a la disociación del pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos de la religión profesada por cada individuo[64], abrió camino hacia una regulación independiente del matrimonio civil[65], que, sin embargo, no pudo llevarse a cabo sin antes tener que salvar graves dificultades y discrepancias. Problemas que se iniciaron cuando en 1869 el ministro Romero Ortiz

origen anterior al sacramento, únicamente existía una delegación expresa hacia la Iglesia por razones de conveniencia política, que podría ser revocada en cualquier momento.

62 Por ello, las observaciones remitidas respecto al proyecto por el Tribunal de la Rota y los obispos de algunas diócesis insistirían en que por primera vez en la historia de la formación de los códigos se había separado la regulación del matrimonio de las disposiciones canónicas, subrayando, al efecto, la contradicción existente entre lo anunciado en este artículo [48] y el tenor de artículos como el [75], que atribuía las causas del divorcio a los tribunales civiles. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, pp. 248-249.

63 *Proyecto de Código civil de 1851*, libro I, título XII, capítulo IV, "De las partidas de matrimonio", [360]: "Celebrado el matrimonio, se extenderá por el párroco, dentro de las veinticuatro horas inmediatas, la correspondiente partida que expresará: 1.º El día y lugar de la celebración del matrimonio. 2.º Haberse llenado los requisitos establecidos por la Iglesia Católica y por las leyes civiles. 3.º El nombre, apellido, edad, domicilio o residencia de los cónyuges y de sus padres, y los nombres, apellidos, domicilio o residencia de los padrinos"; [361]: "Cuando de un juicio civil o criminal resulte la celebración legal de un matrimonio, que no se hallare registrado, o lo hubiese sido con inexactitud en el libro parroquial, se pondrá en él copia de la ejecutoria, que servirá de prueba del casamiento".

64 *Constitución de 1869* (J. de Esteban, *Las Constituciones de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999), [21]: "(1) La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. (2) El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. (3) Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior". En relación con el [27]: "(1) Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad".

65 De hecho, al amparo del giro revolucionario, algunas Juntas municipales, como la de Reus, llegaron a redactar reglamentos matrimoniales propios, que anticipaban su secularización. Véase, R. Roldán Verdejo, *La Ley de Matrimonio civil de 1870*, pp. 17-19. También, F. Martí Gilabert, *El matrimonio civil en España. Desde la República hasta Franco*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 17-34.

presentó, por su cuenta y sin contar con la Comisión de Codificación, un proyecto incompleto de código civil que, al llegar al capítulo referido a la celebración del matrimonio, afirmaba, con amplia justificación en la exposición de motivos[66], no reconocer otro legítimo que el ajustado a la forma prevenida en su propio texto, donde se hacía depender exclusivamente del contrato realizado ante el oficial del registro civil municipal con participación de dos testigos mayores de edad, que no tuviesen limitado el disfrute de sus derechos[67]. Retirado, no obstante, el proyecto, sin ni siquiera pasar a informe de la Comisión[68], a ésta se la encomendó la tarea de emprender la redacción de una propuesta reguladora del matrimonio civil, lo que generó fuertes disensiones en su seno y la creación alternativa de una Comisión de Legislación, que tampoco llegaría a asumir este cometido, completado, al final, por otra Comisión especial, cuyos trabajos posibilitaron la aparición de la conocida Ley de Matrimonio civil de 1870[69].

66 *Proyecto de Ley del libro primero del Código civil de 1869*, [61]: "La ley no reconoce como matrimonio legítimo más que el celebrado en la forma prevenida en el presente Código". La justificación de esta solución la ofrecía Romero Ortiz en la exposición de motivos de su proyecto: "El fundamento de la vida de la familia estriba en la naturaleza racional del hombre, en las tendencias que le identifican, pudiendo hermanar el contraste de la naturaleza sexual para constituir un hombre superior destinado al cumplimiento solidario de todos los fines humanos. Declarado el principio de la libertad religiosa, la determinación legal de semejante unión no puede abandonarse al absoluto criterio religioso en cualquiera de sus manifestaciones. Debe buscarse un criterio legal común que haga conocer a las personas según su estado y que deje a la propia convicción elevar a realidad sagrada aquel acto, adoptando para la vida de humana sociedad una base que comprenda al hombre como igual en las condiciones de vida civil, sin limitarle su libertad para adquirir derechos religiosos tal y como su conciencia le dicta en libre vocación"; pero el tránsito debería rodearse de las debidas cautelas: "Hay más. La totalidad de los matrimonios contraídos en España tiene el carácter y dignidad de sacramento (…) El tránsito de un sistema a otro necesita hacerse con una prudencia tal, que en nombre de la libertad no se usurpen atribuciones esenciales a la Iglesia católica ni a ninguna otra religión, y en nombre del espíritu religioso no se dé causa a intranquilidad en las familias, a quejas y protestas, con las cuales pudiera entorpecerse o retrasarse la aclimatación de la plena vida civil conforme al criterio racional, sin intrusarse en el vedado santuario de la conciencia". J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, II, pp. 499 y 500 respectivamente.

67 El procedimiento era el desarrollado en los artículos [62] a [74].

68 Según F. Martí Gilabert, *El matrimonio civil,* p. 45, la retirada del proyecto se debió a que el nuevo ministro de Gracia y Justicia, Martín de Herrera, era enemigo del matrimonio civil.

69 Sobre los antecedentes, la elaboración y la discusión de la ley hasta su aprobación, véase R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil de 1870*, pp. 13-39, y F. Martí Gilabert, *El matrimonio civil*, 35-127.

La novedad principal de esta ley no residía, sin embargo, en el contenido de sus artículos, ya que, básicamente, comportaban la traslación al ámbito civil de las reglas hasta entonces vigentes en la legislación canónica, sino que descansaba, precisamente, en la intervención del Estado en una materia que había estado secularmente reservada a la Iglesia Católica[70]. Un giro decisivo que representaba una respuesta directa al dictado constitucional liberalizador en materia religiosa, sin perjuicio del compromiso adquirido, de índole primordialmente económica[71], de mantener el culto y los ministros de la religión católica. Pero necesitaba encontrar fundamentos jurídicos más sólidos, lo que inevitablemente condujo a un intenso debate, impregnado también de connotaciones teológicas, en el que entrarían en colisión la supuesta integración del elemento contractual del matrimonio en su absorbente naturaleza sacramental, sostenida desde las posiciones eclesiásticas[72], y la tesis opuesta, defensora de la permanencia de la separación entre ambas esferas como justificación

70 Para salvar esta intromisión, algunas de las enmiendas dirigidas contra el proyecto abogarán por un mantenimiento de la vigencia para los contrayentes católicos del sistema tradicional, con la plenitud de sus efectos civiles. Principio que es visible en la enmienda a la totalidad presentada en la sesión del 29 de abril de 1870 por Moreno Nieto, en la que, implícitamente, se pedía que la futura ley fuese de aplicación sólo para los no católicos. Más transigente, en la de Martín de Herrera, defendida en la sesión del 3 de mayo, ya se aceptaba el matrimonio civil para los no católicos, pero profesantes de otras religiones: "Los católicos celebrarán su matrimonio en la forma establecida por la Iglesia católica. Los que no profesasen la religión católica, lo verificarán en la que dispone la presente ley". Finalmente, más conciliadora aún, en la presentada por Romero Robledo el 5 de mayo se partía de una regla menos categórica: "Los españoles católicos podrán celebrar el matrimonio en la forma establecida por la Iglesia Católica", es decir que se les dejaba la opción de acogerse al matrimonio civil. Acerca de estas tres enmiendas, R. Roldán Verdejo, *La Ley de Matrimonio civil*, pp. 197-213. Su texto en pp. 380-384. También F. Martí Gilabert, *El matrimonio civil,* pp. 89-100.

71 A. Fernández-Coronado, *El proceso de secularización*, p. 55 y nota 159, en remisión a otros autores.

72 Aunque algunos autores pretenden situar sus raíces en la Epístola a los Efesios de San Pablo, la teoría sacramental es creación de la escolástica, consolidándose a partir del siglo XII, tanto entre los canonistas, que elaboran la tesis de la unión carnal, plasmada en el *Decreto* de Graciano, como entre los teólogos de la escuela de París, con su principal reflejo en las *Sentencias* de Pedro Lombardo. Asentada esta visión durante siglos, su mayor cuestionamiento vendrá con la Reforma, personificada en Erasmo y Lutero y su doctrina de la justificación por la fe, que despojaba a los sacramentos de su condición de medios de transmisión de la gracia, con su corolario: la definición del matrimonio como un simple contrato civil. La respuesta de la Iglesia, formulada en Trento, será contundente: la distinción entre contrato y sacramento es sólo conceptual, pero no tiene sustancia real alguna. No obstante, en el propio concilio se oirán voces discordantes, como la de Mel-

de la competencia del Estado para legislar sobre la institución en cuanto contrato[73]. Planteamientos enfrentados que también aflorarán en la discusión parlamentaria de la ley, en cuyo transcurso los partidarios de su aprobación, lejos de negar su componente sacramental, afirmarían la coexistencia de una dualidad de factores diferentes y compatibles. Por ello, se permitía la celebración del matrimonio religioso, antes, después o simultáneamente a la del enlace civil[74], con la única salvedad de que ésta última forma se requería como indispensable para que la unión surtiese efectos legales[75]. Sin embargo, tampoco se daba el paso de declarar la nulidad absoluta de las efectuadas con sujeción a las solemnidades

chor Cano, por lo que la discusión distaba de estar cerrada. R. Roldán Verdejo, *La Ley de Matrimonio civil*, pp. 75-80.

73 De la defensa de este planteamiento se encargó el propio ministro Ruiz Zorrilla al presentar el proyecto: "(…) Este acto, que es anterior a la existencia de las religiones positivas y es por su naturaleza un contrato, es también entre los cristianos un Sacramento; y por más que en otro tiempo éste se haya considerado como lo principal y aquél como lo accesorio, es evidente que cabe la completa separación de instituciones y que mientras los cánones de la Iglesia católica regulan la institución del matrimonio según estiman más conveniente para los altos fines morales y religiosos, también la potestad civil puede legalmente establecer reglas de las cuales dependan los efectos civiles y políticos de aquel acto (…)". *Diario de sesiones*, 17 de diciembre de 1869, t. 7, apéndice 1º al nº. 185, p. 2.

74 *Ley de Matrimonio civil de 1870* (cito por R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil*, pp. 361-379), [34]: "Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil". En la misma línea, en el extenso preámbulo de la ley (R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil*, pp. 321-360), p. 323, se recordaba como: "(…) las Cortes Constituyentes al consignar este precioso derecho en la ley fundamental del Estado, vinieron a destruir por su base la legislación matrimonial de los tres últimos siglos, que se apoyaba en el principio de que el sacramento había atraído a sí el contrato"; en la p. 344, se añadía: "La libertad de conciencia así lo exige, porque otra cosa sería la tiránica invasión del Estado en el orden espiritual y religioso. Y a su vez la Iglesia tiene un sagrado derecho a que no se cercene su acción en la esfera que le es propia, como se limitaría si la ley civil privase al ciudadano de la libertad necesaria para el cumplimiento de sus deberes religiosos".

75 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [2]: "El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y los bienes de los cónyuges y de sus descendientes". Como señala R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil*, p. 81, hay que destacar que, implícitamente, el enunciado de este precepto está reconociendo la celebración de matrimonios religiosos, lo que contrasta con su radical exclusión en el artículo [61] del proyecto de Romero Ortiz, o en la Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932 (R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil*, pp. 446-447), [1]: "A partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo 3.º del título 4.º del Libro 1.º del Código Civil (…)". Roldán resume este debate en las pp. 80-88 y pp. 149-151.

canónicas[76], porque razones de oportunidad política desaconsejaban tomar una delicada medida que, realmente, hubiese apuntalado la secularización de la institución. Asunto, muy controvertido lo fue, también, la pretensión de la Iglesia de seguir ejerciendo su jurisdicción exclusiva sobre el matrimonio, al menos, en tres puntos esenciales: requisitos e impedimentos, celebración y nulidad y divorcio. Frente a lo que, entre otros argumentos, se alegó que la presencia exigida en Trento del párroco y los testigos no tenía una índole dogmática, sino puramente disciplinaria, por lo que no cabía subordinar la eficacia del enlace a la asistencia del sacerdote[77]. Por tanto, dada la doble esencia de la institución, lo procedente sería asegurar la pacífica convivencia entre la legitimidad de la legislación religiosa que la consagra y la del Estado que la regula y la protege[78]. Otra modificación importante introducida por la ley respecto a proyectos anteriores lo fue, además, la atribución de la competencia para la conducción del acto del casamiento en sustitución del párroco, no a un funcionario administrativo, sino al juez municipal del domicilio o residencia de los contrayentes, persistiendo, no obstante, la exigencia de la comparecencia de dos testigos mayores de edad[79].

76 En el propio preámbulo, p. 328, esta decisión se justificaba porque ello equivaldría a reducirlos a la categoría del concubinato, lo que indudablemente generaría una gran alarma social.

77 Así lo sostuvo E. Montero Ríos, *Diario de Sesiones*, núm. 269, p. 7565. Véase R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil*, p. 96.

78 Esto mismo se afirma en el mencionado preámbulo, p. 321: "El matrimonio es la base de todas las instituciones humanas y el elemento generador de la sociedad misma. Sin matrimonio no hay familia, sin familia la sociedad no existe [.] El matrimonio es también una institución religiosa (…) Este doble carácter del matrimonio explica satisfactoriamente porqué aparece siempre en la vida de los pueblos como una institución doblemente sagrada, que concurren a solemnizar las prácticas religiosas y la sanción civil [.] En este doble carácter del matrimonio descansa como firmísima base la legitimidad de la legislación religiosa que lo consagra, y la de la legislación del Estado que los regulariza y protege (…)". La postura adoptada por los redactores de la ley, fue secundada por varios de sus comentaristas. Es el caso de Cirilo Álvarez, «El matrimonio civil», en *RGLJ*, 38 (1871), 427-438, o de P. González de Alba, «Estudios sobre la Ley provisional del Matrimonio Civil», en *RGLJ,* 44 (1874), 233-240, que alababa la moderación de la ley, al haberse limitado a negar efectos civiles al matrimonio canónico, estimando justo privar de sus beneficios a los que voluntariamente habían prescindido de su observancia. Los juicios fueron contrarios, sin embargo, por parte de autores posteriores como Federico de Castro y Bravo, *Derecho Civil de España*, I, *Parte general*, Madrid, Gráficas González, 1955, p. 213, que la tachaba de sectaria por su imposición del matrimonio civil a los católicos.

79 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [28]: "El matrimonio se celebrará ante el juez municipal competente y dos testigos mayores de edad"; [29]: "(1) Es Juez municipal

Una vez cancelada la experiencia del sexenio democrático, las cosas retornarían pronto a su cauce tradicional con un Decreto de 9 de febrero de 1875[80], por el que, atendiendo a las presiones vaticanas, y deseando una disminución del distanciamiento con la Iglesia provocado por la ley, el primer gobierno de la Restauración restablecería la plena vigencia del matrimonio canónico, al tiempo que se reconocían con carácter retroactivo los efectos civiles de los que habían sido efectuados desde la entrada en vigor de la ley, en 1870[81]. Con todo, el matrimonio civil seguía considerándose válido, pero sólo para quienes no pudiesen celebrar el eclesiástico, tal como confirmaría otra Orden del 27 de febrero, al disponer que los jueces municipales únicamente podrían autorizar el contraído por aquellas parejas que ostensiblemente manifestaran no abrazar la región católica[82]. Esta caída en la pendiente de retroceso de la secularización hallará contundente plasmación, poco después, en la vuelta a la confesionalidad expresa del Estado, consagrada en la Constitución de 1876[83].

Mostrándose evidente, no obstante, la inconveniencia de conducir la pugna entre ambos modelos matrimoniales hacia soluciones mutua-

competente para autorizar el matrimonio el del domicilio o residencia de los contrayentes, o de cualquiera de ellos, a elección de los mismos". Sin embargo, este cambio respecto al fallido proyecto de Romero Ortiz bien podría explicarse simplemente en función de a quién le corresponde la gestión del Registro Civil.

80 *Decreto de 9 de febrero de 1875 por el que se deroga, en parte, la ley de matrimonio civil de 1870*. Gaceta de Madrid del 10 de febrero de 1875. También publicado en R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil*, pp. 434-438. El único capítulo de la ley que mantuvo su vigencia fue el 5.º, referido a los efectos del matrimonio respecto de las personas y bienes de los cónyuges y descendientes, que sirvió de base al Código civil.

81 La motivación latente en este decreto no estaría, según A. Fernández-Coronado, *El proceso de secularización*, pp. 62-64, en un rechazo general de la población a la Ley de 1870, como se ha pretendido, sino en la confluencia de varios factores: unos de carácter político, como la restauración de la monarquía y de la confesionalidad el Estado; otros de naturaleza temporal, ligados a la corta vigencia de la ley, que hizo imposible la adecuación de una larga tradición confesional a los postulados liberales; y principalmente, en la falta de decisión de los mentores de la secularización para romper vínculos con la Iglesia y con el pasado.

82 No obstante, según noticia proporcionada por F. Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil,* I, p. 474, el hecho de no haber sido publicada en la Gaceta hizo que esta orden fuese tachada de inconstitucional en el Parlamento.

83 *Constitución de 1876,* [11]: "(1) La religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. (2) Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. (3) No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado".

mente excluyentes, la tercera de las bases integrantes del Proyecto de Ley de 1881 admitía sin distinciones la validez de los matrimonios celebrados con arreglo a las disposiciones conciliares de Trento, de los civiles ajustados a lo establecido en el futuro Código y de los realizados por españoles en el extranjero con observancia de las leyes vigentes en el país[84]. Principio conciliador vertido después en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, en cuya Exposición a las Cortes se aducía como intención a la hora de regular el matrimonio la de respetar y acatar "el sentimiento religioso y las tradiciones católicas de la Nación española, sin desatender los derechos que al Estado asisten para conocer la situación legal de los contrayentes"[85]. Un espíritu que también estaba presente en el Proyecto de Ley de Bases de 1885, en el que expresamente se anunciaba la pretensión de armonizar los principios y disposiciones contenidos en la Ley de Matrimonio civil con el citado decreto derogatorio de 9 de febrero de 1875[86]. Por lo demás, para la formalización del matrimonio civil únicamente se

84 *Proyecto de Ley de Bases de 22 de octubre de 1881,* [Base 3ª]: "Será válido: A) El matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento. B) El matrimonio civil celebrado en España con arreglo a las disposiciones del nuevo Código. C) El matrimonio contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes donde tuviere lugar su celebración (...)". J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, p. 393.

85 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, Exposición a las Cortes, p. 93. La citada base 3ª aparecía reproducida en el artículo [30].

86 *Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885*, [Base III]: "La institución del matrimonio en sus formas, requisitos, modos de prueba, derechos y obligaciones entre marido y mujer, capacidad jurídica de los contrayentes, paternidad y filiación, efectos del contrato respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, patria potestad, nulidad del vínculo y divorcio, se ajustará en sus principios y disposiciones esenciales al estado legal, creado por virtud de la aplicación del R. D. de 9 de febrero de 1875 y la Ley de 18 de junio de 1870, armonizando los principios en que una y otra disposición se inspiran y manteniendo como criterio en la solución de las dudas que ha suscitado la experiencia, el respeto estricto a la jurisdicción y doctrina de la Iglesia, sobre los españoles que profesan la religión católica y al derecho constitucional de los que al amparo de la tolerancia religiosa deseen constituir consorcio perpetuo y familia legítima sin la santificación del sacramento". En la discusión del proyecto, destaca la enmienda presentada por Cayo López, quien calificando la base de retrógrada, insistiendo en el carácter temporal de la materia del contrato y reduciendo la efectividad del elemento sacramental a los cristianos, proponía que la autoridad eclesiástica se limitase a otorgar su bendición y a recomendar a los contrayentes la observancia de los requisitos legales. De rebatirla se encargó B. Gutiérrez, con apoyo de Fabié, alineándose a favor de las tesis de López el senador Fuente Alcazar. Describe en detalle este debate, en el que participaron otros senadores, J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, pp. 450-453.

hacía precisa la presentación ante el juez municipal de una declaración firmada por ambos contrayentes, en la que constasen sus nombres, apellidos, edad, profesión y domicilio, así como los de sus padres, acompañada de las respectivas partidas de nacimiento y de estado, la licencia o consejo que procediese y la dispensa cuando fuese necesaria[87].

El momento culminante de este progresivo avance hacia la adopción de una solución transaccional acontecerá con el nuevo Proyecto de Ley de Bases del Código civil, de 11 de mayo de 1888, en el que, diciéndose buscar la concertación entre la libertad de conciencia profesada por la escuela liberal y las arraigadas convicciones religiosas de la mayoría de los españoles, se reformaba la base tercera para consagrar la coexistencia de dos formas matrimoniales[88]: la civil, ajustada a las reglas que fuesen fijadas en el código en consonancia con lo prescrito en la Constitución del Estado; y la canónica, reservada a los profesantes de la religión católica, que surtiría plenos efectos civiles cuando se celebrase de conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica admitidas en el reino en virtud de la citada Real cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564, debiendo contar con la asistencia del juez municipal u otro funcionario, aunque con el exclusivo propósito de verificar la inmediata inscripción del casamiento en el Registro civil[89].

87 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [66]: "(1) Los que pretendieren contraer matrimonio en la forma señalada en este Código presentarán al Juez municipal de su domicilio una declaración firmada por ambos contrayentes en que consten: 1.º Los nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio o residencia de los contrayentes. 2.º Los nombres, apellidos, profesión, domicilio o residencia de los padres. (2) Acompañarán a esta declaración la partida de nacimiento y de estado de los contrayentes, la licencia o consejo si procediere, y la dispensa cuando sea necesaria". En los artículos [67] a [81] se desarrolla con detalle todo el procedimiento de la celebración.

88 Para llegar a esta fórmula conciliadora, el ministro de Justicia, M. Alonso Martínez, protagonizaría una ardua negociación no oficial con el Nuncio apostólico de la Santa Sede, obteniendo, finalmente, la aprobación de León XIII.

89 *Proyecto de Ley de Bases del Código civil de 1888*, [Base 3ª]. "(1) Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado. (2) El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica, admitidas en el Reino por la ley 13, título 1º, libro 1º, de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro civil". Sobre esta última acotación se pronunciaría más tarde Durán y Bas con ocasión de

Una fórmula conciliadora que, desarrollando la citada base, cristalizará en el texto definitivo del Código civil[90], en el que, a diferencia del Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, que únicamente se detenía en la regulación, eso sí, muy minuciosa, del matrimonio civil[91], también se dedican varios preceptos a la delimitación de los requisitos, formas y solemnidades de imprescindible observancia en los matrimonios canónicos, declarando su sujeción a las disposiciones de la Iglesia católica y del Concilio de Trento admitidas en el ordenamiento español, adjudicando a los mismos plenos efectos civiles respecto a las personas y los bienes de los cónyuges y de sus descendientes, y reiterando la exigencia de la presencia del juez municipal u otro funcionario público en el acto de su celebración, que a tal fin deberá ser anunciada por escrito con veinticuatro horas de anticipación, con el objeto de asegurar que se procede a su anotación registral, previéndose, además, los medios de subsanación del incumplimiento de esta condición y la sanción pertinente en el caso de que éste fuese imputable al representante del Estado encargado de supervisar el casamiento[92]. Es

la discusión del Código en el Congreso, precisando que la subordinación de sus efectos a la citada inscripción supondría menoscabar la intención de la propia base de otorgar efectos civiles al matrimonio canónico. A su vez, Silvela insistió en la inconveniencia de esta separación, recordando que un estimable porcentaje de estos matrimonios no llegaban a inscribirse. En la redacción inicial se incluía un tercer párrafo, relativo a la celebración del matrimonio en el extranjero, que fue suprimido por la Comisión, según algunas opiniones, que fueron rebatidas por ésta, cediendo a las presiones de la curia romana. Sobre la interesante discusión sobre esta controvertida base, véase J. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, pp. 526-533, y la referencia a los comentarios de Durán y Bas y de Silvela en p. 599 y p. 601, respectivamente.

90 *Código civil, edición de 1888*, [42]: "La ley reconoce dos formas de matrimonio: 1º, el canónico que deben contraer todos los que profesen la Religión católica; y 2º, el civil, que se celebrará del modo que determina este Código". En el *Código civil, edición reformada de 1889,* [42], sólo varía la supresión de los ordinales.

91 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [66] a [81]. *Código civil, edición de 1888* y *edición reformada de 1889,* [86] a [100].

92 *Código civil, edición reformada de 1889*, [75]: "Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino"; [76]: "El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes"; [77]: "(1) Al acto de la celebración del matrimonio canónico asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil. Con este objeto, los contrayentes están obligados a poner por escrito en conocimiento del Juzgado municipal respectivo, con veinticuatro horas de anticipación por lo menos, el día, hora y sitio en que debe celebrarse

digno de reseña, no obstante, que, si no al clandestino realizado a espaldas de la legislación canónica, que ya había dejado de aparecer en proyectos anteriores, sí se atribuye validez civil al matrimonio secreto de conciencia, efectuado ante la iglesia, a partir de que éste cobrase publicidad mediante su anotación en el Registro, o desde su misma realización, cuando los contrayentes pidiesen al Obispado que lo hubiese autorizado un traslado de la partida consignada en su propio registro, y la remitiesen al órgano civil, solicitando su sometimiento a dicho trámite de inscripción[93].

el matrimonio «incurriendo, si no lo hicieren, en una multa de 5 a 80 pesetas» (la frase entrecomillada no aparece en la edición de 1888) . El Juez municipal dará recibo de haber cumplido los contrayentes con este requisito. Si se negare a darlo, incurrirá en una multa que no bajara de 20 pesetas ni excederá de 100. (2) No se procederá a la celebración del matrimonio «canónico» (la palabra entrecomillada no figura en la edición de 1888) sin la presentación de dicho recibo al Cura párroco. (3) Si el matrimonio se celebrase sin la concurrencia del Juez municipal o su delegado, a pesar de haberle avisado, los contrayentes, se hará a costa de aquél la transcripción de la partida del matrimonio canónico al Registro civil, pagando además una multa que no bajará de 20 pesetas ni excederá de 100. En este caso, el matrimonio canónico producirá todos sus efectos civiles desdeel instante de su celebración. (4) Si la culpa fuere de los contrayentes por no haber dado aviso al Juez municipal, podrán aquellos subsanar la falta solicitando la inscripción del matrimonio en el Registro civil (en la edición de 1888, la frase continuaba «sin perjuicio de la pena en que hubieran incurrido»). En este caso no producirá efectos civiles el matrimonio mientras no se inscriba en el Registro civil". Según M. Falcón, *Código civil español*, I, pp. 102-103, con esta fórmula, que califica como transaccional, se había puesto término a la cuestión pendiente con la Santa Sede, que tanto había retrasado los trabajos legislativos de la codificación civil.

93 *Código civil, edición reformada de 1889*, [79]: "(1) El matrimonio secreto de conciencia, celebrado ante la iglesia, no está sujeto a ninguna formalidad en el orden civil, ni producirá efectos civiles sino desde que se publique mediante su inscripción en el Registro. (2) Este matrimonio producirá, sin embargo, efectos civiles desde su celebración, si ambos contrayentes, de común acuerdo, solicitan del Obispo que lo haya autorizado un traslado de la partida consignada en el registro secreto del Obispado, y la remitieren directamente y con la conveniente reserva a la Dirección general del Registro civil, solicitando su inscripción. Al efecto la Dirección general llevará un registro especial y secreto con las precauciones necesarias para que no se conozca el contenido de estas inscripciones hasta que los interesados soliciten darles publicidad, trasladándolas al Registro municipal de sus domicilio". Estos matrimonios secretos, que no clandestinos, aparecidos a partir de las exigencias formales establecidas en Trento, habían sido reconocidos como válidos por una bula de Benedicto XIV de 1741, y requerían la dispensa de las amonestaciones otorgada por el obispo, y el respeto del secreto por parte del sacerdote celebrante y los dos testigos. A. Esmein, *Mariage*, II, pp. 225-228.

3. La falta de consentimiento para el matrimonio como causa de desheredación

a. La pena de separación de la herencia por ausencia del consentimiento en la tradición jurídica medieval y en la ley 49 de Toro

En otro orden de problemas, al presentar el incumplimiento de los requisitos de publicidad del matrimonio como causa justa de desheredación de las hijas por su padre, o a falta suya por su madre –pero solamente por ellos dos–, la ley 49 de Toro estaba conectando esta conducta con el delito de omisión del consentimiento familiar[94], que, unido a la condena del rapto, tan rico juego normativo, con análogos efectos de pérdida de los derechos hereditarios, había dado ya en muchos fueros municipales[95] y en las principales redacciones del derecho territorial castellano[96], mereciendo también un importante tratamiento en los principales cuerpos de legisla-

94 Asimilación que ya había aparecido en las Ordenanzas de la Orden de Santiago de 1440, 1, 27. Citado por Rafael Gibert, «El consentimiento familiar en el matrimonio según el derecho medieval español (notas para su estudio)», en *AHDE*, 18 (1947), 706-761, pp. 745-746 y nota 71.

95 Coincidiendo todos ellos en imponer esta pena, no me detendré en el análisis de sus peculiaridades, que puede seguirse en R. Gibert, *El consentimiento familiar*, pp. 733-739 y 747-750.

96 *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 5, 1]: "Sy alguna mançeba en cabellos casa sin voluntad de sus parientes o de sus çercanos hermanos, casare co algún omne, o se ayuntare con él por qualquier ayuntamiento, pesando a sus parientes más propincos o a sus çercanos cormanos que non aya parte en lo de su padre nin en lo de la madre, sea enagenada de todo heredamiento por siempre"; [5, 5, 2]: "Esto es por Fuero de Castiella.- Que sy alguna mançeba en cavello se casa o se va con algún omne, sy non fuere con plazer de su padre o de su madre, sy lo oviere, o con plazer de sus hermanos, sy los ouiere, o con plazer de sus parientes, los más çercanos, deve ser deseredada, e puédela deseredar o heredar el hermano mayor, sy hermanos oviere (…)". *Libro de los Fueros de Castiella* , [1]: "Título del privilegio de los huerfanos que dio el Rey Don Ferrando al conçejo de Burgos.- (…) Et establesco e do por fuero que si alguna mançeba sin voluntad de sus parientes o de sus çercanos cormannos, casare con algún varón o se aiuntare con él por qual quier aiuntamiento pesando a los mas de los parientes o a sus çercanos cormannos, non aya parte en lo de su padre nin de su madre, e sea enagenada de todo derecho heredamiento por siempre (…)"; [183]: "Título de la duenna en cabellos que se casa o se va con alguno sin plazer de sus parientes.- Esto es por fuero de Castiella: Que si una muger en cabellos se casa o se va con algún omne, si non fuere con plazer de su padre, si lo oviere, o con plazer de sus hermanos, si los oviere, o con plazer de sus parientes, los mas çercanos, deve ser deseredada, et puédela deseredar o heredar el mayor hermano, si hermanos oviere".

ción regia. Incluido, allí donde fue concedido como instrumento de la política de unificación jurídica iniciada por Fernando III, el Fuero Juzgo[97], que conserva vivas viejas soluciones visigodas, que asimismo van a aflorar corregidas en el Fuero Real, en el que se mantendrá la pena tradicional de la separación de la herencia de la hija que ignorase la voluntad del padre, o en su defecto de la madre –aunque éstos podrían perdonarla[98]–, o en ausencia de ambos, de los hermanos o los parientes que la tuvieran en guarda[99]. Ahora bien, si sospechase que sus hermanos rechazaban a sus pretendientes con intención de apropiarse de sus cosas o de provocar sus desheredación por casarse sin su permiso, la doncella quedaba libre de realizar su propia elección, a la que aquéllos no podrían oponerse, salvo cuando constase su enemistad hacia el candidato o cuando éste les hubiese inferido alguna ofensa, pudiendo, no obstante, ser excluida de la herencia paterna y materna si el novio escogido no fuese estimado conveniente para ella o para su linaje[100]. De la necesidad de la licencia resultaban, sin

97 *Fuero Juzgo* (cito por *Fuero Juzgo ó Libro de los Jueces. Cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española*, Madrid, Ibarra, 1815, edición facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1990), [3, 1, 2]: "Si alguno desposar la manceba de voluntad de su padre, é la manceba contra voluntad de su padre quisiere casar con otro, é non con aquel a quien la prometió su padre, aquesto non lo sofrimos por nenguna manera que ella lo pueda fazer. Onde si la manceba contra la voluntad del padre quisiere casar con otro, que ella cobdicia por ventura, y él la osar tomar por mugier, ambos sean metidos en poder daquel con que la desposaran de la voluntad de su padre (...) Y esta ley mandamos guardar otrosí, si el padre de la manceba fiziere el casamiento, é pleytare las arras, é despues se passare el padre ante quel fiziesse las bodas, la manceba sea rendida a áquel que la prometira el padre ó la madre".

98 Si sólo uno de los progenitores la perdonase, podría participar en su sucesión, pero no en la del otro, mientras que si uno de ellos hubiese muerto y el otro la perdonase tendría derecho a heredar a los dos. *Fuero Real*, [3, 1, 5]: "Si la mançeba de cabellos casare sin consentimiento de su padre o de su madre, non parta con sus hermanos en la buena del padre nin de la madre, fueras ende si el padre o la madre la perdonaren; o si el uno la perdonare e el otro non seyendo amos uiuos, aya su parte en la buena daquel que la perdonó. E si el uno fuer uiuo e el otro non al tiempo que casare aquel que es uiuo la perdonare, parta en los bienes damos a dos".

99 Se deduce del precepto que trata de disuadir al pretendiente de realizar el casamiento sin contar con el consentimiento parental, *Fuero Real*, [3, 1, 14]: "Ninguno non sea osado de casar con mançeba en cabellos sin plazer de su padre o de su madre si los ouiere, si non, de los hermanos o de los parientes que la touieren en poder; e aquel que lo fiziere, peche C morabedís; la meetat al rey e la meetat al padre o a la madre si los ouiere, si non, a quien la tiene en poder, e sea enemigo de los parientes".

100 *Fuero Real*, [3, 1, 2]: "Si el padre o la madre dalguna mugier que sea en cabellos muriere, e alguno la pidiere pora casamiento a sus hermanos e fuere tal que la mugier e los hermanos sean entregados en él, e por malquerencia o por cobdicia de tener los suyo

embargo, eximidas la viuda, la soltera que hubiese cumplido ya los treinta años y la mujer que hubiese participado de una unión no legítima con anterioridad [101].

Menos explicitas son en este tema las Partidas, que, aunque niegan a los padres la facultad de apremiar a las hijas para la celebración de esponsales concertados sin su conocimiento o contra su deseo, autorizan al padre para que las desherede cuando, siendo el acuerdo favorable a sus intereses, éstas le desobedeciesen[102]. Al igual que se proscriben los matri-

o por deseredarla, si casase sin su mandado, non la quisieren casar e ella entendiendo este enganno e affrontándogelo casare con él o con otro que conuenga a ella o a sus parientes, los hermanos non la puedan deseredar por tal razón, fueras si aquel con qui casó era enemigo de sus hermanos o les auíe fecho alguna fonta; ca por tal cosa como esta, maguer sea de tan buen derecho como ellos, non es derecho que case conél, e si lo fiziere sea deseredada de la buena de su padre e de su madre. E si ella casare con alguno que non sea conuenible pora ella e pora su linage o se fuere con alguno de manera que sea a fonta della e de su linage, sea otrosí deseredada de lo que ouo o deuíe auer de la buena de su padre e de su madre. Empero maguer que faga contra alguna cosa destas que son sobredichas, non pierda so derecho del heredamiento quel uiniere dotra parte, quier de sus hermanos quier dotros estrannos".

101 *Fuero Real*, [3, 1, 4]: "Toda mugier bibda maguer que aya padre o madre pueda casar sin su mandado dellos si quisiere e non aya pena por ende"; [3, 1, 6]: "Si el padre o la madre o hermanos o otros parientes touieren en su poder mançeba en cabellos e non la casaren fata XXV annos e ella después casare sin su mandado, non aya pena por ende casando ella con omne quel conuiene"; [3, 1, 3]: "Si alguna mugier bibda o que aya auido sennor o amigo casare después de muerte de su padre o de su madre sin uoluntat de sus hermanos, non sea deserredada por ello, ca pues quel sopieron aquel yerro e ge lo suffrieren non es razón que por el casamiento la deuan deseredar".

102 *Partidas*, [IV, I, X]: "Que los padres no pueden desposar sus fijas non estando ellas delante o non lo otorgando. Prometiendo o jurando vn ome a otro, que rescibira vna desus fijas por muger por tales palabras como estas, non se fazen las desposajas, porque ninguna delas fijas, non estan delante, nin sienten enel señaladamente como en el marido nin el enella. E esto es, porque bien assi, como el matrimonio, non sepuede fazer por vno solo, otrosi nin las desposajas. Ca el matrimonio, a menester que sean presentes aquellos, que lo quieren fazer, e que consienta el vno, en el otro. O que sean otros dos que lo fagan por su mandado e si el padre jurasse, o prometiesse a aquel, quel auia jurado a el, que rescibira vna de sus fijas, que gela daría por muger, si despues, ninguna desus fijas non lo otorgasse, nin quisiesse consentir en aquel a quien auia jurado su padre, por tal razon non las puede el apremiar, que lo fagan de todo entodo, como quier que les pueda dezir palabras de castigo que lo otorguen. Pero si aquel, con quien el padre quiere casar alguna dellas, fuesse atal que conuiniesse, e que seria assaz bien casada con el, maguer que la non puede apremiar, que cumpla loque el auia prometido, puede la deseredar, porque non agradesce asu padre, el bien quel fizo, e fazele pesar non le obedesciendo. E esto se entiende, si despues desto, se casare ella con otro, contra voluntad desu padre, o si fiziesse maldad de su cuerpo". Esta última frase plantea, sin embargo, la duda de si se está poniendo

monios realizados con ignorancia de los parientes, si bien las atribuciones correctoras de éstos no recaen sobre la contraventora de esta regla, sino sobre la persona y los bienes del esposo, quien al menos ahora, frente al rigor represivo de textos precedentes, en los que aún se amparaba el principio de reparación privada en virtud de la declaración de enemistad, obtiene garantías frente al riesgo de que los familiares despechados atenten contra su vida o su integridad física[103].

La consecuencia primordial de la ley 49 de Toro en esta materia consistirá, por tanto, en desligar definitivamente la elección matrimonial de la mujer que ha quedado huérfana del control de sus hermanos, al retirarles la capacidad de desheredarla, incluso en los supuestos admitidos en el Fuero Real. Un giro que, a tenor de la petición de restauración del derecho anterior elevada, y atendida, por Juan II[104], en las Cortes de Oca-

una condición para la desheredación, o si esta cabe, además de cuando haya desobediencia, en estos otros dos supuestos.

103 *Partidas*, [IV, III, V]: "Que pena establecio el Rey, contra aquellos que casan con algunas mugeres a furto, sin sabiduría de los parientes dellas.- El casamiento es tan santa cosa, e tan buena, que siempre deue del nacer bien, e amor entre los omes, enon mal, nin enemistad. E porque del casamiento naciesse bien, e amor, e non el contrario touo por bien santa eglesia que fuese fecho paladinamente, e non en ascondido. Ca sabida cosa es, que los omes que fazen los casamientos a furto sin sabiduria de los parientes de aquellos con quien casan, mala entencion les mueue a fazer lo, e todas las mas vegadas se sigue endemas mal que bien. Ca las vedagadas nacen de tales casamientos muy grandes enemistades, e muertes de omes, e muy grandes feridas: e muy grandes despensas, e daños, porque los parientes dellos se tienen por desonrrados: porque por su liuiandad, casan con tales omes que las non merecian auer por mugeres, e avn despues que son casados con ellas, destruyen les quanto han: e desamparan las assi que tales y ha dellas, que con la pobreza, han de ser malas mugeres. E a vn nasce ende otro mal, ca muchos caen en perjuro porque en tales cosas son aduchos muchas vegadas falsos testigos e testimonios. (...). Otrosi por desuiar todos estos males, e otros muchos que podrian nacer ende, defendemos que ninguno non sea osado de casar a furto, nin ascondidamente. Mas apaladinas, e con sabiduria del padre, e de la madre de aquella, con quien quiere casar si los ouiere, si non de los otros parientes mas cercanos. E si alguno contra esto fiziere, mandamos que sea metido en poder de los parientes mas cercanos de aquella, con quien a si casare, con todo lo que ouiere. Pero defendemos, que non lo maten, nin lisien, nile fagan otro mal: fueras ende que se siruan del mientra biuiere. Ca guisada cosa es, pues que tal deshonrra fizo a ella, e sus parientes, que reciba porende esta pena, porque siempre finque deshonrrado. E si auer non lo pudieren, mandamos que le tomen todo quanto opuiere, e apoderen dello a los parientes della".

104 Otorgamiento que fue incluido por A. Díaz de Montalvo en las *Ordenanzas Reales de Castilla*, [5, 1, 4]: "Que la huérfana que queda en poder de los hermanos, si casare sin su liçençia pierda la herençia.- Ordenamos que muriendo la madre teniendo en su poder a alguna su fija, e aquella quedó en poder de los hermanos para la tener e aver de

ña de 1422, los tribunales ya venían anticipando por entonces, a partir del silencio guardado por las Partidas sobre el papel reservado a los hermanos en estos asuntos, siendo, no obstante, ratificada su separación de esta función por las Cortes de Valladolid de 1548, al rechazar una demanda análoga a la presentada en Ocaña más de un siglo antes. Cerrando el círculo, pocos años después, en las Cortes de Madrid de 1563, Felipe II extenderá al padre las mismas prerrogativas sobre el casamiento del hijo que en Toro se le habían reconocido sobre el contraído por la hija[105]. Conviene recordar, además, que la vieja discusión acerca del carácter esencial, o no, para la validez del matrimonio del consentimiento paterno también fue abordada en el concilio de Trento por presiones de la nobleza francesa, que, siendo ya considerados en la legislación de su reino como causa de desheredación, pretendía, además, la nulidad religiosa de los efectuados sin su concurso. No obstante, prefiriendo apartarse de la doctrina de los reformadores, el texto conciliar resultante, pese a reprobar esta práctica, se ratificó en la postura tradicional de la Iglesia, al anatemizar la afirmación de su nulidad[106].

b. Exigencia de la autorización familiar para el casamiento y consecuencias de su omisión en el derecho de la codificación

Tal será, pues, en adelante, la regulación vigente hasta que una pragmática de Carlos III, de 23 de marzo de 1776, alegando como causa el frecuente abuso en la realización de matrimonios desiguales carentes del consentimiento paterno, viniese a introducir importantes modificaciones,

casar, si ella casare sin voluntad e plazer de los hermanos, que pierda la herençia, que le podrá pertenesçer por fin de los dichos sus padre e madre. E que a çerca desto se guarden las leyes de nuestros reinos que en ellos fablan, non enbargante, que por luengo tiempo non ayan seído guardadas, pues que por otras nuestras leyes non fueron revocadas"; [5, 6, 1]: "Que sea desheredada la moça que casare contra voluntad del hermano que la toviere en poder.- La muger que después del finamiento del padre o de la madre quedare en poder de sus hermanos, si casare sin voluntad del padre o de sus hermanos, en cuyo poder quedó, pierda la herençia del padre o de la madre; según que se contiene en este libro en el titulo del matrimonio". R. Gibert, *El consentimiento familiar*, pp. 743-744.

105 Reforma que fue sencillamente interpolada en la versión de la ley 49 de Toro recogida en la *Nueva Recopilación*, [5, 1, 1]*:* "(…) y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar (si quisieren) à sus hijos, o hijas, que el tal matrimonio contraxeren, en lo qual otro ninguno no pueda acusar, sino el padre, y la madre, muerto el padre".

106 J. Gaudemet, *El matrimonio,* pp. 328-329.

al ordenar que para celebrar contratos de esponsales, los hijos e hijas menores de veinticinco años deberían contar con el consejo y la aprobación del padre, y en su defecto de la madre, a falta de ambos, de los abuelos, no viviendo éstos, de los parientes más cercanos, y en última instancia de los tutores o curadores, o del juez del lugar[107]. Pero, si ignorando este mandato, llegase a concretarse el enlace, tanto los contrayentes como sus descendientes comunes quedarían inhábiles y privados por completo de sus derechos civiles, incluidos los de pedir dotes o legítimas y el de suceder como herederos forzosos; es decir, seguía recurriéndose a la vieja pena de la desheredación[108]. Dados los problemas de aplicación práctica

107 La atribución al juez de la facultad de suplir el injustificado disenso de los padres fue negativamente valorada como causa de la pérdida de autoridad de los padres por F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 7-8.

108 *Novísima Recopilación*, [10, 2, 9]: "(I) Habiendo llegado á ser tan frequente el abuso de contraer matrimonios desiguales los hijos de familia, sin esperar el consejo y consentimiento paterno, ó de aquellos deudos o personas que se hallen en lugar de padres; y no habiéndose podido evitar hasta ahora este desorden, por no hallarse respectivamente declaradas las penas civiles en que incurren los contraventores, mande examinar esta materia en una Junta de Ministros con encargo de que, dexando ilesa la autoridad Eclesiástica (...) me propusiese el remedio mas conveniente, justo y conforme a mi autoridad (...) los hijos e hijas de familia menores de veinte y cinco años, mando, que estos deban, para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre, y a falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas respectivamente, y no teniéndolos, de los dos parientes mas cercanos que se hallen en la mayor edad, y no sean interesados ó aspirantes al tal matrimonio, y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores o curadores (...). (II) Esta obligación comprehenderá desde las mas altas clases del estado, sin excepción alguna, hasta las mas comunes del pueblo (...) (III) Si llegase a celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento ó consejo, por este mero hecho, así los que lo contraxeren, como los hijos y descendientes que provinieren del tal matrimonio, quedarán inhábiles, y privados de todos los efectos civiles, como son el derecho a pedir dote o legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres, que pudieran corresponderles por herencia de sus padres o abuelos, a cuyo respeto y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta pragmática; declarando como declaro por justa causa de su desheredación la expresada contravencion ó ingratitud, para que no puedan pedir en juicio, ni alegar de inoficioso o nulo el testamento de sus padres o ascendientes; quedando estos en libre arbitrio y facultad de disponer de dichos bienes a su voluntad, y sin mas obligacion que la de los precisos y correspondientes alimentos (...)". Según noticia de F. Garcia Goyena, *Concordancias*, p. 32, esta pragmática fue dictada con el propósito de excluir al Infante don Luis de Borbón y a su descendencia. Sobre la misma, M. L. Alonso Martín, «El consentimiento para el matrimonio de los miembros de la Familia Real (Sobre la vigencia de la Prágmática de Carlos III de 1776», en *Cuadernos de historia del derecho*, 4 (1997), 61-89.

generados[109], esta disposición resultaría, más tarde, alterada por un real decreto de Carlos IV, de 10 de abril de 1803, en cuya virtud la obligación de obtener la autorización del padre se rebajaba a los veintitrés años para las hijas, manteniéndose en los veinticinco años para los hijos. Este límite de edad disminuiría, sin embargo, en un año cuando la potestad de intervenir le correspondiese a la madre, otro año más cuando se tratase de los abuelos, y aún en otro cuando, no existiendo ninguno de los anteriores, tal facultad recayese en los tutores o en el juez de la localidad, resultando todos ellos dispensados de explicar las razones de su negativa a consentir el casamiento pretendido por el menor que estuviese supeditado a la obtención de su licencia[110].

La necesidad de contar con la aprobación familiar seguía pesando sobre el menor de veinticinco años, incluso aunque estuviese emancipado, en el Proyecto de Código civil de 1821, que desplegando una minuciosa regulación, en la que llegaban a especificarse los criterios de prelación

109 Referencias a los mismos en P. Gómez de la Serna, «Del consentimiento paterno» en *RGLJ*, 9 (1857), 176-191; 274-283 y 343-351, pp. 186-191.

110 *Novísima Recopilación*, [10, 2, 18]: "Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla e Indias sobre la pragmática de matrimonios de 23 de marzo de 1776, órdenes y resolucioness posteriores, y varios informes que he tenido a bien tomar, mando que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, á qualquiera clase del Estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien, en caso de resistir el que sus hijos o hijas intentaren, no estará obligado a dar la razón, ni explicar la causa de su resistencia o disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas que hayan cumplido 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre; en defecto de éste tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse a su arbitrio un año antes, esto es, los varones á los 24 y las hembras á los 22, todos cumplidos: a falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de este; pero los menores adquirirán la libertad de casarse a su arbitrio dos años antes de los que tengan padre, esto es, los varones a los 23 y las hembras a los 21, todos cumplidos: a falta de los padres y abuelos paterno y materno sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y á falta de los tutores el Juez del domicilio, todos sin obligación de explicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse a su arbitrio, los varones a los 22 años, y las hembras a los 20, todos cumplidos (...)". La soluciones introducidas por la pragmática fueron severamente juzgadas por P. Gómez de la Serna, *Del consentimiento paterno*, pp. 274-283, quien afirmaba que sentaba principios contradictorios con todos los códigos modernos. Los puntos que mayor crítica le merecerían eran: la liberación de la obligación de prestar consentimiento, en algunos supuestos a los sometidos a potestad, las diferencias de edades en función de las personas que prestasen su autorización, la exclusión de las abuelas, la atribución a una autoridad administrativa y no a una judicial de la potestad de suplir el consentimiento, y, sobre todo, la exención de la necesidad de licencia a los que hubiesen llegado a la mayoría de edad.

en la adopción de la decisión en el caso de existir discrepancia entre los llamados a tomarla, otorgaba sucesivamente esta potestad al padre y la madre, los abuelos, los hermanos mayores de edad, los tíos y demás parientes[111], y, en defecto de todos ellos, al tutor o al jefe del colegio o centro público de educación o beneficencia en el que el candidato al matrimonio estuviese acogido, pero sólo respecto a los menores de veinte años, ya que aquéllos que superasen este umbral, tanto ante esta circunstancia como en la de que ninguno de sus parientes residiese en la provincia, quedaban liberados de su exigencia[112]. Un beneplácito que, no obstante, cualquiera de ellos podría denegar sin tener que justificar su motivación, si bien al perjudicado por esta negativa se le concedía la opción de recurrir al jefe político provincial, para que supliese este consentimiento con conocimiento de causa[113]. La falta de aprobación determinaba la nulidad del

111 *Proyecto de código civil de 1821*, [286]: "(1) Para que sea ilustrado el consentimiento en el matrimonio que intentan contraer los hijos de familia y los que no han cumplido todavía veinticinco años de edad, la ley exige la aprobación de los padres, abuelos, parientes o tutores por el orden y en los términos que explican los artículos siguientes. (2) Los menores de dicha edad que han contraido ya otro matrimonio son considerados para este efecto como mayores". M. Peset Reig, *Análisis y concordancias*, p. 77, apunta que las licencias solicitadas son las tradicionales, pudiendo apreciarse en los códigos ilustrados, en la legislación española del XVIII y en el *Code*, y estando dirigidas a evitar matrimonios poco convenientes para las clases altas o burguesas. En los artículos [287] a [292], se precisan, siguiendo de cerca al código francés, los mencionados criterios de atribución de preferencia en el ejercicio de esta potestad en el caso de discordia o de residencia fuera de la provincia de alguno de sus titulares.

112 *Proyecto de código civil de 1821*, [293]: "(1) Los menores de veinte años, que no tuvieren padres, ni abuelos, ni hermanos, ni tíos hermanos de los padres o hermanos de los abuelos necesitan la aprobación de su tutor para contraer matrimonio. (2) Este tutor se entiende el que cuida de la persona (...)"; [294]: "Respecto de los alumnos de los colegios u otros establecimientos públicos de educación, instrucción o beneficiencia erigidos con autoridad del Gobierno, el jefe del establecimiento hace las veces de tutor para dar la aprobación de que habla el artículo precedente"; [295]: "(1) Los mayores de veinte años, que no tienen padres, ni abuelos, ni hermanos, ni tíos hermanos de padres o de abuelos, no necesitan la aprobación de persona ajena para contraer matrimonio. (2) Lo mismo se entenderá cuando teniendo hermanos o tíos hermanos de padres o de abuelos, ninguno de ellos residiere en la provincia".

113 *Proyecto de código civil de 1821*, [296]: "Las personas autorizadas para dar la aprobación del matrimonio que intentaren contraer los menores de veinticinco años, o de veinte años respectivamente, no necesitan explicar la razón de sus negativa"; [297]: "Las personas menores de veinticinco y veinte años que necesitan para contraer matrimonio la aprobación respectivamente de los padres, abuelos, parientes o del tutor, si se consideran agraviados por no haberla obtenido, pueden recurrir al Jefe político de la provincia para que éste supla la aprobación con conocimiento de causa" En los artículos [298] a [300]

casamiento, pero no ocurría así por el hecho de no haber transmitido a los ascendientes la petición de consejo que era reclamada a toda persona que pretendiese casarse, cuando se tratase de los mayores de veinticinco años, o cuando la petición de autorización o de asesoramiento no hubiese sido respondida en el término de treinta días, o dentro de los ocho días siguientes a la repetición de su solicitud[114]. Y respecto a los efectos penales de la desobediencia a estos mandatos, se hacía una genérica remisión al Código penal, que pronto encontraría materialización en el promulgado en 1822, donde al menor de edad que contrajese nupcias sin disponer de las licencias necesarias se le castigaba a una pena de reclusión de seis meses a dos años, mientras que el funcionario público que permitiese el matrimonio de quien supiese no habilitado para ello sufriría una suspensión de empleo y sueldo por un período de cuatro años, debiendo pasarlo desterrado fuera de la provincia en la que estuviese destinado[115]. Ahora bien,

se detalla el procedimiento a seguir hasta producirse el pronunciamiento del jefe político, que deberá estar fundamentado en las bases señaladas en el artículo [301]: "El Jefe político dará su determinación sobre las bases siguientes: La depravación de costumbres de uno de los que intentan el matrimonio; la muy notable diferencia de edad entre ellos; la muy notable desigualdad de sus fortunas, que no esté contrabalanceada con esperanzas fundadas en el empleo o prendas personales del pobre; la falta de medios actuales, y que no se ven de próximo para sostener las cargas del matrimonio, u otras razones iguales, son causa racional para la desaprobación del matrimonio, si no se presentaren inconvenientes muy graves de no proceder a él".

114 *Proyecto de código civil de 1821,* [302]: "(1) Toda persona de cualquier edad, sexo, clase o condición que tuviere padres o abuelos, paternos o maternos, debe pedir el consejo de ellos por su orden para contraer matrimonio. (2) Si los padres o abuelos no diesen su aprobación o no contestasen en el término perentorio de treinta días, reiterarán aquellos su solicitud. La segunda denegación o el silencio, pasados ocho días, les deja en plena libertad de contraer"; [303]: "La falta de aprobación para el matrimonio de los menores de veinticinco, o veinte años, que deben dar los padres, abuelos, parientes o el tutor, no suplida por el Jefe político, induce nulidad del matrimonio; pero no se causa nulidad por no haberse pedido el consejo de los ascendientes respecto a los mayores de veinticinco años o considerados como tales: En uno y otro caso el Código penal determina las penas de los transgresores y de los cómplices".

115 *Código penal de 1822,* [557]: "Los menores de edad que contrajeren matrimonio sin las licencias necesarias que deben obtener con arreglo al código civil, sufrirán una reclusión de seis meses a dos años"; [558]: "Los funcionarios públicos eclesiásticos o civiles, á quienes tocare intervenir en los matrimonios, que autorizasen ó permitiesen que se contraigan por personas no habilitadas con la licencia que la ley requiere, ó cooperasen a ellos con conocimiento de esta falta, serán suspensos de empleo y sueldo ó temporalidades por cuatro años, y desterrados por igual tiempo de la provincia en que ejercieren su destino".

una consecuencia que ya no aparecía aparejada a estos comportamientos era la desheredación.

Menoscabo patrimonial que tampoco se contemplaba en el Proyecto de Código criminal de 1831, que preveía penas de arresto de dos a seis meses y multa de quinientos a tres mil reales vellón para quienes celebrasen nupcias sin contar con las autorizaciones precisas o con infracción de alguna de las formalidades legales preceptivas, que no fuesen causa suficiente de nulidad, así como la privación durante cuatro años de su ministerio al sacerdote o vicario que consintiese la realización del enlace entre menores de edad que careciesen del consentimiento indispensable para capacitarles[116]. Igual que sucede en el Código penal de 1848, que, ante similares circunstancias de ausencia de consentimiento se limitaba a imponer una pena de prisión correccional, que se vería reducida a un arresto mayor si las personas revestidas de esta potestad prestasen a posteriori su beneplácito[117]. Criterio que sería mantenido después en el Código penal de 1870, con las únicas variaciones de que se acota la prisión correccional a sus grados mínimo y medio, y de que se levanta por completo el castigo del infractor cuando se produjese esa aprobación sobrevenida[118].

Con una prolijidad comparable a la de su inmediato antecedente,

116 *Proyecto de Código criminal de 1831,* [460]: "Los que contrajeren matrimonio sin haber obtenido las licencias que se requieren según su edad y condición, o con infracción de alguna otra formalidad legal, cuyo defecto no cause la nulidad del acto sufrirán de dos a seis meses de arresto y la multa de quinientos a tres mil reales de vellón"; [464]: "El Provisor, Vicario o Párroco que autorizaren la celebración de un matrimonio entre menores que no estuvieren habilitados con el consentimiento de sus padres, o de las personas que en su defecto deban darlo, conforme a las disposiciones de las leyes civiles, perderán sus temporalidades por espacio de cuatro años y durante ellos no podrán ejercer el ministerio en que hubieren delinquido".

117 *Código penal de 1848*, [399]: "(1) El menor que contrajere matrimonio sin el consentimiento de sus padres o de las personas que para el efecto hagan sus veces, será castigado, con prisión correccional. (2) La pena será de arresto mayor, si las personas expresadas aprobaren el matrimonio después de contraído".

118 *Código penal de 1870*, [489]: "(1) El menor que contrajere matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó de las personas que para el efecto hagan sus veces, será castigado con prisión correccional en sus grados mínimo y medio. (2) El culpable deberá ser indultado desde que los padres ó las personas a quienes se refiere el párrafo anterior aprobaren el matrimonio contraido". Por otra parte, como señala el artículo [494]: "En todos los casos de este capítulo el contrayente doloso será condenado a dotar, según su posibilidad, á la mujer que hubiere contraido matrimonio de buena fé". Cuestión no resuelta por la jurisprudencia, en la que se detiene ampliamente A. Groizard, *El Código penal*, V, pp. 580-586, es la de si la responsabilidad criminal que pesa sobre el contrayente menor de edad se traslada también al otro, que fuese mayor de edad.

también el Proyecto de Código civil de 1836 se ocuparía de determinar el orden de los facultados para otorgar su imprescindible consentimiento a los hijos e hijas de familia menores de veinticinco años que deseasen contraer esponsales o matrimonio. Orden que se ajustaba a unas pautas también muy similares: padres, abuelos, hermanos mayores de edad y curadores[119], y que incluía a los hijos adoptivos y a los naturales[120], mientras que para los que superasen los veinticinco años, las viudas y los emancipados bastaría que solicitasen el consejo de sus padres o ascendientes, si bien este requerimiento se configuraba con un mero valor de acto de respeto, estando su omisión desprovista de secuelas inhabilitadoras[121]. Ahora bien, en el caso de que la pretensión esponsalicia o nupcial fuese desautorizada, los varones menores de veinte años y las jóvenes que no llegasen a los dieciocho no podrían exigir a los encargados de darla la justificación de las causas de su pronunciamiento denegatorio, que aparecían tasadas. Pero, en contraste, los hermanos y curadores estarían siempre obligados a manifestarlas[122], pudiendo serles reclamado que su explicación se reflejase por

119 *Proyecto de Código civil de 1836*, [115]: "Para contraer esponsales los hijos de familia de ambos sexos, menores de veinticinco años, deben pedir y obtener licencia de sus padres, y en su defecto de los demás ascendientes, hermanos o curadores, por el orden y en la forma que se declara en los artículos siguientes. De esta obligación están exceptuados los hijos emancipadosy las viudas, aunque no tuvieren dicha edad". El desarrollo de este precepto, con reglas semejantes a las del proyecto de 1821, en los artículos [116] a [122]. La extensión de las mismas al matrimonio en el [151]: "El que intente contraer matrimonio deberá acudir a la jurisdicción civil del domicilio de la mujer con quien aspire a casarse, haciendo constar: (...) 2º Que han obtenido el consentimiento o pedido el consejo de las personas a quienes debe pedirse, según lo prevenido en los articulos 116, 117, 119 y 120, o bien presentarán testimonio del auto judicial que haya suplido el consentimiento (...)".

120 *Proyecto de Código civil de 1836*, [121]: "Las disposiciones de los artículos anteriores son extensivas a los hijos adoptivos"; [122]: "Los hijos naturales reconocidos por el padre deberán pedir el consentimiento paterno y materno para contraer matrimonio, y en falta de padres el de sus curadores".

121 *Proyecto de Código civil de 1836*, [123]: "Los hijos e hijas mayores de veinticinco años, los emancipados y las viudas de cualquier edad que fuere, tendrán obligación de pedir consejo a los padres y ascendientes por el orden referido en los artículos 116 a 121"; [124]: "La petición de consejo es un mero acto de respeto, y aun cuando la persona a quien se pida disienta, no servirá esto de obstáculo para contraer los esponsales".

122 *Proyecto de Código civil de 1836*, [128]: "Las causas en que los padres, parientes o curadores pueden fundar su disenso u oposición a que se otorguen los esponsales, son las siguientes: 1ª La falta absoluta de medios para sostener las cargas del matrimonio, sin esperanza de obtenerlos; 2ª La conducta inmoral o públicamente viciosa de la persona con quien se intentare contraer esponsales; 3ª Haber recibido los padres, ascendientes o

escrito ante el juez local, quien si la motivación aducida no se ajustase a las legalmente admitidas, otorgaría una licencia sustitutiva del permiso que hubiese sido denegado[123]. Conviene subrayar, además, que el casamiento efectuado sin el preceptivo consentimiento tampoco era aquí contemplado como causa de desheredación[124].

Dentro de los trabajos preparatorios conducentes al frustrado Proyecto de Código civil de 1851, la Comisión General de Codificación elevó el 7 de marzo de 1844 unas bases generales, en una de las cuales se insistía en que hasta llegar a la edad que se determinase, seguiría siendo indispensable la licencia de los padres o tutores para poder contraer matrimonio; obligación que para los varones estaría vigente hasta los veintitrés años y para la hija hasta los veinte años[125]. Este límite sería después mantenido en el proyecto[126], en el que, sin embargo, la capacidad de emitir su consen-

hermanos alguna grave injuria de parte de la persona con quien se trate de contraer esponsales; 4ª El padecer una enfermedad contagiosa o habitual la persona con quien se quiere contraer esponsales; 5ª El estar procesado por algún delito que cause infamia, hasta que se acabe el juicio por sentencia definitiva, y la imposición de penas infamatorias"; [129]: "Hasta la edad de veinte años cumplidos siendo varón y dieciocho si fuere hembra, no podrá exigir el que aspira a contraer esponsales la manifestación de las causas en que los padres o los demás ascendientes varones se funden para su disenso"; [130]: "Los hermanos y los curadores estarán obligados en todo caso a manifestar las causas en que fundaren su disenso".

123 *Proyecto de Código civil de 1836*, [132]: "Cuando las causas que se alegaren para fundar el disenso no fueren de las expresadas en el artículo 128, el Juez dará su licencia para contraer los esponsales y de este modo se suplirá el consentimiento de las personas que debían prestarlo".

124 Aunque el proyecto no contenía preceptos específicos destinados a tasar las causas de desheredación, se deduce del articulo [2205], que no mencionaba a los protagonistas de esta conducta entre los excluidos como indignos de la sucesión.

125 Bases recogidas en J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, pp. 163-165, [Base 5ª]: "La capacidad para casarse se mantendrá como está en la actual legislación, pero entendiéndose que hasta la edad que se determine no podrá contraerse matrimonio sin licencia de los padres o tutores, la cual no podrá ser dispensada en mningún caso"; [Base 18ª]: "El hijo de familia mayor de veinte años no deberá obtener el consentimiento paterno para celebrar matrimonio hasta que cumpla los veintitrés años siendo varón". Sobre el acierto de mantener la obligación de la obtención del consentimiento paterno se extendía F. Cardenas, *De los vicios y defectos*, pp. 8-9, quien advertía sobre los graves perjuicios que se derivarían, incluido el aumento de las disensiones conyugales y los divorcios, en el caso de admitirse una plena libertad de casamiento, una vez alcanzada la edad mínima legal para contraer matrimonio.

126 *Proyecto de Código civil de 1851*, [51]: "El hijo de familia que no ha cumplido veintitrés años, y la hija que no ha cumplido veinte necesitan para casarse del consentimiento paterno".

timiento se circunscribía al padre, y solamente si éste faltase o se hallase impedido, a la madre, y en su defecto, privándose de esta potestad a los abuelos[127], al tutor con acuerdo del consejo de familia, aunque éste último únicamente para el caso del menor de veinte años. Pero ninguno de ellos necesitaba expresar la razón de su decisión contraria al matrimonio, que no era recurrible[128]. Iguales reglas regían para el hijo natural reconocido, con la salvedad de que la función del tutor era sustituida por el jefe de la casa de expósitos donde estuviese recogido, mientras que el no reconocido debería obtenerlo del alcalde del pueblo donde residiese, si bien, de ser rechazada su petición, podría acudir a la autoridad superior administrativa de la provincia[129]. Resulta llamativo, por otra parte, que el casamiento realizado sin el debido consentimiento volvía a ser contemplado entre las causas tasadas de desheredación[130].

Frustrado este intento codificador, la cuestión volvería a ser abordada en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, que atribuía al juez la capacidad de conceder o negar el consentimiento a los menores de veintidós

127 Exclusión que rompe con la tradición anterior, y que no fue vista con buenos ojos por F. García Goyena, *Concordancias*, p. 34, quien alude a sus vínculos de sangre y hereditarios con los nietos para criticar su marginación frente a personas como los tutores, que no están unidos con ellos por tales lazos.

128 *Proyecto de Código civil de 1851*, [52]: "(1) En el caso del artículo anterior, si falta el padre o se halla impedido para prestar su consentimiento, corresponde la misma facultad a la madre; y en su defecto al tutor, con acuerdo del consejo de familia; pero entendiéndose que, en este último caso, a los veinte años de edad cesa en el pupilo la obligación de obtener el consentimiento. (2) En el caso de disentimiento entre el tutor y el consejo de familia, prevalecerá el voto favorable a la celebración del matrimonio"; [53]: "Las personas autorizadas para prestar el consentimiento no necesitan expresar la razón en que se fundan para rehusarlo, y contra su disenso no se admitirá recurso alguno".

129 *Proyecto de Código civil de 1851*, [54]: "(1) Lo dispuesto en el artículo 51 es aplicable a los hijos naturales reconocidos. Si lo hubieren sido por padre y madre, corresponde primero al padre, y en su defecto a la madre; si por uno solo, corresponde al que lo reconoció. (2) A los jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los hijos naturales recogidos y educados en ellas. (3) Los hijos naturales no reconocidos, y que tampoco se hallen en una casa de expósitos, necesitan para casarse el consentimiento del alcalde del pueblo en que residieren, del que podrán recurrir a la autoridad superior administrativa de la provincia en caso de disenso (4) En los casos de los dos párrafos anteriores de este artículo, podrán casarse libremente los hijos naturales, desde que sean mayores de edad".

130 *Proyecto de Código civil de 1851*, [671]: "Todas las causas de indignidad para suceder, lo son también respectivamente de desheredación"; [672]: "Lo son además contra los hijos y descendientes: (…) 3º Haberse casado sin su consentimiento, cuando por la ley era éste necesario (…)".

años, en los varones, o de veinte años, en las mujeres, cuando no tuviesen padre, madre, abuelos ni curadores que pudieran prestarlo. Pero esta regulación quedaría sin efecto en virtud de la ley de 20 de junio de 1862, que rebajaría la edad que todavía estaba vigente, según el citado decreto de 1803, para la obligación de lograr dicha autorización, al fijarla en los veintitrés y los veinte años, respectivamente, al tiempo que disponía que en ausencia del padre, su otorgamiento correspondía sucesivamente a la madre, los abuelos, el curador testamentario o el juez de primera instancia ayudado por una junta de parientes o vecinos[131]. Es importante destacar, además, que en la votación de esta ley en el Congreso se acordó mantener la pena de desheredación ante la ausencia del debido consentimiento o consejo de los encargados de darlo[132], si bien, tras generar intensos debates, esta disposición fue modificada en el Senado, mediante una simple remisión de la represión de este hecho a lo fijado en el Código criminal[133].

Más tarde, aduciendo como razones la trascendencia social de las obligaciones nacidas del matrimonio y la conveniencia de rodearlo de cuantas garantías de acierto y voluntad fuese posible adoptar[134], la

131 Ley de 20 de junio de 1862, publicada en *Gaceta de Madrid* de 24 de junio de 1862. El texto en *Colección legislativa,* 87 (Madrid, 1862) 741-743. No tanto en esta cuestión, sino sobremanera en la edad mínima hábil para contraer matrimonio centra su comentario a esta ley, aún en fase de proyecto, P. Gómez de la Serna, «Sobre el proyecto de ley presentado a las Cortes por D. Claudio Moyano acerca de la edad para contraer matrimonio y del consentimiento que deben obtener los hijos de familia y los menores para celebrarlo», en *RGLJ*, 20 (1862), 121-127.

132 Que la cuestión interesaba lo prueba el escrito de C. Población Fernández, «Del consentimiento paterno. La falta de consentimiento paterno para contraer matrimonio ¿debe considerarse como causa de desheredación?», en *RGLJ*, 14 (1859), 323-334, quien acaba respondiendo a la pregunta en sentido negativo.

133 Da noticia de este hecho Modesto Falcón, *Derecho civil español*, I, p. 85, nota 1.

134 Exposición de motivos del *Proyecto de Ley del libro primero del Código civil de 1869* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, II, p. 501): "Del matrimonio nacen obligaciones altamente trascendentales y de honda importancia social, y de aquí que el legislador no pueda permitir que contraigan aquella unión seres que no tienen o no pueden tener, al menos plenamente, desarrollada su inteligencia para conocer la extenión de aquéllas. Por eso, conformándose el proyecto con el espíritu que domina en todas las legislaciones civiles, a fin de rodear el contrato de matrimonio de cuantas garantías de acierto y voluntad, exento de seducciones y pasiones, sean indispensables, se otorga al padre, madre, ascendiente, tutor y consejo de familia la facultad de conceder o de negar el permiso para contraer matrimonio a los menores, sin que éstos puedan recurrir contra el disenso de las personas enunciadas, tratándose de una edad en la que la denegación del

propuesta de libro primero del Código civil presentada en 1869 por el ministro Romero Ortiz abundaba en esta misma línea cuando proclamaba como indispensable la obtención, con carácter previo a la celebración del casamiento, del consentimiento del padre, la madre, algún ascendiente, o el tutor, éste con acuerdo del consejo de familia, siendo inatacable su desaprobación[135]. Por otra parte, a los que ya hubiesen llegado a la mayoría de edad se les exigía la petición, acreditada ante un notario público o el juez de paz, del consejo de los padres o los abuelos, si bien el incumplimiento de este mandato solamente traía aparejado un efecto suspensivo de tres meses de duración[136]. Requisitos ambos que, implícitamente, también estarán presentes en la Ley de Matrimonio civil de 1870, donde junto a los certificados de nacimiento de la pareja, las negativas de denuncia de impedimento, los papeles acreditativos de la dispensa de la publicación de edictos o de impedimentos legales y los especiales requeridos a los extran-

consentimiento para el matrimonio, lejos de producir inconvenientes puede servir para dar garantías de justificada vocación, de pleno desarrollo físico y más fundada madurez de juicio en los hijos. Aún más: el decoro familiar, el respeto y consideración debidos a los padres y ascendientes exigen que los hijos, por más que estén en la mayor edad, pidan su consejo para un acto tan decisivo, sin que su disconformidad sea rémora en tal caso para la celebración del matrimonio, pasado un plazo prudencial marcado por la ley".

135 *Proyecto de Ley del libro primero del Código civil de 1869*, [54]: "Tienen prohibición de contraer matrimonio: 1º Los menores de veintiún años si no hubiesen obtenido previamente el consentimiento de sus padres o personas de quien dependan (…)"; [55]: "(1) Para que el menor de veintiún años pueda contraer matrimonio es menester que obtenga el consentimiento de su padre, y a falta de éste, o hallándose impedido, de su madre y sucesivamente del abuelo paterno y materno, y en su defecto del tutor con acuerdo del consejo de familia. (2) En el caso de disentimiento entre el tutor y el consejo de familia, prevalecerá el voto favorable a la celebración del matrimonio". La resolución del disenso entre el tutor y el consejo de familia es igual a la prevista en el artículo [52.2] del proyecto de 1851. También el [58]: "Las personas autorizadas para prestar el consentimiento no necesitan expresar la razón en que se fundan para rehusarlo, y contra su disenso no se admitirá recurso alguno" es idéntico al [53] del proyecto de 1851. Igualmente, la extensión de este régimen a los hijos naturales, [57], coincide con la del artículo [54] de 1851, con la excepción de que en el supuesto de desaprobación ya no se permite recurrir a la autoridad administrativa provincial.

136 *Proyecto de Ley del libro primero del Código civil de 1869*, [59]: "Los hijos legítimos mayores de veintiún años pedirán el consejo para contraer matrimonio a sus padres o abuelos por el orden prefijado en el artículo 55; si no fuere el consejo favorable, no podrán casarse hasta después de transcurridos tres meses desde la fecha en que lo pidieron. La petición del consejo se acreditará por declaración del que hubiere de prestarlo ante Notario público, o bien ante el Juez de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal".

jeros y los militares, se demandaba la aportación de los documentos demostrativos de haber obtenido la licencia o solicitado el necesario asesoramiento[137].

A su vez, el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 reproducía en sus líneas generales las directrices marcadas por su precedente de 1851. De tal modo, que el matrimonio de los menores de edad resultaba prohibido cuando éstos no contasen con el permiso para contraerlo otorgado por el padre o, si éste faltase o se hallase impedido, sucesivamente por la madre, los abuelos paterno y materno, o –sin mención aquí al tutor– por el consejo de familia, rigiendo idéntico orden para los hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión regia en defecto de la persona que admitió su paternidad o que les legitimó, mientras que los demás hijos ilegítimos deberían recibirlo de su madre, si fuese legalmente conocida, o de los abuelos maternos, en igual caso, y faltando una y otros, del consejo de familia, o bien del responsable del orfanato donde estuviesen acogidos[138]. En contraste, a

137 *Ley del Matrimonio Civil de 1870*, [31]: "(1) El Juez municipal no autorizará la celebración del matrimonio cuando a éste se hubiera hecho la denuncia de impedimento legal, mientras ésta no sea desechada en forma. (2) Tampoco autorizará la celebración de ningún matrimonio antes de que se entreguen en la secretaría del Juzgado. Primero. Las certificaciones de nacimiento de los interesados. Segundo. Las negativas de denuncia de impedimento expresado en el art. 19. Tercero. Los documentos que acrediten la dispensa de la publicación de edictos o de impedimentos legales de los contrayentes en sus respectivos casos. Cuarto. Los documentos que demuestren haber obtenido la licencia o solicitado el consejo, conforme a la ley, cuando se trate del matrimonio de hijos de familia y de menores de edad. Quinto. Los documentos a que se refiere el art. 15 cuando se trate del matrimonio de extranjeros. Sexto. La certificación de libertad, cuando se trate del matrimonio de militares en activo servicio, expedida con arreglo al art. 17".

138 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [31]: "Está prohibido el matrimonio: 1.º Al menor de edad que no haya obtenido la licencia y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la ley (…)"; [32]: "(1) La licencia de la que habla el número 1.º del artículo anterior debe ser concedida a los hijos legítimos por el padre; faltando éste o hallándose impedido, corresponde otorgarla por su orden a la madre, a los abuelos paterno y materno, y, en defecto de todos, al consejo de familia. (2) Si se tratare de hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión Real, el consentimiento deberá ser pedido a los que los reconocieron y legitimaron, a sus ascendientes y al Consejo de familia por el orden establecido en el párrafo anterior. (3) Los demás hijos ilegítimos obtendrán el consentimiento de su madre, cuando fuere legalmente conocida, de los abuelos maternos, en el mismo caso, y a falta de unos y otros, el del consejo de familia. (4) A los Jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los hijos ilegítimos recogidos y educados en ellas".

los que hubiesen alcanzado la mayoría de edad, fijada en los veintitrés años, se les instaba a solicitar consejo, ahora exclusivamente, de su padre o de su madre, teniendo los supuestos de que no lo pidiesen o de que la respuesta no les fuese favorable idénticos efectos suspensivos por un plazo de tres meses a los previstos en el proyecto de 1869, lo que cabe presumir destinado a estimular una nueva reflexión sobre la decisión[139]. Por otra parte, la forma de acreditación establecida para ambos requerimientos era su formalización en un acta notarial o mediante comparecencia ante el juez municipal del domicilio, no estando, como venía siendo habitual, ninguno de los otorgantes obligado a expresar los motivos de su decisión, ni siendo la misma recurrible cuando fuese denegatoria[140]. Ahora bien, si ignorando la citada prohibición, el enlace llegase a celebrarse sin la presentación de la preceptiva autorización, ello no afectaría a su validez, que tampoco la Iglesia atacaba, pero los implicados, además de incurrir en la pena prevista en el Código penal, consistente, como hemos visto, en prisión correccional en sus grados mínimo y medio, quedarían sometidos a las siguientes reglas: la sociedad conyugal se entendería sujeta a un régimen de separación de bienes con sus respectivos frutos, aunque debiendo ambos miembros contribuir conjuntamente a la subvención de las cargas matrimoniales; no estarían permitidas las transferencias patrimoniales entre ellos, ni por donación, ni por testamento; finalmente, el menor no emancipado no adquiriría la administración de sus bienes hasta que alcanzase la mayoría de edad, teniendo entretanto únicamente derecho a la percepción de alimentos, si bien en una

139 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [33]: "Los hijos mayores de edad están obligados a pedir consejo al padre y en su defecto a la madre. Si no se hubiere otorgado o no fuere favorable no podrá celebrarse el matrimonio hasta tres meses después de hecha la petición". Según S. Viada Vilaseca, *Código penal reformado*, III, p. 278, quien quebrantase este período de suspensión incurriría en la pena fijada en el artículo [603] del *Código penal de 1870*: "Serán castigados con la pena de cinco a 15 días de arresto y reprensión (…) 7.º Los hijos de familia que faltaren al respeto y sumisión debidos a sus padres (…)".

140 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [34]: "Tanto los menores como los mayores de edad de edad, al hacer la petición para el matrimonio, están obligados a acreditar la licencia o el consejo por acta notarial, o por comparecencia ante el Juez municipal del domicilio"; [35]: "Ninguno de los llamados a prestar su consentimiento o consejo está obligado a manifestar las razones en que se funda para concederlo o negarlo, ni contra su disenso se da recurso alguno".

cuantía que tampoco podría exceder de la renta líquida que aquéllos produjesen[141].

Esta regulación pasará después casi literalmente a las dos ediciones del Código civil[142], en las que la principal novedad reside en que se permite que el justificante notarial pueda ser expedido tanto por un notario civil como por uno eclesiástico[143].

4. Exclusividad del vínculo conyugal. Consecuencias penales y económicas del adulterio

a. Represión de las relaciones adúlteras en los derechos municipales

Pocas conductas delictivas excitan un mayor rechazo social en los siglos medievales que la del adulterio femenino, generador de unos índices de conflictividad sin parangón con las demás formas de uniones sexuales

141 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [36]: "Si a pesar de la prohibición del artículo 31 se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido; pero los contrayentes, además de incurrir en las penas señaladas en el capítulo 2º, título 11 del Código penal, quedarán sometidos a las siguientes reglas: 1ª Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio. 2ª Ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación ni por testamento (...). 3ª Si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad. Entre tanto, sólo tendrá derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes (...)".

142 *Código civil, edición reformada 1889*: el artículo [45] coincide con el [31] del Anteproyecto de 1882-1888. El [46] lo hace con el [32], con excepción de su párrafo (3), referido a los hijos adoptados, que dice: "Si se trataré de hijos adoptados se pedirá el consentimiento al padre adoptante y, en su defecto, a las personas de la familia natural a quienes corresponda". Los párrafos (4) y (5) repiten los párrafos (3) y (4) del [32]. El [47] repite, con insustanciales variaciones el [33] del anteproyecto de 1882-1888, lo mismo que el [49] y el [50] respecto al [35] y el [36]. Como se indica en la nota siguiente, el [48] sí ofrece algunas variaciones respecto al [34] del anteproyecto de 1882-1888. Los artículos citados de la edición de 1889 aparecían con total exactitud e igual numeración sistemática en la edición de 1888.

143 *Código civil, edición reformada de 1889*, [48]:"La licencia y el consejo favorable a la celebración del matrimonio deberán acreditarse, al solicitar éste, por medio de documento que haya autorizado un Notario civil o eclesiástico, o el juez municipal del domicilio del solicitante. Del propio modo se acreditará el transcurso del tiempo a que alude el artículo anterior cuando inutilmente se hubiere pedido el Consejo".

extraconyugales, y, sin duda, por ello merecedor de un especial tratamiento normativo en la casi totalidad de los ordenamientos forales municipales, incluidos los más breves y esquemáticos. Entre los motivos que subyacen en la condena constante de esta trasgresión figura, naturalmente, la amenaza directa que entraña para la estabilidad del sacramento matrimonial, junto a otras arraigadas justificaciones de índole moral[144], aunque quizás, un factor todavía más poderoso resida en el afán de preservar la paz y el orden de la comunidad frente a las frecuentes alteraciones y violencias que es susceptible de provocar[145]. Una nota invariablemente repetida en las distintas regulaciones estriba, además, en el mucho menor rigor con el que se castiga el adulterio masculino, normalmente despachado con una simple sanción pecuniaria, frente al femenino, lo que, según E. Gacto, probablemente estaría fundado, más que en el primer argumento alegado en las Partidas, consistente en que el adulterio del hombre no causa daño ni deshonra a la mujer, y sí a la inversa[146], en los perturbadores problemas

144 Entre las que, refiriéndose genéricamente a las relaciones sexuales ajenas al matrimonio, J. L. Flandrin, «Contraception, mariage et relations amorouses dans l'Occident chretien», en *Annales*, 6 (1969), 1370-1390 (versión castellana en *La moral sexual en Occidente: evolución de las actitudes y comportamiento*, Barcelona, Juan Granica, 1984, 123-142), identifica: la creencia de que son uniones basadas primariamente en la búsqueda del placer; su fomento de las prácticas contraceptivas y la esterilidad, fruto de su alejamiento del objetivo de la procreación, y su propensión al desarrollo de comportamientos sexuales moralmente reprobables. Véase R. Córdoba de la Llave, *Las relaciones extraconyugales*, pp. 575-576.

145 E. Gacto, *La filiación ilegítima*, p. 908.

146 *Partidas*, [VII, XVII, I]: "Que cosa es adulterio, e onde tomo este nombre, e quien puede fazer acusacion sobre el, e a quales.-Adulterio es yerro que ome faze asabiendas, yaziendo con muger casada, o desposada con otro. E tomo este nonbre de dos palabras de latin, alterus et thorus: que quieren tanto dezir como ome que va, o fue al lecho de otro, por quanto la muger es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, e non el della. E porende dixeron los sabios antiguos, que maguer el ome casado yoguiesse con otra muger que ouiesse marido, que non lo puede acusar su muger, ante el juez seglar sobre esta razón comoquier que cada vno del pueblo (a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro) lo puede fazer: E esto tuuieron por derecho por muchas razones: La primera porque del adulterio que faze el varon con otra muger, non nace daño, nin dessonrra a la suya. La otra porque del adulterio que faze su mujer con otro, finca el marido desonrrado, recibiendo la muger a otro en su lecho: e demas porque del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo estraño heredero en vno con los sus fijos, lo que non auernia ala muger del adulterio que el marido fiziesse con otra: e porende pues que los daños, e las desonrras no son yguales, guisada cosa es, que el marido aya esta mejoria, e pueda acusar a su muger del adulterio, si lo fiziere, e ella non a el: e esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier que segund el juyzio de santa yglesia, non seria asi".

de atribución de la paternidad legitima que podría acarrear la *conmixtio sanguinis*, si se diese el caso de que la infidelidad de la mujer acabase abocando a su embarazo, con la consecuencia de que ello podría afectar gravemente a la transmisión de la propiedad familiar, al fabricar el riesgo de amparar maniobras fraudulentas dirigidas a pervertir la línea sucesoria establecida[147]. Por otra parte, las penas reservadas para este reprobado comportamiento, generalmente muy severas para la mujer, exhiben una notable diversidad de graduación, en la que también entra en juego el hecho de que la traición a la exclusividad del lazo conyugal venga acompañada, o no, de una relación de convivencia permanente.

Cuando el adulterio no llevase aparejada la cohabitación, la prueba indiscutible que abrirá paso al castigo de esta relación prohibida reposará en el hecho de que la mujer casada, o la esposa de presente[148], resultase sorprendida *in fraganti* con su amante, lo que parece más orientado a legitimar la reacción vindicativa del marido burlado que a la reparación de un proceder antijurídico. Menos tolerante que los derechos de otros espacios peninsulares, en los que, a veces, esta deslealtad se salda simplemente con una fuerte sanción económica[149] o con meras penas infamantes[150],

147 E. Gacto, *La filiación ilegítima*, p. 908, y *Sobre el modelo jurídico*, p. 224. Explicación a la que, como hemos visto, también se alude en el precepto de las Partidas citado en la nota anterior.

148 De las diferentes definiciones proporcionadas por las fuentes sobre este delito se desprende claramente que concurre no sólo cuando existe una relación de matrimonio, sino también cuando se trata de una esposa de presente, pero no cuando la esposa es de futuro, pues, como precisa J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 80, p. 430, en este caso no existe matrimonio. Consecuentemente, tampoco entra dentro de esta categoría la relación carnal establecida con una soltera o con una viuda, que se correspondería con la figura del estupro. Cuestión en la que se detiene, con valioso apoyo doctrinal, Mª. J. Collantes de Terán, «El delito de adulterio en el derecho general de Castilla», en *AHDE*, 66 (1996), 201-228, pp. 202-204 y p. 210.

149 Así, la pena para la adultera consiste en la pérdida de la dote en el *Fuero de Jaca* (M. Molho *El Fuero de Jaca. Edición crítica*, Zaragoza, Escuela de Estudios Medievales, 1964), edición A, [154]: "De muller que a marit si fara adulteri con altre. Si alcuna mulier que avra marido et fara adulterio con otro onme e con voluntaz ma por qual frangit la ley et falle las convinenzas a so marido, las dotes qel avra permetudas ella ni nul onme mas por ella nunca los debe aver ni demandar".

150 Es el caso, por ejemplo, de algunas cartas de población catalanas, en las que los adúlteros son expuestos al escarnio público, pero se prohíbe aplicarles cualquier otro tipo de castigo. Entre otras, *Carta de población de Lérida*, 1150-I (J. M. Font Rius, *Cartas de población y franquicia de Cataluña,* I, *Textos*. Madrid-Barcelona, CSIC, 1969), I, núm 79, pp. 129-132): "(…) Et si quis fuerit captus in adulterio cum uxore alterius, currant ambo vir et femina per omnes plateas civitatis Ilerde, nudi et verberati, nec alium dapnum

en el derecho local castellano el escarmiento reservado para la adúltera y su cómplice es siempre extremadamente grave, bien imponiéndoseles la pena capital, como ocurre en Llanes, donde tan drástica medida se extiende de incluso a cualquiera que les auxiliase[151], bien autorizando al agraviado para acabar con la vida de ambos implicados, como sucede en Miranda de Ebro, donde si alguno de ellos lograse escapar y luego fuese capturado, se ordena que sea quemado[152]. Sin embargo, para evitar que su acción encubra motivos de pura inquina personal, en Coria, Usagre, Cáceres[153] y en los fueros de la familia del de Cuenca, el marido que matase a su rival y dejase viva a la mujer tendrá que arrostrar el pago de una caloña y sufrir la declaración de enemistad de los parientes del finado[154]. Por el contrario,

honoris vel pecunie inde sustineant (…)". *Carta de población de Agramunt*, 1163-XI-13 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, I, núm. 122, pp. 176-179): "(…) Si autem aliquis fuerit captus in adulterio cum uxore alterius, currant ambo vir et mulier per maiorem carreriam Acrimontis nudi, et sint verberati; aliud damnum non eveniat eis aliquo modo (…)". *Carta de población de Balaguer*, 1174-VII-13 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, I, núm 149, pp. 208-210): "(…) Stauimus, iterum, quod propter culpam adulterii, que cucuzia vocatur, vir vel mulier res suas non perdant, set ambo per maiorem plateam ville currant, secundum consuetudinem civitatis Ilerde (…)".

151 *Fuero de Llanes* (M. Calleja Puerta, *El fuero de Llanes: edición crítica*. Oviedo, Sueve, 2003), [14]: "E aquel que con muger de bendiçion fuere fallado, mueran anbos, e sy fuyeren, non les valga la iglesia, nin palaçio ninguno, e non les anpare ninguno. E sy algunos los anpararen, ayan la tal pena como ellos".

152 *Fuero de Miranda de Ebro* (F. Cantera Burgos, *Fuero de Miranda de Ebro. Edición crítica, versión y estudio,* Madrid, CSIC, 1945), [34]: "(3) Y si lo hubiere sorprendido cometiendo adulterio con su muger velada, dondequiera que sea, mate a ambos, o a uno si más no pudiera; y si el otro fuere capturado, sea quemado; y el marido no sea tenido como enemigo ni peche homicidio ni salga de la villa, sino que los alcaldes declararán al tal libre, y el merino hará se le de tregua y limite por parte de los parientes del muerto o los muertos".

153 *Fuero de Coria*, [59]: "Qui fallar ome con su muger o con su parienta fasta segunda, si ovier marido de bendiçiones o a juras, matelos anbos sin calonna ninguna, e non ixca por enemigo. E si matara el varon e non la muger, peche el coto e ixca por enemigo". *Fuero de Usagre*, [66]: "Qui fallar otro con su mulier o con su parienta.- Tod ome que fallar otro con su mulier o con su parienta, usque ad secunda, si habuerit uirum ad benedicciones uel ad iuras, matelos ad ambos sine calumpnia, et non exeat inimicus. Et si occiderit uirum et non mulier, pectet CCC morauetis, et exeat inimicus, si eum non potuerit abere. A los parientes del muerto pectet estos CCC morauetis. Si parientes non ouieren, el conceio lo tome et lo meta en fazer el castiello". Similar en *Fuero de Cáceres*, [67]: "Qui invenerit hominem con su mulier (…)".

154 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [XI, 28]: "De eo qui uxorem suam deprehenderit in adulterio.- Quicunque uxorem suam cum aliquo adulterantem inuenerit, et eam occiderit, non pectet calumpniam, nec exeat inimicus. Similiter si adulterum occiderit

en Béjar y Plasencia se admite que el engañado dé muerte a uno sólo de los culpables, aunque si ejecutase su venganza en un momento posterior al de la constatación directa del crimen, el acto será calificado como un homicidio[155]. Una curiosa peculiaridad, presente también en estos fueros y en los demás emparentados con el de Cuenca, es la de que, frente a la sospecha no demostrada de infidelidad manifestada por su cónyuge, la mujer podría salir exonerada de represalias si jurase su inocencia ante doce vecinas; no obstante, de no recurrir a este procedimiento, el marido podría repudiarla, sin riesgo de verse sometido a sanción pecuniaria alguna[156].

Un supuesto diferente es el de que la unión adulterina se inscriba

aut ipse adulter uulneratus euaserit. Si aliter eam occiderit, pectec calumppnias, et exeat inimicus. Similiter si adulterum occiderit aut uulnerauerit, et uxorem non, utique calumnias pectet". Análoga regulación la encontramos en *Fuero de Zorita de los Canes*, [252]. *Fuero latino de Teruel*, [366]. *Fuero romance de Teruel*, [479]. *Fuero de Iznatoraf*, [250]. *Fuero de Baeza*, [251]. *Fuero de Úbeda*, [XVIII, 1]. *Fuero de Alcaraz*, [IV, 28]. *Fuero de Alarcón*, [236]. *Fuero de Villaescusa de Haro,* [238]. *Fuero de Huete,* [209]. Esta exigencia aparece también latente en una fazaña del *Libro de los Fueros de Castilla*, en la que se narra como fue condenado a muerte un marido que mutiló al amante de su mujer sin castigar a ésta, [116]: "Esta es fazannia de un cavallero de Çiubdat Rodrigo: Que falló yaziendo a otro cavallero con su muger et prísol este cavallero e castról de pixa et de cojones; et sus parientes querellaron al rrey don Ferrando, e el rrey enbió por el cavallero que castról al otro cavallero et demandól por que lo fiziera. Et dixo que lo falló yaziendo con su muger. Et juzgáronle en la corte que devíe ser enforvcado, pues que a la muger non le fizo nada; et enforcáronle. Mas quando atal cosa abiniere que fallar a otro yaziendo con su muger quel ponga cuernos, sil quisiere matar e lo matar, deve matar a su muger. Et si la matar, non será enemigo nin pechara omezidio. Et si matare a aquel quel pone los cuernos e non matare a ella, deve pechar omezidio e seer enemigo. Et dével el rrey justiçiar el cuerpo por este fecho".

155 *Fuero de Béjar*, [322]: "Qui fallar su mugier con otro, si la matare, no peche nada ni exca enemigo, si matar otrossi a elle o escapare ferido o lagado. Si en otra guisa la matare, peche las calonnas e exca por enemigo. Otrossi si la lagare, o matare el adultero, la muger no peche las callonas". *Fuero de Plasencia*, [68]: "Tod omne que su mugier fallare en adulterio, si la matare non peche calonna ni sala por enemigo, otrossí sea se al que faze el adulterio con ella matare o ferido fuere. Si d'otra guisa la matare, peche las calonnas et exea por enemigo".

156 *Fuero de Béjar,* [353]: "Si él ouier sospecha assu muger, que se iaze con otro, e non pudier prouar uerdat de la cosa, cumplale la muger con XII vezinas mugeres e sea creida. Si non cumplier, puede la lexar sin callona". *Fuero de Plasencia,* [135]: "El marido que sospecha ouiere quel pone cuernos su mugier, et prouar non lo pudiere iure con XII vezinas et sea creyada, et si complir non lo pudiere pueda la lexar sin calona". *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [XI, 50]: "De uxore uiro suspecta.- Si quis maritus uxorem suspectam habuerit, quod zelotipet, nec tamen rei ueritatem probare potuerit, uxor satisfaciat ei cum duodecim mulieribus uicinabus, et credatur ei: si forte conplere non potuerit, potest eam relinquere absque calumpnia". Similar redacción en: *Fuero de Iznatoraf*, [272].

en el marco de una situación de convivencia continuada entre sus protagonistas, siendo, en general, las penas señaladas al efecto bastante menos rigurosas. Mayor condescendencia que, según E. Gacto, podría estar basada en que, al regular esta situación, se estaba pensando en una mujer que se ha instalado en una localidad, dejando atrás el vínculo matrimonial mantenido en su población de procedencia, lo cual no causaría tan notorio escándalo social, por ser desconocida la ilicitud de la nueva relación, que simplemente sería tenida como barraganía; o bien –lo que, quizás, resulte más verosímil–, en que hubiese cesado, tal vez de común acuerdo con su consorte, su nexo marital anterior, por lo que su falta quedaría descargada de tanta trascendencia, pasando su rechazo a adquirir un contenido ligado, esencialmente, a una dimensión moral[157]. Lo cierto es que las penas usualmente previstas para estas conductas son la de flagelación, que encierra un evidente propósito adicional de exposición de los culpables a la vergüenza pública, y la de destierro, probablemente encaminada a obstaculizar que esa asociación indeseada pudiese llegar a reanudarse[158]; aunque con la particularidad, cuando recayesen sobre la casada, de que de tales sanciones queda al margen su concubinario[159]. Mucha menor

Fuero de Baeza, [272]. *Fuero de Úbeda*, [XXIX, 3 (a)]. *Fuero de Alcaraz*, [IV, 51]. *Fuero de Alarcón*, [258]. *Fuero de Villaescusa de Haro,* [257].

157 E. Gacto, *La filiación ilegítima*, pp. 917-918.

158 El que los adúlteros sean azotados simultáneamente esta previsto, para el caso de que sea el hombre el que está ya casado, en el *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [XI, 37]: "De coniugato qui concubinam palam tenuerit.- Vir que uxorem nuptam habuerit siue in concha, siue in aliis, partibus, et concubinam palam tenuerit, ambo ligati fustigentur". También en *Fuero latino de Teruel* [375]. *Fuero romance de Teruel*, [488]. *Fuero de Iznatoraf*, [259]. *Fuero de Béjar*, [335]. *Fuero de Alcaraz*, [IV, 38]. *Fuero de Alarcón*, [245]. *Fuero de Baeza*, [259]. *Fuero de Úbeda*, [XXVIII, 9 (c)]. *Fuero de Villaescusa de Haro,* [246]. *Fuero de Huete,* [218]. En el *Fuero de Plasencia*, la pena es de horca, [100]: "Todo omne que en otras partes mugier velada oviere et la primera viva seyendo, et otra mugier aduxiere a Plazencia, enforcale (…)". En el *Fuero de Zorita de los Canes*, la concubina es flagelada y su cómplice desterrado durante un año, [261]: "Del omne casado que touiere amiga.- Otroquesi, si el marido que su muger ouiere, siquier en Çorita siquier en otras partes, et paladina ment touiere amiga, deue ser echado dela uilla; ella deue seer fostigada", al igual que en el *Fuero de Brihuega*, si bien aquí también ella es arrojada fuera de la villa después de ser azotada, [99]: "Tod omne que touiere barragana conocida, auiendo mugier uelada, echenlo de la villa por i anno et ella seya fostigada, et echen la de la uilla".

159 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [XI, 36]: "(…) **Si mulier virum alibi habuerit**, et in concha alii nupserit, conburatur; si dominum fecerit, fustigetur per plateas, et per omnes calles ciuitatis, et eiciatur a ciuitate". Igual en *Fuero de Zorita de los Canes*, [260]. *Fuero latino de Teruel*, [374]. *Fuero romance de Teruel*, [487]. *Fuero de Iznatoraf*, [258]. *Fuero de Béjar*, [334]. *Fuero de Plasencia*, [100]. *Fuero de Baeza*, [259]. *Fuero*

atención normativa recibe este tipo de adulterio, a pesar de su reiterada condena canónica, cuando su actor fuese un varon, salvo que acabase desembocando en un delito de bigamia, al tratarse de institucionalizar la relación con un segundo matrimonio. Con todo, reinando Juan I, las Cortes de Briviesca de 1387 establecerían que el hombre casado que públicamente mantuviese una manceba perdería la quinta parte de su patrimonio, hasta un máximo de diez mil maravedíes. Cantidad que les sería entregada a los parientes de ésta –sobre la que también pesará una multa, fijada en un marco de plata– con el fin de engrosar su dote, si es que optase por contraer matrimonio, o de compensar al monasterio donde decidiese ingresar, pudiendo ir, también, destinada a proveer su manutención, si es que ella escogiese permanecer soltera, llevando una vida honesta. Ahora bien, si habiéndose inclinado por esta última posibilidad, no guardase el exigido comportamiento virtuoso, dicha suma sería repartida por tercios entre el acusador, la cámara regia y la villa donde se produjo el hecho condenado[160]. Pena que, incluso, aparece agravada en otra disposición de

de Úbeda, [XXVIII, 9 (b)]. *Fuero de Alcaraz*, [IV, 37]. *Fuero de Alarcón*, [244]. *Fuero de Villaescusa de Haro,* [245]. *Fuero de Huete,* [217].

160 Ley recogida con algunas interpolaciones, que son, precisamente, las que fijan el plazo de un año para realizar un nuevo casamiento y permiten destinar también esa cuantía a contribuir a su manutención, tanto si decidiese ingresar en un monasterio, como si optase por llevar una vida honesta, en *Ordenanzas Reales de Castilla*, [8, 15, 3]: "La pena de los omes casados que tienen mançebas.- Ordenamos que ningún ome casado non sea osado de tener nin tenga mançeba publicamente; e qual quier que la toviere de qual quier estado e condiçion que sea, que pierda el quinto de sus bienes fasta en quantía de diez mil maravedís para la nuestra cámara por cada vegada que la fallaren. E que la dicha pena sea puesta por los alcaldes en poder de un pariente o dos de la muger que sean abonados, que los tengan de manifiesto para que si ella quisiere casar e fazer vida onesta, que la dicha pena sea dada por bienes dotales al marido que con ella casare; e sean depositados los dichos maravedís fasta un año. O si quisiere entrar en orden, sea dada la dicha pena al monesterio para con que la dicha muger se mantenga. O si non quisiere casar nin entrar en orden, si se provare bevir onestamente en este año después que fuere quitada del mal estado en que estava, que le sean dados los dichos maravedís para que dellos se pueda mantener. Pero si la dicha muger tornare a bevir torpemente e non fiziere vida onesta como dicho es, que la dicha pena sea repartida: la terçia parte para el que lo acusare; e la otra terçia par la nuestra cámara; e la otra terçia parte para la justiçia que lo executare. E si non oviere quien lo acuse nin demande, que los alcaldes de su ofiçio, avida informaçion, proçedan a execuçion de la dicha pena e la repartan: la terçia parte para la nuestra cámara, e la otra terçia parte para los dichos alcaldes; e la otra terçia parte para obras pías, según que a los dichos alcaldes bien visto fuere". También en *Nueva Recopilación,* [8, 19, 5]: "Que pone la pena al hombre casado, que tuuiere manceba publicamente (…)", y *Novísima Recopilación*, [12, 26, 1]: "Pena del casado que tuuiere manceba pública (…)". Este mandato sería

Enrique III, del año 1400, por la que, además del castigo correspondiente a su delito, se ordenaba la confiscación de la mitad del patrimonio tanto del hombre que tuviese a una mujer casada por concubina y se negase a entregarla a la justicia, como de aquél que viviese amancebado en casa de su amante, abandonando el hogar de su mujer legítima[161]. Se trata, no obstante, de aisladas medidas legislativas, que van, principalmente, dirigidas a reprimir los concubinatos cuando su comisión comportase incurrir en el delito, mucho más grave, de adulterio.

b. Tratamiento del delito de adulterio en el derecho regio

De la tónica jurídica de enorme severidad en la represión del adulterio exhibida por los fueros municipales no se aparta en lo sustancial el derecho regio. Así, allí donde rige el Fuero Juzgo, pervive la tradición visigoda de permitir al marido que disponga libremente de la persona de los culpables y que se apropie de sus respectivos bienes cuando no tuviesen hijos legítimos con derechos sobre ellos, distinguiéndose, respecto a los descendientes de la mujer, entre los nacidos con anterioridad a la comisión del delito y de otro matrimonio, que recibirán su parte correspondiente en la herencia materna, y los alumbrados después –se presume que del marido, porque de ser hijos del cómplice serían ilegítimos–, cuyas legítimas pasarán a manos del padre hasta que se produzca el fallecimiento de su madre, excepto si hubiesen sido engendrados cuando éste tenía ya

refrendado en las Cortes de Toledo de 1480 (cap. 71), donde, siendo la sanción prevista para ella, la misma fijada en Briviesca, la reincidencia se castiga, además de con el consabido marco de plata, con el destierro por un año, y si todavía volviese a caer por tercera vez en el mismo delito, con cien azotes públicos. No varía, en contraste, la pena señalada en Briviesca para el marido amancebado. Datos sobre la relativa extensión de esta práctica en el siglo XV los proporciona R. Córdoba, *Las relaciones extraconyugales*, pp. 594-595.

161 *Nueva Recopilación,* [8, 19, 6]: "Que el hombre que tuuiere muger casada contra la voluntad de su marido por manceba: y el casado que viuiere amancebado en casa de la manceba, dexando la de su muger, incurra en la pena desta ley.- Mandamos, que qualquier hombre que muger casada agena facare, y la tuuiere publicamente por manceba, seyendo requerido por el Alcalde, o por su marido que la entregue a la justicia, y no lo quisiere fazer, y le fuere prouado, demas de la pena del derecho pierda la mitad de los bienes, y sean para la Camara; y ansi mismo sea la mitad de los bienes para la Camara, del hombre que tuuiere muger a ley y bendicion de la Santa Madre Iglesia, y toma manceba, y viue con ella juntamente en vna casa, y no en casa con su muger". Repetido en *Novísima Recopilación*, [12, 26, 2]: "Pena del que tenga por manceba pública muger casada; y del casado que viviere en casa de la manceba, dexando la de su muger (…)".

conocimiento de que existía la infidelidad, pues en este caso no tendrá participación alguna en el patrimonio de la adúltera[162]. Solución que, en lo esencial, se reproduce en el Fuero Real[163], donde también se faculta al marido ultrajado para hacer lo que quiera con los amantes y quedarse, si careciesen de hijos legítimos, con sus pertenencias, aunque bajo la misma condición impuesta en diversos ordenamientos municipales, de no matar

162 Fuero Juzgo, [3, 4, 1]: "Si la muier faze adulterio con otro, seyendo con el marido.- Si algun omne fiziere adulterio con la muier aiena por fuerza, é aquel que lo faze, si a fiios legítimos en otra muier, este solo sea metido en poder daquesta muier forzada, é sus cosas finquen á los fijos legitimos. E si non oviere fiios legitimos que devan aver sus cosas, este sea metido en poder del marido daquella muier con todas sus cosas, é vénguese en él cuemo él se quisiere. Mas si el adulterio fuere fecho de voluntad de la muier, la muier é el adulterador sean metidos en mano del marido, é faga dellos lo que quisiere"; [3, 4, 3]: "De la muier casada que faze adulterio.- Si la muier casada faze adulterio, é non la presieren con el adulterio, el marido la puede acusar antel iuez por sennales é por presumpciones é por cosas que sean convenibles. E si pudiere seer mostrado el adulterio connozuda mientre, la muier é el adulterdor sean metidos en poder del marido, assi cuemo es dicho en la ley de suso, é faga dallos lo que quisiere"; [3, 4, 4]: "Si algunos matan los que fazen adulterio.- Si el marido ó el esposo mata la muier hy el adulterador, non peche nada por el omecillo"; [3, 4, 12]: "De las cosas de los que fazen adulterio.- En la ley de suso avemos establescido que la muier que faze adulterio, ella hy el adulterador deven seer metidos en poder del marido della. Mas porque los iuezes dubdan muchas vezes que deven fazer de sus cosas dellos, porende esblescemos assi que si el marido della pudiere mostrar el adulterio connocidamientre, é la muier que faze el adulterio y el adulterador si non ovieren fiios legitimos dotro casamiento, toda la heredad dellos é sus personas sean metidos en su poder del marido daquella muier que fizo el adulterio. E si el adulterador a fiios legitimos dotro casamiento, los fiios deven aver la heredad del, é la persona del solamientre sea metida en poder del marido. E si la muier a fiios legitimos dotro casamiento dante ó despues, los fiios del primero casamiento deven aver el quinnon de la heredad departidamientre en su poder, hy el quinnon de los otros fiios, que ovo despues que fizo el adulterio, sea en poder del marido, e délo á los fiios depues de la muerte della. E todavía en tal manera que pues que la muier que fizo el adulterio fuere en poder del marido, por nenguna manera non se ayunte carnalmente uno con otro, ca si lo fizieren, el marido non debe aver de las cosas della nenguna cosa; mas dévenlo aver los fiios legítimos; e si non oviere fiios, dévenlo aver los herederos mas propinquos. E otrosí mandamos guardar esta ley en aquellos que son desposados".

163 *Fuero Real*, [4, 7, 1]: "Si mugier casada fiziere adulterio, amos sean en poder del marido e faga dellos lo que quisiere e de quanto que an, así que non pueda matar el uno dellos e dexar el otro; pero si los fiios derechos ouieren amos o el uno delos sus fiios hereden sus bienes. Et si por auentura la mugier non fuer en culpa mas fue forçada, non aya pena". *Nueva Recopilación*, [8, 20, 1]. *Novísima Recopilación*, [12, 28, 1]. Obviamente, detrás de esta puesta a disposición del marido de los bienes y las personas de los adúlteros late la concepción tradicional romanovisigoda del adulterio como un crimen privado. J. Sainz Guerra, *La evolución*, p. 694.

a uno de ellos y perdonar la vida del otro[164]; no obstante, simultáneamente se redime a la mujer de padecer tan expeditivo correctivo cuando no tuviese culpa, por haber sido forzada a perpetrar el delito. Y muy similar castigo se contempla para la ruptura de su compromiso por la desposada que mantuviera relaciones carnales o se casara con otro hombre, con la diferencia de que, si bien al esposo frustrado se le deja convertirles en sus siervos, se prohíbe que acabe con ellos[165]. Otra circunstancia a la que

164 Así lo ratifican las *Leyes del Estilo* (cito por *Leyes del Estilo*, en *Los Códigos españoles concordados y anotados,* I, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1849, 305-344), que reflejan la forma en la que el Fuero Real era aplicado en el tribunal regio, de tal modo que si uno de los adúlteros consiguiera escapar, el marido no podría matar al que el juez hubiese puesto ya a su disposición tras condenarlo, hasta que el otro fuese también capturado, juzgado y sentenciado, [93]: "Como el marido no puede matar al uno de los adúlteros, è dexar al otro.- En el título de los Adulterios, en la primera Ley dice asi: Si muger casada face adulterio, ambos sean en el poder del marido, è faga dellos lo que quisiere, é de lo que han, asi que no pueda matar el uno dellos, è dexar al otro. Sobre estas palabras, si acaesce que se vaya el uno, è prenden al otro, y el preso es vencido de adulterio por Juicio, dargelo han los Alcaldes en poder del marido, y el marido debelo tener: mas no lo debe matar fasta que haya el otro, y le venza por juizio, porque los mate ambos si quisiere". La explicación de esta medida residiría, según J. Escriche, *Diccionario razonado,* I, voz «Adulterio», 318-327, p. 319, en el propósito de evitar que el marido, de acuerdo con su mujer, matase a un rival o enemigo suyo, o que en connivencia con un tercero matase a su mujer.

165 *Fuero Real*, [4, 7, 2]: "Si mugier desposada derechamiente casare con otro o fiziere adulterio, él e ella con sus bienes sean metidos en poder del esposo, assí que sean sieruos mas que non los pueda matar; e otrosí de sus bienes faga él lo que quisiere, i ningun dellos non ouiere fiios derechos". Una regulación muy similar se contiene en el *Ordenamiento de Leyes de Alcalá de Henares* (cito por *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. I, Madrid, Publicidad, 1847-1851, 426-483), [XXI, 1]: "De la mugier desposada que façe adulterio, en qué pena cae; et que la mugier casada ó desposada non pueda desechar al marido ò al Esposo de la acusacion, por decir que fiço adulterio.- Contienese en el fuero delas leys, que si la mugier que fuere desposada, ficiere adulterio con alguno, que amos à dos sean metidos en poder del Esposo, así que sean sus sieruos, mas que los non pueda matar; et porque esto es exemplo è manera para muchas dellas façer maldat, e meter en ocasión e verguença á los que fueren desposados con ellas, porque non pueden casar en vida dellas, por ende por tirar este yerro, tenemos por bien, que pase en esta manera de aquí adelante; que toda mugier que fuere desposada por palabras de presente con ome, que sea de edat de catorce annos compridos, è ella de doce acabados, è ficiere adulterio, si los el Esposo fallare en uno, que los pueda matar por ello si quisiere à amos a dos, asì que non pueda matar el vno, e dejar al otro, pudiendolos amos matar à entambos. Et si los acusare à amos à dos ò à qualquier dellos, que aquél contra quien fuere judgado, que le metan en poder del Esposo, que faga del, è de sus vienes lo que quisiere. Et quela mugier non se pueda escusar de responder à la acusacion del Marido, ò del Esposo, por decir que quiere prouar que el Marido, o el Esposo cometio adulterio". Esta ley, que se corresponde con la ley 16 del Ordenamiento de Segovia de 1347, aparece también en las *Ordenanzas Reales*

se presta atención es la de que la mujer abandone el hogar, sea o no por causa de adulterio, ordenándose que pierda tanto las arras como su parte de los gananciales[166].

Mucho más minuciosas en su regulación que los ordenamientos precedentes, tampoco en este tema van a insertarse las Partidas dentro de la trayectoria evolutiva descrita por el derecho tradicional castellano, pues guardan una estrecha conexión con su inspiración tardorromana, a través de una serie de leyes en las que, curiosamente, se despliega una mayor intransigencia con el cómplice que con la propia adúltera. De esta manera, adoptando la línea moderadora introducida por Justiniano (Novela 134, capítulo 10) respecto a la crudeza de la pena capital instaurada por Constantino para ambos participantes en el delito, en este cuerpo legal –a diferencia del padre que hallase a su hija yaciendo con un extraño, que

de Castilla, [8, 15, 2]: "Que la muger desposada, asi fiziere adulterio, aya la mesma pena de la casada (…)", la *Nueva Recopilación*, [8, 20, 3]: "Que la muger desposada, si hiziere adulterio, aya la misma pena de la casada (…)", y la *Novísima Recopilación*, [12, 28, 2]: "Pena de la muger desposada que hiciere adulterio, y de su cómplice (…)".

166 *Fuero Real*, [4, 5, 5]: "Si alguna mugier se partiere de su marido e se fuere a onta dél, sin la pena de las arras que es puesta en la ley pierda todo quanto deue auer de lo que ganaron en uno e áyalo el marido". Este precepto es completado por *Fuero Real*, [3, 2, 6]: "Si alguna mugier fiziere adulterio, sil fuere prouado, pierda las arras si el marido quisiere. Otrossí si la mugier se fuere de casa a su marido o se partiere dél por razón de fazer adulterio, pierda las arras, maguer que non sea prouado que cumplió la maldat que quiso por algún embargo non la pudo fazer, pues que non fincó por ella de lo complir". Es decir, se prevén tres supuestos diferentes, sujetos a idéntica pena: a) adulterio episódico; b) adulterio y marcha de la casa, con el fin de instalarse con su cómplice; c) en el mismo caso anterior, ella o su amante se arrepienten, no consumándose el delito. En sus glosas «Si quisiere» y «De casa, marido», a esta ley, A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real de España*, pp. 19-21, llama la atención sobre varios aspectos que considera relevantes: uno, el del ya sabido trato desigual dispensado a la mujer y al marido, que contrasta con la posibilidad de presentar acusación concedida a la primera en el derecho canónico (*Decretales de Gregorio IX*, 1, 38, 5); segundo, cuando ésta hubiese sido instituida heredera o legataria por su difunto marido, perderá esta condición si mantuviera relaciones con otra persona, lo que Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 135 (y sobre el conjunto de esta glosa pp. 134-136), cree posiblemente ligado a una influencia de la exigencia de llevar una vida honesta hecha a la viuda en el derecho visigodo; también sostiene que el perdón del agraviado se presumirá cuando, conociendo el crimen de su mujer, no la acusa formalmente; por último, con base en el derecho justinianeo, considera que debe entenderse que existió adulterio cuando la mujer pasase la noche fuera del hogar sin causa justificada, excepto si se hubiera refugiado en casa de sus padres o de otra persona por temor al marido, o porque éste le hubiese expulsado del hogar, en cuyo caso tendrá derecho a la restitución de la dote.

podría dar muerte a ambos, aunque no a uno solo de ellos[167]–, al marido ofendido se le autoriza a quitar la vida del hombre al que sorprendiese *in fraganti* en contacto íntimo con su mujer o con su esposa, a no ser que se tratase de una persona de elevada condición, pues en este caso tendrá que acusarle ante la justicia, pero sin tener permitido acabar con su cónyuge[168], que, tanto dándose esta evidencia como si el agraviado no tuviese constancia directa de su infidelidad, deberá ser conducida ante el juez, para ser sometida a un procedimiento aclaratorio, a resultas del cual, si se probase su culpabilidad, su amante, de no haber sido liquidado ya por el afrentado, será ejecutado, mientras que ella será condenada a la pena de azotes, y después confinada en un monasterio, donde permanecerá durante el resto de sus días, a menos que en el transcurso de los dos primeros años el ofendido le otorgase su perdón, permitiéndole retornar

167 La razón que proporciona la propia ley para introducir esta precaución, es la de que movido por la compasión hacia su hija, el padre tenderá a evitar el dar muerte a su amante. *Partidas*, [VII, XVII, XIV]: "Como el padre que fallasse algun ome yaziendo con su fija que fuesse casada, los deue matar a ambos, e non a ninguno.- A su fija que fuese casada, fallandola el padre faziendo adulterio con algund ome en su casa mesma, o en la del yerno, puede matar a su fija, e al ome que fallare faziendo enemiga con ella; pero non deue matar al vno, e dexar el otro, e si lo fiziere, cae en pena, assi como adelante se demuestra. E la razon por que se mouieron los sabios antiguos a otorgar al padre este poder de matar a ambos, e non al vno, es esta: porque puede el ome auer sospecha que el padre aura dolor de matar su fija, e porende estorcera el varon por razon della. Mas si el marido ouiesse este poder, tan grande seria el pesar que auria del tuerto que recibiesse, que los mataria a entrambos (...)". No obstante, esta potestad de intervención paterna habría quedado desautorizada en virtud de la propia ley 47 de Toro, que declaraba la emancipación de la hija por el casamiento. Así lo hace notar Gregorio López en su glosa (h): «A su fija» a esta ley.

168 *Partidas*, [VII, XVII, XIII]: "Como vn ome puede matar a otro que fallasse yaziendo con su muger.- El marido que fallare algund ome vil en su casa, o en otro lugar yaziendo con su muger, puede lo matar sin pena ninguna, maguer non le ouiesse fecho la afruenta que diximos en la ley ante desta. Pero non deue matar la muger, mas deue fazer afruenta de omes buenos de cómo lo fallo, e de si meter la en mano del judgador que faga della la justicia que la ley manda. Pero si este ome fuere tal a quien el marido dela muger deue guardar, e fazer reuerencia, como si fuesse su señor, o ome que lo ouiesse fecho libre: o si fuesse ome honrrado, o de gran lugar, non lo deue matar porende: mas fazer afruenta de cómo lo fallo con su muger, e acusarlo dello ante el juzgador del lugar, e despues que el juzgador supiere la verdad deuel dar pena de adulterio". A pesar de esta distinción legal en el tratamiento de los hombres villanos y los nobles, Gregorio López, en su glosa (g) «Ome vil» a esta ley, apoyándose en *Ordenanzas Reales de Castilla*, [8, 15, 2] y la ley 82 de Toro, sostendrá que unos y otros podrían ser matados si fuesen cogidos durante la comisión del delito, como, en realidad, así ocurría en la práctica. Por otra parte, en su glosa (d) «Matar la muger», afirma que esta benevolencia con la mujer había sido posteriormente corregida por las leyes del reino.

al domicilio conyugal[169]. La adultera además se verá privada de la dote, de las arras y de su porción de los gananciales, pasando todo este caudal a poder de su consorte, que, sin embargo, deberá devolvérselo si, al final, decidiese indultarla antes de expirar el referido plazo de dos años; y de sus demás propiedades, dos terceras partes irán a sus descendientes y el tercio restante al convento donde hubiese sido recluida, que, no obstante, cuando no existiese dicha descendencia, recibirá los dos tercios, quedando el otro para los ascendientes de la internada, o la totalidad, en defecto también de estos parientes[170]. Hay, sin embargo, una circunstancia que concitando una especial repulsa social, concurre como agravante: la de que su reprobable acción la hubiese consumado con un siervo, lo que provoca un inclemente endurecimiento del castigo, consistente en perecer ambos devorados por el fuego[171]. Puede suceder, también, que, no habiendo presenciado el marido supuestamente traicionado el engaño, concurran otros testigos dignos de crédito que declaren haber visto a la mujer salir

169 Esta remisión de la pena por el ofendido, que era bastante frecuente, a menudo se plasma en unos documentos que desde el siglo XIV son denominados «cartas de perdón de cuernos». Véase, R. Córdoba, *Las relaciones extraconyugales*, pp. 586-587.

170 *Partidas*, [VII, XVII, XV]: "Que pena meresce el ome, o la muger que faze adulterio, e como se pueden perder la dote e las arras, e como se pueden cobrar.- Acusado seyendo algund ome que ouiesse fecho adulterio, si le fuesse prouado que lo fizo, deue morir porende: mas la muger que fiziese el adulterio, maguer le fuesse prouado en juyzio, deue ser castigada, e ferida publicamente con açotes, e puesta e encerrada en algun monasterio de dueñas: e demas desto deue perder la dote, las arras que le fueron dadas por razon del casamiento, e deuen ser del marido. Pero si el marido la quisiere perdonar despues desto, puede lo fazer fasta dos años. E si le perdonare el yerro, puede la sacar del monasterio, e tornarla a su casa: e si la recibiere despues assi, dezimos que la dote, e las arras, e las otras cosas que tienen de consuno, deuen ser tornadas en aquel estado que eran ante quel adulterio fuesse fecho. E si por auentura non la quisiesse perdonar, o si muriesse en ante delos dos años: estonces deue ella recebir el abito del monasterio e seruir enel a Dios para siempre, assi como las otras monjas. E los otros bienes que ouiere que non sean de dote, nin de arras, si ouiere fijos, o nietos, deuen ellos auer destos bienes las dos partes, e el monasterio la tercera. E si fijos, o nietos non ouiere: estonce si tal muger ha padre o madre, o auelo, o auela que non fuessen consentidores del adulterio, deuen auer la tercia parte, e el monasterio las dos. E si por auentura non ouiere ninguno destos parientes sobredichos, deuen ser todos los bienes del monasterio en que fue metida (...)".

171 *Partidas*, [VII, XVII, XV]: "(...) Pero si la muger casada fuesse prouado que fiziesse adulterio con su sieruo, non deue auer la pena sobredicha, mas deuen ser quemados ambos a dos porende (...)". Gregorio López, en sus glosas (i), «Con su sieruo», y (a), «Quemados», a esta ley, señala que para la ejecución de este castigo será indiferente que el siervo lo sea del marido o de la mujer. Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 267, apunta que, dada la extrema dureza de la pena, es difícil pensar que se aplicara realmente.

de su casa contra la voluntad de aquél y dirigirse a la de algún individuo sospechoso, imponiéndosele entonces, igualmente, el traspaso al cónyuge burlado de la dote, las arras y su parte de los gananciales, cuya restitución no podrá reclamar ni siquiera en el supuesto de que después obtuviese su indulgencia[172]. Es más, si intuyese la connivencia existente entre ellos, pero no pudiese demostrarla, el marido podrá prevenir al presunto culpable, ante un notario público y con testigos, para que se abstenga de hablar con su mujer, la cual será conminada a hacer exactamente lo mismo, de tal manera, que si éstos desoyesen su advertencia, podrá acusarles ante el tribunal, e, incluso, si les descubriera reuniéndose a escondidas o en un lugar inapropiado, podrá matar impunemente al galanteador, aunque no lograse probar que su deshonra hubiese llegado a producirse[173]. Interesa,

172 *Partidas*, [VII, XVII, XV]: "(...) Otrosi dezimos, que si alguna muger casada saliesse fuera de casa de su marido, e fuyesse a casa de algun ome sospechoso contra voluntad de su marido, o contra su defendimiento, si esto pudiere ser prouado por testigos, que sean de creer, que deue perder porende la dote, e las arras e los otros bienes que ganaron de consuno, e ser del marido: pero si los fijos le fincassen desta muger mesma, ellos lo deuen auer despues dela muerte de su padre: e maguer aya fijos de otra muger, non deuen auer alguna cosa destos bienes atales. E si por auentura la perdonare el marido, e la recibiere, non aura despues demanda en estos bienes por esta razon". La pérdida de la dote derivada del adulterio cometido es confirmada en *Partidas,* [IV, XI, XXIII]: "Por quales razones gana el marido la dote que le fizo la muger, o ella la donación que fizo el marido por razon del casamiento.- (...) por alguna destas tres maneras. Lavna es por pleyto que ponen entre si. La otra por yerro que faze la muger, faziendo adulterio. La tercera por costumbre (...)". En su glosa (f), «Que haze la muger», a esta ley, Gregorio López opina que, análogamente, la mujer se lucrará con la *donatio propter nupcias* cuando el delito hubiese sido cometido por el marido.

173 *Partidas*, [III, XIV, XII]: "Como el pleyto criminal non se puede prouar por sospecha si non en cosas señaladas (...) Pero cosas y a señaladas en que el pleyto criminal se prueua por sospechas: maguer non se auerigue por otras prueuas. E esto seria quando alguno que ouiesse sospecha de otro que le faze: o quiere fazer tuerto de su muger: e lo afrontare tres vezes por escritura que sea fecha por mano de escriuano publico, e ante testigos diziendole que se quite del pleyto della: e castigando avn a su muger que se guarde de fablar con aquel ome. Ca si despues desso lo fallasse con ella en su casa, o enla dela muger, o en la del otro, que quiere fazer le desonrra: o en huerta o en casa apartada de fuera de villa: o de los arrauales, puede lo matar sin pena ninguna, maguer non se pudiesse prouar que ouiesse fecho yerro con ella. E esto puede fazer tan solamente por esta razon porque despues del afrenta los fallo fablando en vno: mas si los fallasse fablando apartadamente enla eglesia despues que tal afrenta le ouiesse fecho, assi como de suso diximos puede el marido prenderlos a amos a dos edarlos al mayoral de la eglesia, o a los clerigos que se acertassen y que los tengan guardados a amos ados apartadamente acada vno dellos, fasta que venga el judgador que los demande al obispo, e que los tome para dar les la pena que merecen según mandan las leyes deste libro que fablan de los adulterios.

finalmente, destacar que las Partidas, al identificar con inusitado detalle las personas capacitadas para plantear la acusación[174], las instancias y los plazos en los que ésta debe sustanciarse[175], y los trámites a seguir hasta lle-

Otrosi dezimos que si en otro logar qualquier los fallare apartados en vno luego el marido deue fazer afruento de tres testigos de cómo los falla fablando en vno, e de si prenderlos: e darlos al juez del logar, e el judgador puede, e deue les dar pena de adulterio: maguer otra prueua: o otro aueriguamiento non diese contra ellos, si non tan solamente esta sospecha que los fallaron fablando en vno, despues que el afruento sobre dicho les fue fecho (...)".

174 *Partidas,* [VII, XVII, II]. Véase nota 181.

175 En *Partidas*, [VII, XVII, III] se permite al marido presentar la acusación por el adulterio cometido constante matrimonio en los sesenta días hábiles siguientes a su disolución por el tribunal eclesiástico. Pasado ese plazo, si ni el marido ni el padre lo hubiesen hecho, cualquiera del pueblo puede acusarla en el término de cuatro meses. Si fuese denunciada después del fallecimiento del marido, el plazo será de seis meses a contar desde que tuvo lugar el hecho, pendiendo sobre el acusador idéntica pena a la reservada para ella si no consiguiese probarlo dentro de dicho período. Y lo mismo sucederá con el marido o cualquiera de los facultados que presentase la acusación durante la vigencia del enlace: "Como puede ser acusada la muger de adulterio, despues que fuere partida de su marido por juyzio de santa yglesia. Cuydarian algunos que despues que el casamiento fuesse partido por juyzio de santa yglesia, que non podria el marido acusar ala muger del adulterio que ouiesse fecho, quando biuiesse con ella. E porende dezimos que non es asi. Ca bien la puede el acusar para le fazer dar pena de adulterio, desde el dia que el fue partido della por juyzio fasta sesenta dias. E dezimos que non se deuen contar ningunos de los dias en que los judgadores non han poder de judgar otrosi non deuen ser contados entre ellos los dias en que el marido non pudo esto fazer por algund embargo derecho que ouo de aquellos, porque los omes se deuen escusar quando son emplazados, si non vienen al emplazamiento (...) E si acaeciesse que el marido nin el padre non la acusassen enlos sesenta dias de suso dichos, dezimos que la pueden aun acusar despues ellos, o cada vno del pueblo fasta quatro meses, que sean contados en la manera que diximos de suso, que se deuen contar los sesenta dias. Otrosi dezimos que si alguna muger fiziesse adulterio, e en vida del marido non fuesse acusada del, que la pueden acusar despues dela muerte de su marido, fasta seys meses, que comiencen a ser contados en aquel dia que ella fizo el adulterio (...)". Como recuerda Mª J. Collantes de Terán, *El delito de adulterio*, p. 210-212, este sistema de plazos reproduce fielmente el establecido en el Digesto y en el Código. Señalando, además, que la previsión realizada respecto al fallecimiento del marido presenta dos problemas: uno, que si el plazo se computase desde la consumación del delito, la acusación sólo podría ser planteada cuando el óbito acaeciese dentro de los sesenta días posteriores; el otro, de ser de aplicación, como es opinión común en la doctrina, la limitación exclusiva al marido de la facultad de acusar que se deduce del Fuero Real, entonces ya nadie podría asumir esta competencia.

Refiriéndose a los casos no previstos en la ley anterior, es decir cuando persiste la convivencia marital, *Partidas*, [VII, XVII, IV] atribuye jurisdicción al juez civil y fija un plazo de prescripción de cinco años, con la excepción de que el crimen hubiese sido realizado mediando fuerza, aumentándose entonces dicho período a treinta años: "Ante quien, e fasta quanto tiempo puede ser fecha la acusacion del adulterio Delante del juez

gar a la sentencia[176], suponen un avance importante en el encauzamiento por las vías judiciales de la represión de un crimen que, siendo susceptible de dar rienda suelta a desmedidos apasionamientos, a menudo discurría, como seguirá haciéndolo en el futuro, externamente a las mismas[177].

c. Reglas uniformadoras en la legislación de Toro

A partir de tales antecedentes, el ordenamiento de Toro va a dedicar a este asunto tres preceptos que, una vez más, tratan de marcar directrices uniformes ante la diversidad de regulaciones coexistentes. El primero de ellos, la ley 80, se limita, muy escuetamente, a desautorizar que la acusación del marido recaiga sobre uno solo de los adúlteros, estando ambos vivos[178]. Medida que, al otorgar únicamente al marido la capacitación para

seglar que ha poderio de apremiar el acusado puede ser fecha la acusacion del adulterio desde el dia en que fue fecho este pecado, fasta cinco años, e dende en adelante non podría ser fecha acusacion sobre el: fueras ende si el adulterio fuese fecho por fuerza. Ca estonce bien podria ser ende acusado el que lo fizo fasta treynta años. E este tiempo que diximos en esta ley ha lugar cuando el casamiento no fuesse departido por muerte del marido, nin por juyzio de santa yglesia. Ca estonce deuen ser guardados los tiempos que diximos en la ley ante desta".

176 Por su carácter eminentemente procesal, no reproduciré los preceptos en los que se detallan estos trámites. *Partidas*, [VII, XVII, VII]: "Quales defensiones otras puede poner ante si la muger que fuesse acusada de adulterio para rematar las acusaciones (...)"; [VII, XVII, VIII]: "Delas otras defensiones que puede poner ante si el varon, o la muger que fueren acusados de adulterio contra los que los acusan (...)"; [VII, XVII, IX]: "Delas otras defensiones que puede poner ante si el varon, o la muger que fueren acusados de adulterio contra los que los acusan (...)"; [VII, XVII, X]: "Como deue yr el judgador adelante enel pleyto dela acusacion del adulterio, despues que fuere començado (...)"; [VII, XVII, XI]: "Como se puede prouar, e aueriguar el adulterio por razon de sospecha (...)"; [VII, XVII, XII]: "Como deue ome afrontar a aquel de que ha la sospecha por razon de su muger (...)". En materia de prueba, véase, Mª. J. Collantes de Terán, *El delito de adulterio*, pp. 216-218.

177 Las fuentes documentales demuestran que, todavía en el siglo XV, era bastante habitual que el marido se tomase la justicia por su mano, liquidando a los adúlteros sin iniciar procedimiento alguno. Homicidio que, normalmente, se condenaba con la pena de muerte, aunque ésta podía ser conmutada a través de tres fórmulas: 1. El perdón de los parientes, hasta el cuarto grado, de la víctima, reconociendo la justicia de su venganza. 2. El indulto regio en recompensa por los servicios prestados a la Corona. 3. El acogimiento a alguno de los privilegios existentes respecto a los homicidios. Véase, R. Córdoba de la LLave, *Las relaciones extraconyugales*, pp. 589-591.

178 *Leyes de Toro*, [80]: "El marido no pueda acusar de adulterio á uno de los adúlteros seyendo vivos: mas que ambos adultero y adultera los haya de acusar, ó á ninguno". *Nueva Recopilación*, [8I, 20, 2]. *Novísima Recopilación*, [12, 28, 3]. Esta prohibición

formular la acusación, viene a coincidir con lo señalado en el Fuero Real, que a pesar de abrir a «todo omne» el ejercicio de esta facultad, de hecho la había puesto en manos del cónyuge engañado, al ofrecerle las opciones de acusar, abstenerse de hacerlo, o ni acusar ni permitir que otra persona asumiese este papel[179]. Una atribución exclusiva que suponía reducir las posibilidades admitidas en el Fuero Juzgo[180], y a la que se contraponía la ampliación del círculo realizada en las Partidas, donde rescatando la vieja regla, por entonces restrictiva, impuesta por el emperador Constantino (C. 9, 9, 30), junto al marido, que tendría un derecho preferente, y que, aunque podría inhibirse, en el caso de reincidencia corría el riesgo de ser tachado de negligente, se habilitaba para promover la causa al padre de ella, a su hermano y a sus tíos carnales, paterno y materno, pero quedan-

de acusar a uno solo de los copartícipes en el delito entraba en contradicción con la ley recogida por Díaz de Montalvo en las *Ordenanzas reales de Castilla*, [8, 15, 2], que permitía excluir de la denuncia a uno de ellos: "(…) si el esposo los fallare en uno, que los pueda matar si quisiere a amos a dos, asi que non pueda matar al uno e dexar al otro podiéndolos amos a dos matar. E si los acusare a amos o a qual quier dellos que aquel contra quien fuere juzgado, que lo metan en su poder e fagan de él e de sus bienes lo que quisieren (…)". A. de Acevedo *Comentarii iuris civilis*, glosa V, NR, [8, 20, 3], fol. 401, núm. 23, intentará un tanto forzadamente, salvar esta aparente incoherencia, arguyendo que las Ordenanzas se refieren al caso de que uno de ellos hubiera muerto.

179 *Fuero Real*, [4, 7, 3]: "Quando alguna mugier casada o desposada fiziere adulterio, todo omne la pueda accusar; e si el marido non la quisiera accusar nin quisiere que otri la acusse, ningund non sea reçebido por acusador en tal fecho, ca pues él quiere perdonar a su mugier este peccado, non es derecho que otri ge lo demande nin sobrél la accuse". Así interpretaron lo dispuesto en esta ley casi todos los autores. Entre ellos, A. Díaz de Montalvo, en su glosa «No sea recebido» a esta ley. Gregorio López, glosa (h) «Tan negligente» a Partidas, [VII, XVII, II]. A. Gómez, *Ad leges Tauri,* l. 80, fol. 390, núm. 49. A de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa V, NR, [8, 20, 2], fol. 317r, núm. 1. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 80, p. 538, núm. 21. No suscribe esta opinión M. de Cifuentes, *Nova lectura,* l. 81, fol 48v, que apuesta por una lectura literal de la norma, entendiendo que solamente si el marido desistiese de acusarla y se opusiese a que otros lo hiciesen por él, tendrían los demás limitado este derecho. Sobre esta cuestión, Mª J. Collantes de Terán, *El delito de adulterio*, pp. 205-206.

180 Donde a falta del marido, se otorgaba tal facultad a los hijos legítimos o, cuando éstos fuesen menores de edad, a los parientes próximos de aquél. *Fuero Juzgo,* [3, 4, 13]: "(…) E porque las mujeres que se despagan de sus maridos, muchas vezes fazen adulterio, é fazen a sus maridos seer sandios por algunas yerbas que les dan, e por algun malfecho, assi que maguer que ellos saben el adulterio de la muier, non lo puedan acusar, nin se puede quitar de su amor della; hy esto devemos aquí guardar, que si aquella muier y el marido an fiios legitimos, aquellos pueden el adulterio de su madre acusar, assi cuemo el marido lo podríe acusar. E si non ovieren fiios, o no son de tal edad que esto puedan complir, los parientes mas propinquos del marido la puedan acusar (…)".

do excluidos los extraños[181], excepción hecha de su eventual intervención, dentro de determinados plazos y condiciones, en los supuestos especiales de que la denuncia se plantease después de fallecido el marido o una vez disuelto el matrimonio, en virtud de la sentencia emitida por un tribunal eclesiástico[182]. Por eso, a tenor de lo ahora dispuesto, diversos juristas, como Antonio Gómez, Alonso de Acevedo y Álvarez Posadilla, afirmarán que la norma del Fuero Real, no habiendo sido sustituida por la contenida en las Partidas, seguía estando vigente y se practicaba[183]. Opinión mayoritaria que resultaría corroborada por una pragmática dada el 21 de mayo de 1491 por los Reyes Católicos[184]. Y que también suscribirá Gregorio López[185], quien, consecuente con ello, negará al juez la potestad de proceder de oficio, iniciando un procedimiento inquisitivo sobre la comisión de este delito[186]. No obstante, esta interpretación, que era acorde con lo dispuesto en la citada pragmática de 1491, vendría a ser rebatida por

181 *Partidas,* [VII, XVII, II]: "Quien puede acusar ala muger de adulterio, teniendola el marido en su casa. Mvger casada faziendo adulterio, mientra que el marido la tuuiesse por su muger, e que el casamiento non fuesse partido, non la puede ninguno acusar, si non su marido, o su padre della, o su hermano, o su tio hermano de sus padre, o de su madre, porque non deue ser denostado el casamiento de tal muger por acusacion de ome estraño, pues que el marido, e los otros parientes sobredichos della, quieren sufrir, e callar su desonrra, e sobre todos estos, el marido ha mayor poder, e deue ser primero recebido afazer la acusación de su muger, queriendo la el acusar. Pero si el marido fuesse tan negligente que la non quisiesse acusar, e ella fuesse tan porfiosa en la maldad que se tornasse aun a fazer el adulterio: estonce podría acusar el padre: e si el padre non lo quisiesse fazer, puedela acusar vno delos otros parientes sobredichos della, mas los otros del pueblo non lo pueden fazer por las razones sobredichas".

182 *Partidas*, [VII, XVII, III]. Véase nota 175.

183 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 80, fol. 390, núm. 49. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, V, NR, [8, 20, 2], fol. 396, núms. 4 a 9. J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 81, p. 433. También, J. Escriche, *Diccionario razonado*, I, voz: «Adulterio», p. 321.

184 La pragmática, dictada en Sevilla, regulaba el procedimiento a seguir contra las mancebas de los clérigos. *Nueva recopilación*, [8, 19, 2]: "(…) y que la tal muger casada no pueda ser demandada en juyzio ni fuera del, saluo si su marido la quisiere acusar (…)". También en *Libro de las bulas y pragmáticas de los Reyes Católicos*, Toledo, Imprenta Juan Ferrer, 1550 (ed. facsímil, Madrid, Instituto de España, 1973), 162v-164r. *Novisima Recopilación*, [12, 26, 4].

185 Lo hace en su glosa (g) «Cada uno del pueblo», a *Partidas*, [VII, XVII, III].

186 G. López, glosa (h), «Tan negligente», a *Partidas*, [VII, XVII, II]. La razón que aduce es que, estando prohibida la acusación, asimismo debe entenderse desautorizada la iniciación de una pesquisa, y que además, sin existir previa acusación del marido, la condena de la mujer suscitaría gran escándalo. Afirmación, la última, que incluso pensando en la época en la que escribe López, la considera muy discutible S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 80, pp. 538-539, núms. 24 a 28.

otra pragmática dada por los Reyes Católicos en Madrid, el 30 de enero de 1503, que ordenaba actuar a la justicia contra las mancebas de los clérigos, aun cuando estando casadas, sus maridos no las hubiesen acusado ni deseasen que se procediera contra ellas[187]. Conviene destacar, además, que no contemplando la ley 80 la circunstancia de que la víctima de la traición al compromiso conyugal fuese la mujer, hay que concluir que ésta seguía teniendo cerrado el acceso a la jurisdicción civil, que ya le habían clausurado las Partidas con el mencionado argumento de que el adulterio masculino no era origen de daño para ella ni de demérito para su honra; eso sí, ello sin perjuicio de que le fuese permitido llevar su denuncia ante la justicia eclesiástica[188].

Mayor enjundia presenta el contenido de la ley 81 de Toro, en cuyo enunciado cabe distinguir dos partes. En primer lugar, se señala que el hecho de que la mujer casada o la desposada por palabras de presente que hubiese incurrido en adulterio pudiese probar la nulidad de su matrimonio por concurrir un impedimento de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, de bigamia, o de voto de castidad o de entrada en religión, o cualquier otro dirimente, no privará al marido de la potestad de acusar a los dos adúlteros de igual manera que si el casamien-

187 *Nueva Recopilación,* [8, 19, 3]: "(…) ordenamos y mandamos, que cada y quando alguna de las dichas mugeres estuuieren en casa de los mismos Clerigos y Beneficiados en la manera susodicha, que las nuestras justicias, auida informacion dello, punan y castiguen las tales mugeres, conforme a la ley primera deste titulo, bien assi como si las tales mugeres no fuessen casadas; y aunque sus maridos no las acusen, y digan que no quieren que las dichas justicias las castiguen (…)". *Libro de las bulas y pragmáticas*, 165v-166r. *Novísima Recopilación*. [12, 26, 5]. Véase Mª J. Collantes de Terán, *El delito de adulterio*, pp. 208-209.

188 *Partidas,* [VII, XVII, I]. Véase nota 146. En su glosa (c): "Nin desonrra a la suya» a esta ley, apoyándose en su propia literalidad, Gregorio López refuta la opinión expresada por Baldo en su glosa a [Código, 9, 9, 1], en que se inspira este precepto, al admitir la posibilidad de intentar la acción de injurias contra esta ruptura del compromiso de fidelidad conyugal. [IV, IX, II]: "Ante quien deue ser fecha la acusacion en razon de adulterio, en que manera.- (…) En todas estas maneras sobredichas en estas dos leyes, que puede acusar el marido a la muger, puede según sancta eglesia, acusar ella otrosi a el, si quisiere e deue ser oyda, tan bien como el". [IV, IX, XIII]: "En que razon se deue obligar ala pena del talion, o en que non, el que acusare el matrimonio, por razon de adulterio.- (…) En qualquier destas maneras de suso dichas en esta ley, e en las de ante della, que puede acusar el marido ala muger, puede ella otrosi acusar al marido si fuera menester. Ca en tales acusaciones, como estas, el marido, e la muger egualmente deuen ser juzgados segund manda santa eglesia. Pero tal egualdad non deue ser cabida en todo, ante juez seglar, segund las leyes delos sabios antiguos (…)".

to fuese válido. Y en el párrafo final se concreta el castigo reservado para la adultera y su amante, con remisión al precepto del Fuero Real relativo a la materia, que, como dijimos, ponía a disposición del marido engañado tanto sus bienes, siempre que no tuviesen descendencia legítima con derecho sobre ellos, como sus personas, pero con la limitación, ausente en las Partidas, donde se toleraba que matara solamente al cómplice, de no poder terminar con la vida de uno de ellos y respetar la del otro[189].

Acerca de esta disposición hay que hacer notar que la equiparación de los esponsales con el matrimonio había sido introducida, a estos efectos, por el Ordenamiento de Alcalá de Henares, separándose en este punto del Fuero Real, que únicamente autorizaba al esposo a convertir a su prometida y a su copartícipe en sus siervos, pero no a poner término a sus días[190]. Por otro lado, siendo la ley correctora del derecho común, que entendía que, en este supuesto, el marido no podía denunciar a la mujer *iure mariti*, sino solamente *iure extranei*, el principal motivo de reflexión suscitado entre sus comentaristas girará en torno a si lo preceptuado en Toro sería de aplicación al matrimonio nulo por defecto de consentimiento. Una cuestión sobre la que la mayoría de los juristas: Castillo, Cifuentes, Antonio Gómez o Acevedo, se pronuncia en sentido negativo[191],

189 *Leyes de Toro*, [81]: "Si alguna muger estando con alguno casada, ó desposada por palabras de presente en faz de la santa madre Iglesia, cometiere adulterio, que aunque se diga y prueve por algunas causas y razones, que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad ó afinidad dentro del quarto grado, ora porque qualquiera dellos sea obligado antes á otro matrimonio: ó aya fecho voto de castidad, ó de entrar en religión, ó por otra cosa alguna, pues ya por ellos no quedó deshacer lo que no debian: que por esto no se escusen á que el marido pueda acusar de adulterio, asi á la muger como al adultero, como si el matrimonio fuese verdadero. Y mandamos que en estos tales que asi avemos por adulteros, y en sus bienes se execute lo contenido en la ley del fuero de las leyes fabla cerca de los que cometen el delicto de adulterio". *Nueva Recopilación*, [8, 20, 4]. *Novísima Recopilación*, [12, 28, 4].

190 *Fuero Real*, [4, 7, 2]. *Ordenamiento de Leyes de Alcalá de Henares*, [21, 1]. Véase nota 165.

191 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 81. fol. 260v-261r, núm. 2. M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 81, fol. 48r, núm. 1. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 80, fol. 390, núm. 48, que, entre otros argumentos, utiliza el de que en el caso de que el casamiento se hubiese contraído por la fuerza no cabe formular la acusación de adulterio, y el de que es más fuerte el matrimonio realizado entre personas inhábiles, en el que no cabe separación sin intervención del juez eclesiástico y, además, resulta impedimento de pública honestidad, que aquél en el que falta el consentimiento, que no necesita de dicho requisito, ni crea tal impedimento. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa V, NR, [8, 20, 4], fol. 404, núms. 24 y 25, se funda, principalmente, en dos razones: una, que toma de Del Castillo, y que parte de la idea de que si la desposada lo es por palabras de presente se infiere que

encontrando la réplica de Álvarez Posadilla, que, sin embargo, acepta que podrían excluirse los casos del casamiento arrancado con violencia y del celebrado a sabiendas de la minoría de edad de la novia[192]. Al igual que la de Llamas y Molina, quien no halla fundamento ni factual ni legal que sustente esta pretensión, aunque admite como salvedad el que la nulidad del enlace estuviese basada en que la mujer hubiese sido empujada a contraerlo por miedo[193]. Autor, este último, que asimismo sostendrá que si el impedimento proviniese de la existencia de un matrimonio anterior del marido, la norma toresana podría estar premiando su mala fe, al concederle la facultad de actuar contra los adúlteros y lucrarse con sus bienes[194]; y además, que cuando la ley habla de los votos de castidad o de la entrada en religión, está aludiendo al voto solemne, preciso para profesar, y no al voto simple, que sólo comporta la promesa de tomar los hábitos en un incierto momento futuro[195].

Frente a la imputación hecha por el marido y las penas a ella subsiguientes conservan, en fin, su vigencia las diversas excepciones reconocidas por el Fuero Real y las Partidas: el agotamiento de los plazos hábiles fijados para formalizar la acusación[196]; la anuencia o el lenocinio del marido alegados por la mujer[197]; el desistimiento previo del cónyuge agraviado

hubo consentimiento, y la segunda, que se antoja muy poco sólida, que se ampara en que la Iglesia no acostumbra a casar a los que no desean hacerlo.

192 J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 81, p. 431.

193 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 81, pp. 543-548, núms. 5 a 16.

194 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 81, p. 549, núm. 18.

195 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 81, pp. 550-552, núms. 21 a 24. Se apoya en la distinción fabricada entre ambos tipos de votos en *Partidas*, [I, VIII, II], y no se abstiene de criticar a sus predecesores por perderse en la discusión sobre otras cuestiones irrelevantes y no haber reparado en los problemas generados por la letra de la ley en este punto.

196 *Partidas*, [VII, XVII, VII]: "Rematar pueden los que son acusados de adulterio, las acusaciones que fazen dellos, poniendo por si, e aueriguando las defensiones que diremos en esta ley, e en las otras deste titulo. E esto es como si dixesse que el adulterio de que le acusan, fuera fecho cinco años ante que le acusassen; o si pussiese ante si la defensión delos quatro, o delos seys meses, de que fablamos en la quarta ley ante desta (...)".

197 *Fuero Real*, [4, 7, 5]: "El marido non pueda acusar a su mugier del adulterio que fiziere por su conseio o por su mandado (...)". En *Partidas*, [VII, I, XXIX], a la mujer acusada de adulterio se le concede la excepción de que hubiese actuado así aconsejada o instigada por el marido: "(...) fueras ende si alguno acusasse a su muger que auia fecho adulterio, e ella pusiesse defensión ante si, diziendo que la non podia acusar, por que lo fiziera por su consejo del o por su mandado. Ca en tal caso como este como quier que ella non pone esta defension, sino por desechar lo que la non puede acusar. Pero si le fuere prouado que tal yerro como este fizo el marido, pueden le dar pena, tan bien como si fuesse

o su renuncia a la continuación del juicio iniciado contra ella[198]; el perdón implícito en el hecho de que, teniendo constancia de su infidelidad, el marido hubiese seguido acogiéndola en su mesa, en su lecho o en su casa[199], la concurrencia de engaño o fuerza en la comisión del delito[200]; y el

acusado sobre aquel yerro mismo, e de mas deuen a la muger dar por quita". En [VII, XVII, VII], se pone como condición que esta defensa se planteé antes de responder a la acusación, teniendo como consecuencia, si se lograse probar tal alegación, que la pena recaería sobre el cónyuge inductor: "(…) E otrosi dezimos, que si la muger que fuesse acusada de adulterio dixesse en manera de su defension ante que respondiesse al acusamiento, que non auia porque responder, porque el adulterio de que la acusauan fuera fecho con plazer de su marido, o que el mesmo fuera alcahuete: que prouando vna destas razones, non es tenuda de responder ala acusacion: ante la deuen dar por quita, tambien a ella como a aquel con quien dizen que fizo el adulterio. E demas deue recebir pena de adulterio el marido que la acusaua, porque aquel yerro auino por su culpa, e por su maldad. Mas si tal defensión como esta pusiesse la muger, despues que el pleyto dela acusacion fuesse començado en juyzio por demanda, e por respuesta, como quier que ella non se podria aprouechar estonce de tal defension, empero empece al marido; de manera que si ella puede prouar lo que razona, deue el auer porende la pena sobredicha (…)". No obstante, según F. de la Pradilla Barnuevo, *Suma de las leyes penales,* Madrid, Imprenta del Reino, 1639, p. 6, en estos supuestos lo habitual era que el marido fuese castigado con una pena pública e infamante.

198 *Partidas*, [VII, XVII, VIII]: "Si el marido acusasse a su muger de adulterio, o a algun otro ome con quien dixesse que lo auia fecho, si por el si dexasse el acusamiento con intencion de lo non seguir dende en adelante, si despues quisiere tornar otra vez a la acusación, puede poner ante si esta defension el acusado, diziendo que non es tenudo de responder ala acusación, nin de seguir el pleyto, porque otra vez lo començo, e se dexo dende. Esso mismo seria si alguno a quien ouiesse fecho adulterio su muger, dixese delante del juzgador que la non queria acusar, e despues fiziesse contra aquello que auia fecho, e la acusasse, que puede poner tal defension ante si para desechar lo (…)".

199 *Fuero Real*, [4, 7, 5]: "(…) Et defendemos que el marido, después que sopiere que su mugier fizo adulterio, non la tenga a su mesa nin en su lecho; e el que lo fiziere, non la pueda después acusar nin aya nada de sus bienes, mas ayánlo los fiios derechos si los ouiere, e si fiios non ouiere, áyanlo los más propinquos parientes que ouiere o a quien ella lo mandare a su muerte". *Partidas*, [VII, XVII, VIII]: " (…) Otrosi dezimos que si despues que la muger ha fecho el adulterio, la recibe el marido en su lecho asabiendas, o la tiene en su casa como a su muger, que del yerro que ouiesse fecho en ante que la acogiesse, non la podria despues acusar; e maguer la acusasse, non seria tenuda de responder ala acusacion, poniendo ante si tal defension como esta: Ca pues que assi la acojo en su casa, entiende se que la perdono, e non le peso del yerro que fizo". Lo que según Gregorio López, glosa (f) «En ante», no es óbice para que si después de ser perdonada reincidiese en su conducta pudiese ser de nuevo acusada.

200 *Fuero Real,* [4, 7, 1]: "(…) Et si por auentura la mugier non fuer en culpa mas fue forçada, non aya pena". En igual sentido se pronunciaba el *Fuero Juzgo*, [3, 4, 1]: "Si algun omne fiziere adulterio con la muier aiena por fuerza, é aquel que lo faze, si a fiios legitimos en otra muier, este solo sea metido en poder daquesta muier forzada, é sus cosas

desconocimiento de la supervivencia del anterior marido por parte de la mujer que hubiese contraído nuevas nupcias[201]. Por el contrario, la posibilidad ofrecida en ambos cuerpos legales de eludir la acusación presentada por el marido, probando que él mismo había incurrido previamente en el crimen denunciado había sido derogada por el ordenamiento de Alcalá de Henares[202]. Algún autor entiende, además, que la relación extraconyugal mantenida por la mujer que hubiese sido injustificadamente expulsada del domicilio marital no podría ser calificada de delictiva[203]. Y por otra parte, al imponer la exigencia de que ambos adúlteros fuesen encausados simultáneamente, la ley 80 de Toro desactivará la vía de exoneración re-

finquen a los fiios legitimos (…)". *Partidas,* [IV, IX, VII]: "Porque razones la muger casada, que yoguiese con otro, non faze adulterio, nin la pueden acusar por ello.- Yaziendo alguno ome por fuerça con muger casada, trauando della rebatosamente, de manera que non pudiesse del amparar, si acesciesse desta guisa, non faze ella adulterio, nin la podrian acusar por tal razon (…)". Esta excepción concuerda con *Digesto*, 48, 5, 39.

201 *Partidas*, [VII, XVII, V]: "Como non faze adulterio el que yaze con muger casada, si non sabe que lo es.- Yaziendo algun ome con muger casada non lo sabiendo, nin cuydando que lo era: dezimos que tal como este non deue ser acusado de adulterio; fueras ende sil fuesse prouado que lo sabia; pero si la muger lo fizo a sabiendas, deue porende recebir pena. Otrosi dezimos, que seyendo el marido de alguna muger catiuo, o yendo en romeria, o por otra razon a algun lugar estraño, si a la muger viniessen nueuas del, o mandado que era muerto, e la persona que gelo dize fuesse ome de creer, si despues se casasse ella con otro, maguer non fuesse muerto el marido primero, e tornasse a ella, non la podria acusar de adulterio, por quanto ella se caso, cuydando que lo podia fazer con derecho". Del mismo modo, si efectivamente se hubiese quedado viuda, el nuevo marido no podría acusarla por el adulterio cometido mientras estaba casada con el fenecido. *Partidas*, [VII, XVII, IX]: "(…) Otrossi dezimos, que si alguno casasse con muger biuda, e despues el mesmo la acusasse del adulterio que auia fecho en vida del otro marido que se le murio, que lo non puede fazer. Ca pues que le plugo de casar con ella, entiende se que se pago de sus maneras; e porende non la puede despues acusar de lo que ante ouiesse fecho; e si la acusasse, puede la muger poner esta defension ante si, para desecharlo, e deuen gela caber".

202 *Fuero Real*, [4, 7, 4]: "Si el marido que fiziere adulterio quisiere accusar su mugier que fizo adulterio, e ella dixiere, ante que responda de sí o de non, que non la puede accusar por que él fizo adulterio, si ge lo prouare, puédalo desechar de la accusatión". *Partidas,* [VII, XVII, IX]: "Ome vil, o de malas maneras que ouiesse fecho adulterio, si quisiere acusar a su muger desse mismo yerro, non seria la muger tenuda de responder, poniendo tal defension anti si, e prouando que tal era ante que el pleyto sea començado por demanda e por respuesta (…)". Corregido en el *Ordenamiento de Leyes de Alcalá de Henares*, [21, 1]: "(…) Et quela mugier non se pueda escusar de responder à la acusacion del Marido, ò del Esposo por decir que quiere probar que el Marido ò el Esposo cometió adulterio". Recogido, también, en las *Ordenanzas Reales de Castilla*, [8, 15, 2], la *Nueva Recopilación,* [8, 20, 3], y la Novísima Recopilación, [12, 28, 2].

203 Lo hace F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l. 78, p. 323.

conocida en las Partidas en virtud de la exculpación por falta de pruebas de aquél a quien se hubiese acusado de ser coautor, o incluso, aunque sobre éste hubiese recaído sentencia condenatoria, por la existencia de defectos o vicios formales en el procedimiento seguido por idéntico motivo contra ella[204].

Finalmente, la ley 82, cuyo espíritu concuerda también, contradiciendo otra vez a las Partidas, con lo establecido en diversos fueros municipales, el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá de Henares, en el sentido de prohibir que la violencia ejercida por el marido contra los amantes sorprendidos durante la comisión del crimen fuese dirigida contra uno solo de ellos[205], somete a una importante excepción la aplicación del precepto del Fuero Real invocado en la ley anterior, consistente en retirar la facultad de apropiarse de la dote y los bienes de los adúlteros al marido agraviado que se hubiese cobrado su despecho arrebatándoles la existencia, cuando dicho doble homicidio lo hubiese consumado por iniciativa propia, prescindiendo de la preceptiva resolución judicial que le autorizase para ello, incluso en el caso de que a su cruenta reacción le asistiese la justa causa de haberles cogido *in flagranti delicto*[206]. Es, precisamente, en esta razón de justicia, de la que el marido actuaría como agente eje-

204 Este cauce de defensa pierde, sin embargo, su eficacia si con posterioridad volviese a cometer adulterio con la misma persona. *Partidas*, [VII, XVII, IX]: "(...) Otrosi dezimos que si algun ome fuesse acusado que ouiesse fecho adulterio con alguna muger que nombrassen señaladamente en la acusación, e despues lo diesse el judgador por quito, porque non gelo pudiessen prouar; si despues desso acusassen a la muger de aquel mesmo yerro, de que el varon era ya quito por juyzio, que puede ella poner por defension ante si, que non deue responder: porque aquel ome de quien la acusauan, fue ya quito de aquel adultero por juyzio. Pero si la acusasen que otra vez despues fiziera adulterio con aquel ome que fuera ya dado por quito por juyzio, dezimos, que non valdria tal defension, ante deue responder al acusamiento. E aun dezimos, que maguer fuesse dada sentencia contra este sobredicho que auia fecho el adulterio: con todo esto non deue empecer a la muger, nin le deue dar pena porende. Ca podría ser que en la sentencia seria auenido algun yerro, o que seria dada por falsos testigos, o por enemistad, o por malquerencia que ouiesse el judgador contra el acusado, o por otra razon alguna semejante destas. Otrosi podria auenir que la muger seria sin culpa, e auria por si mejores testigos, o mas leal judgador, o algunas razones por que se saluaria derechamente (...)".

205 No obstante, esta regla, según J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 82, p. 434, admite la excepción de que sólo pudiese acabar con uno de ellos, porque el otro consiguió defenderse o escapar.

206 *Leyes de Toro*, [82]: "El marido que matare por su propia autoridad al adultero, y la adultera, aunque los tome *in flagranti delicto*, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote, ni los bienes del que matare: salvo si los matare ó condemnare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del fuero de las leyes,

cutor, y no como una simple exteriorización de su rencor, donde juristas como Antonio Gómez encuentran justificación a una venganza legal que se evidencia contraria al mandato divino de respetar la vida ajena[207]. Lo que justificaría, además, que su violencia pudiese dirigirse, también, impunemente, y aunque fuese conocedor de su estado, contra la embarazada, no impidiéndole tampoco recurrir a ella que el amante fuese de condición clerical[208]. Y por este mismo motivo, Gómez Arias lo describe como un derecho personalísimo e indelegable[209], salvo, puntualiza Antonio Gómez, en lo referido a los hijos, debido a la identidad de persona que tienen éstos con los padres[210]. Naturalmente, los comentaristas de la ley se preocuparán principalmente de indagar dónde reside el fundamento de la decisión del legislador, al atribuir a este delito distintas consecuencias patrimoniales en función de que, para ejercer su castigo, el marido hubiese recabado o no, el respaldo de las instancias judiciales. Para A. Gómez la explicación estribaría en que, como, a su entender, confirma el derecho civil, quien vindica y resarce su ofensa amparándose en su propia autoridad es privado del lucro, lo que no sucede cuando actúa en ejecución de una decisión judicial[211]. No obstante, frente a esta propuesta se antoja más convincente la interpretación defendida por Llamas y Molina, para quien lo que realmente habría movido al redactor de la norma habría sido el deseo de evitar que en la liquidación de los adúlteros el marido estuviese empujado por la codicia, persiguiendo apoderarse de sus propiedades, o de que, arrastrado por esta pasión, llegase al extremo de imputar falsamente y de quitar la vida a dos inocentes[212].

En todo caso, parece que la paulatina toma de conciencia acerca de la desmedida severidad del cobro de la existencia como medida reactiva frente a la traición a la fidelidad conyugal fue haciendo que ésta cayese en

que en este caso disponen». *Nueva Recopilación*, [8, 20, 5]. *Novísima Recopilación*, [12, 28, 5].

207 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 80, fol. 391, núm. 52.

208 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 80, fol. 391, núms. 53 y 55. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, V, NR, [8, 20, 5], fol. 406, núm. 5. J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 82, p. 434.

209 F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l. 80, fol. 348v, núm. 10.

210 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 80, fol. 392-393, núm.61. No obstante, sostiene este autor (núm. 62) que cuando fuese débil o viejo sí podrá contar con el auxilio de otros amigos o familiares.

211 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 80, fol. 393, núm. 63. Se apoya en *Digesto*, 47, 2, 56.

212 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 82, pp. 555-558, núms. 4 a 15.

desuso. Ya Gregorio López había tachado esta autorización al padre y al marido como ilícita y conducente al pecado[213], pero es, sobre todo, desde el siglo XVIII cuando se multiplican los testimonios que confirman que ya prácticamente nunca se recurría a esta cruel forma de reparación[214].

d. Delimitación de los supuestos punibles y moderación de las penas en el derecho codificado

La consolidación de este espíritu contrario a la admisión de la represión del adulterio con la muerte de los culpables a cargo del propio agraviado aflorará ya en el primer Código penal español, el de 1822, en el que, sintomáticamente, todavía se daba por supuesta la concepción desigual de este delito, al tipificarlo solamente respecto al cometido por la mujer casada, y guardarse un absoluto silencio sobre la conducta análoga protagonizada por el marido. Texto que, además, exhibía una deficiente técnica legislativa cuando condenaba a la adúltera a la perdida de todos sus derechos sobre la sociedad conyugal y a sufrir reclusión por el tiempo que determinase el marido, siempre que no superase los diez años; precisándose luego que si éste falleciese sin haberla perdonado antes de agotarse el plazo que hubiese establecido, la mujer debería cumplir un año adicional de encierro, o bien el lapso temporal que faltase para completarlo cuando lo restante fuese inferior a este período. La pena de prisión también estaba prevista, con igual duración, para su cómplice, quien una vez cumplida y mientras viviese el ofendido, sería también desterrado de la localidad, a menos que éste consintiese su permanencia en la misma[215]. Pero si para

213 Afirmación que sustenta en las fuentes canónicas en su glosa (l): «Puede matar» a *Partidas*, [VII, XVII, XIV].

214 Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 81, pp. 432-433, da noticia de que normalmente los maridos se contentaban con la puesta en prisión de la mujer. Ya muy avanzado el siglo XIX, J. González Serrano, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro,* Madrid, M. Tello, 1876, l. 82, p. 469, afirmará no recordar ejemplo alguno, durante muchas décadas, de la aplicación de la pena de muerte, o de que se consintiese que el marido se tomase impunemente la justicia por su mano. Por su parte, J. Escriche, *Diccionario razonado*, I, voz: «Adulterio», p. 320, indicará que las penas más habituales fijadas por los tribunales eran la de destierro, presidio o multa para el hombre, y la de reclusión y pérdida de la dote para la mujer. Sobre este punto, véase, Mª. J. Collantes de Terán, *El delito de adulterio,* pp. 222-223.

215 *Código penal de 1822,* [683]: "La mujer casada que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de diez años. Si el marido muriere sin haber pedido

cometer su indigno acto, el autor hubiera raptado a la mujer con la colaboración de ella, sufriría una pena de reclusión de entre dos y seis años, con independencia de la que a ambos les correspondiese si fuesen acusados de adulterio por el marido[216]. En contrapartida, apartándose de la tolerancia anterior para con el marido que dejándose llevar por el apasionamiento matase a su mujer y a su amante al sorprenderlos en relación carnal, este código ya no reconocía esta circunstancia como exculpatoria de su responsabilidad criminal, sino como un mero atenuante, siendo castigado por ello con un arresto de seis meses a dos años más un destierro de dos a seis años del lugar de ejecución del hecho delictivo y a veinte leguas en su contorno[217]. Por otra parte, despejando las dudas suscitadas por la legislación de Toro, la facultad de acusar quedaba exclusivamente atribuida al marido, que se veía privado de ella en tres supuestos: cuando hubiese permitido a sabiendas ese trato ilícito; si voluntaria e injustamente hubiera echado de su casa o hubiera abandonado a su mujer; y si tuviera alojada a

la soltura, y faltare más de un año para cumplirse el término de la reclusión, permanecerá en ella la muger un año despues de la muerte del marido; y si faltare menos tiempo, acabará de cumplirlo. El cómplice en el adulterio sufrirá igual tiempo de reclusión que la muger, y será desterrado del pueblo mientras viva el marido, a no ser que este consienta lo contrario". A través del *Diario de Sesiones de las Cortes* de 30 de enero de 1822, p. 2065, sabemos que el debate sobre este precepto fue muy intenso, con intervenciones muy combativas de los diputados Cepero, Peñafiel y Romero Alpuente. La del primero, criticando el diferente trato dispensado a la mujer respecto a la impunidad del marido, fue respondida por Crespo Cantolla, con la aquiescencia de la gran mayoría de la Cámara, y las otras dos, en sentido contrario, rechazando, por benévola, la reclusión por sólo un año de la rea que hubiese quedado viuda.

216 *Código penal de 1822*, [674]: "El que para abusar de una mujer casada la robaré a su marido, consintiéndolo ella, sufrirá una reclusión de dos a seis años, sin perjuicio de que ambos sufran además la pena de adulterio si el marido los acusase".

217 Es más, también se contempla, con un menor efecto atenuante, que la sorpresa se produjese en otro tipo de acto deshonesto, preparatorio de la consumación del adulterio. *Código penal de 1822*, [619]: "El homicidio voluntario que alguno cometa en la persona de su hija, nieta ó descendiente en línea recta, ó en la de su muger, cuando la sorprenda en acto carnal con un hombre, o el que cometa entonces en el hombre que yace con ellas, será castigado con un arresto de seis meses a dos años, y con un destierro de dos a seis años del lugar en que ejecutase el delito y veinte leguas en contorno. Si la sorpresa no fuere en acto carnal, sino en otro deshonesto y aproximado ó preparatorio del primero, será la pena de uno a cuatro años de reclusión, y de cuatro á ocho de destierro en los mismos términos". Este importante cambio en la política penal respecto al vengador del adulterio no fue aceptado sin resistencias durante el proceso de aprobación. Puede comprobarse en el *Diario de Sesiones de las Cortes* de 26 de enero de 1822, pp. 2014-2016. Véase J. Saínz Guerra, *La evolución del derecho penal,* p. 706.

una manceba en el domicilio conyugal[218]. En el primero de estos casos, tal imputación, que de demostrarse le acarrearía la pena de infamia, sólo tenía cabida por la vía de una excepción interpuesta por su mujer en defensa frente a su acusación; en los otros dos, la denuncia podía hacerse por otros medios, pudiendo comportarle, si se probase su veracidad, un arresto de entre dos y ocho meses y el resarcimiento de los daños, y a la concubina el alejamiento a no menos de veinte leguas del lugar[219]. No se consideraba, por el contrario, como adulterio, a menos que contase con la connivencia de la víctima, el abuso deshonesto que alguien perpetrase con una mujer casada o desposada, haciéndole creer mediante engaño que era su marido o su esposo legítimo[220].

El tratamiento de este delito conocerá, no obstante, modificaciones reseñables en los sucesivos proyectos que siguen a esta primera formulación codificada. En el de 1830 la condena para la adúltera pasará a ser de cuatro años de reclusión en los centros religiosos establecidos al efecto, donde deberá llevar una vida de clausura dedicada a la penitencia[221]. No obstante, el encierro podrá ser, en cualquier momento, levantado por el

218 *Código penal de 1822*, [684]: "El marido de la adúltera, que es el único que puede acusar el adulterio, no podrá hacerlo en ninguno de los casos siguientes: Primero: si ha consentido a sabiendas el trato ilícito de su mujer con el adúltero. Segundo: si voluntaria y arbitrariamente separa de su lado y habitación á la mujer contra la voluntad de ésta, ó la abandona del mismo modo. Tercero: si tiene manceba dentro de la misma casa en que habite con su mujer".

219 *Código penal de 1822*, [685]: "El marido no podrá ser acusado de consentir el adulterio sino por vía de excepción que le oponga la mujer en el caso de ser ella acusada como adúltera. Si fuere convencido de este delito, sufrirá la pena de infamia. Solo la mujer podrá también acusarle o denunciarle, aunque no sea por vía de excepción, en cualquiera de los otros dos casos del artículo precedente; y el marido convencido de alguno de ellos, sufrirá un arresto de dos a ocho meses, sin perjuicio de reparar el daño. La manceba que el marido tenga dentro de la misma casa en que habite con su mujer, será desterrada del pueblo y veinte leguas en su contorno".

220 *Código penal de 1822*, [686]: "El que abuse deshonestamente de una mujer casada ó desposada, haciéndole creer sinceramente, por medio de algún engaño o ficción bastante para ello, que es su marido o su esposo legítimo, sufrirá la pena de cuatro a ocho años de obras públicas, y despues la de destierro del pueblo y veinte leguas en contorno por el tiempo que vivan en él la mujer y su marido o su esposo. Este delito no podrá ser acusado sino por la misma muger, ó por su esposo ó marido, y por muerte de una y otros por los herederos de cualquiera de ellos. Si resultare conivencia de la mujer con el reo, se tratará el caso como de simple adulterio".

221 *Proyecto de Código penal de 1830*: [332]: "La mujer adúltera será condenada a cuatro años de reclusión en las casas religiosas, o en los establecimientos destinados al efecto"; [333]: "En la reclusión estarán bajo la obediencia de las preladas superiores de

perdón del ofendido, recuperando la rehabilitada todos sus derechos vinculados a la relación matrimonial[222]. Sorprende, sin embargo, que no se contemplase castigo alguno para el copartícipe en su deslealtad. Además, la pena para el marido que acabase con la vida de los amantes descubiertos *in fraganti* se incrementaba a seis años de deportación, aunque reduciéndose a dos de destierro si únicamente les hubiese causado un grave daño corporal[223]. Y se incorporaba el supuesto específico de que el amancebamiento de la mujer o del marido diese lugar a alguna maquinación que tuviese como resultado la muerte del cónyuge traicionado, reservándose para los culpables la pena capital[224].

Más prolijo en su regulación, el Proyecto de Código criminal de 1831 mantendrá la misma pena de su precedente para la mujer casada que incurriese en este delito, añadiendo –ahora sí– para su amante la de un año de arresto y un destierro posterior de la localidad de residencia del marido por un período de entre cuatro y seis años, no admitiéndose, empero, otras pruebas contra él que la aprensión flagrante y los papeles o documentos escritos por el mismo[225]. Era novedoso también que el perdón del ofendido beneficiaba al coautor, redimiéndole de la pena corporal o del tiempo

estos establecimientos y casas religiosas, que cuidarán de que guarden clausura y hagan una vida abstraída y penitente".

222 *Proyecto de Código penal de 1830*: [336]: "En cualquiera tiempo en que el cónyuge inocente pidiese el alzamiento de la reclusión para reunirse con el cónyuge culpado, le será concedido, y éste recobrará todos los derechos que le corresponden en el matrimonio".

223 *Proyecto de Código penal de 1830*: [334]: "El marido que aprendiendo a su mujer en el acto de adulterar, la matare o al cómplice, será condenado a seis años de deportación; y si les causase a los dos o al uno de ellos herida u otro daño grave corporal, se le condenará a dos años de destierro".

224 *Proyecto de Código penal de 1830*: [335]: "Cuando del amancebamiento o amistad ilícita de la mujer o del marido con otro u otra o por convenio, o con el designio y la esperanza de casarse después, resultase la muerte violenta del cónyuge inocente, el culpado y el cómplice serán condenados a la pena capital".

225 *Proyecto de Código criminal de 1831*, [915]: "La mujer casada que incurra en delito de adulterio será castigada con la pena de dos a cuatro años de reclusión en una casa religiosa de corrección y perderá todos los derechos de la sociedad conyugal"; [916]: "El copartícipe en el adulterio de una mujer casada será castigado con un año de arresto y después será desterrado del domicilio del marido con cuya mujer haya adulterado por término de cuatro a seis años"; [921]: "Con respecto al hombre que fuera acusado del delito de adulterio con mujer casada, no se admitirán otras pruebas, además de la aprensión in fraganti, sino la de documentos o papeles o escritos por el mismo". Este curioso precepto contaba con antecedentes en el Código francés [338], el belga, [388], y el portugués, [101.2].

restante para su cumplimiento[226]. La potestad de presentar la acusación seguía, por otro lado, recayendo únicamente en el marido, no pudiendo ir dirigida contra su rival sin incluir también a su mujer adúltera[227]. Un derecho que, sin embargo, perdería en los mismos tres supuestos mencionados en el Código de 1822, a los que aquí se sumará el de que su mujer probase que él mismo había cometido adulterio dentro del año anterior a la comisión del que a ella se le imputase[228]. Por último, aunque sólo si existiese una previa denuncia de su mujer legítima, el hombre casado que acogiese a su manceba en la casa conyugal sería reprendido judicialmente y sancionado con una fuerte multa, que resultaría doblará y acompañada de dos a seis meses de arresto en el caso de reincidencia[229]. Menos original que los anteriores, el Proyecto de Código criminal de 1834 se limitará a reproducir algunos de sus preceptos que acabamos de mencionar[230].

226 *Proyecto de Código criminal de 1831*, [919]: "(1) El marido podrá remitir a la mujer el todo o parte de la pena del adulterio. (2) Si así lo hiciere quedará también exonerado el co-reo en el adulterio de la pena corporal o del tiempo que falte para su cumplimiento".

227 *Proyecto de Código criminal de 1831*, [917]: "El delito de adulterio no puede ser acusado sino por el marido mismo"; [918]: "No se admitirá la acusación del marido contra el que haya adulterado con su mujer sin que ésta sea comprendida en la misma acusación".

228 *Proyecto de Código criminal de 1831*, [920]: "Perderá el marido el derecho de acusación sobre el adulterio que su mujer haya cometido: 1.º Si hubiere consentido o tolerado a sabiendas el trato ilícito de los adúlteros. 2.º Si no cohabitare con su nujer, ni proveyere a la subsistencia de ella y de su familia. 3.º Si viviere en concubinato público o la mujer le probare que haya adulterado con anterioridad y dentro del año inmediato al acto que el marido dedujere en juicio contra ella".

229 *Proyecto de Código criminal de 1831*, [922]: "(1) El marido que tenga manceba en la misma casa que cohabite con su mujer, si ésta se querellare, será reprendido judicialmente, y pagará la multa de seiscientos a tres mil reales vellón. (2) En caso de reincidencia, se le impondrá de dos a seis meses de arresto y doble multa".

230 Las penas señaladas para la adúltera y su amante, así como las consecuencias del perdón del acusador vienen a coincidir, en lo esencial, con lo establecido en el proyecto de 1831. *Proyecto de Código criminal de 1834* (cito por J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 5, *Codificación penal*, I, apéndice V, pp. 385-457), [262]: "La mujer adúltera será condenada a la pena de cuatro a seis años de reclusión en un convento o establecimiento destinado al efecto, y perderá la dote y gananciales que le pertenezcan por razón del matrimonio"; [263]: "El adúltero será desterrado por el mismo tiempo"; [264]: "En la reclusión estará la mujer bajo la obediencia de la prelada o superior de estos establecimientos o monasterios, quienes cuidarán de que guarde clausura y haga una vida abstraída y penitente"; [265]: "En cualquiera tiempo en que el cónyuge inocente pidiese el alzamiento de la reclusión para reunirse con el culpado le será concedido y recobrará todos los derechos que le corresponden en el matrimonio". Además, se repite la previsión sobre la muerte del cónyuge

Haciendo gala de una técnica legislativa notablemente más depurada, el Código penal de 1848 describía como incursos en adulterio tanto a la mujer casada que yaciese con un varón distinto a su marido, como al que tuviese contacto carnal con ella sabiendo que estaba casada, es decir, mediando por su parte dolo necesario[231], aun cuando –al igual que advertía la ley 81 de Toro– después el matrimonio fuese declarado nulo, siendo ambos castigados con una pena de prisión menor, de cuatro a seis años[232]. Hay que subrayar, sin embargo, que no escapará a la reflexión de la doctrina coetánea la conveniencia de justificar la persistencia de la no previsión de castigo para el marido que se involucrase en un vínculo adulterino, para lo que J. F. Pacheco aducirá como explicación que, existiendo una diferencia moral entre ambos comportamientos, ésta era aún más notoria desde la perspectiva jurídica, debido a que mientras que la falta del hombre altera la sociedad conyugal, la de la mujer la destruye, al proporcionar derechos injustos que el hombre no tiene la capacidad de dar[233]. Argumentos que

engañado provocada por los amancebados, que aparecía en el artículo [355] del proyecto de 1830: [266]: "Cuando del amancebamiento o amistad ilícita de la mujer o del marido con otro u otra, resultase la muerte violenta del cónyuge inocente, el culpado y su cómplice serán condenados a la pena capital".

231 Señala A. Groizard, *El Código penal de 1870,* V, pp. 36-37 que, sin embargo, la ignorancia del hombre acerca de este estado civil de la mujer, no exculpa a ésta, ya que respecto a ella la calificación de adulterio no está sujeta a condición alguna.

232 *Código penal de 1848*, [358]: "(1) El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. (2) Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio". Respecto a la magnitud de la pena, hubo discusión entre los integrantes de la Comisión acerca de si la conducta del coautor debería ser más fuertemente sancionada, debido a la mayor inmoralidad derivada de que éste no se compromete a nada. Véase, J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 5, *Codificación penal*, II, p. 721.

233 A lo que añade su conformidad con la pena impuesta, desechando como inadmisible en los tiempos presentes el poder sobre la vida de los adúlteros dado en la legislación tradicional al cónyuge engañado, y estimando la prevista para el cómplice superior, incluso, a la que los tribunales venían aplicando. Sumándose, finalmente, a la opinión de que en este delito no podrían tener cabida ni la frustración ni la tentativa. J. F. Pacheco, *El Código penal concordado*, pp. 1047-1048. No comparte su opinión, refiriéndose al precepto análogo del Código de 1870, S. Viada y Vilaseca, *Código penal,* III, p. 107, ni tampoco J. Escriche, *Diccionario razonado*, I, voz «Adulterio», p. 323, aunque éste advierte que ello puede dar lugar a lamentables abusos, pero sí A. Groizard, *El Código penal de 1870,* V, pp. 28-31, quien, p. 40, además se manifiesta partidario de una gradación de la pena, en la que como agravantes deberían estimarse la fuga de la mujer con su cómplice, el adulterio con un hombre casado y la incertidumbre en la legitimidad de la prole, y como atenuantes, la separación legal de los cónyuges, la sevicia y el abandono de la mujer por el marido.

años más tarde A. Groizard, rechazará como inadmisibles[234]. En consonancia con la tradición legal anterior, quedaba descartada su persecución de oficio, al exigirse la interposición por parte del marido agraviado de una querella, que necesariamente debía ir dirigida contra los dos participantes en la acción delictiva[235], si bien como causas neutralizadoras de su eficacia se señalaban la de que el propio ofendido hubiese consentido la comisión del delito, y la de que previamente hubiese otorgado su perdón a cualquiera de los adúlteros. Indulto que podría conceder a su consorte, y así volver a reunirse con ella, en cualquier momento, generando como efecto la remisión tanto de su pena como la de quien hubiese sido su cómplice en el adulterio[236]. Siguiendo, además, la pauta marcada por el Código

234 Con extenso alegato, A. Groizard, *El Código penal de 1870,* V, pp. 18-25, para quien la violación de la ley moral, la ley religiosa y la ley social es igual cuando el adulterio es cometido por uno u otro cónyuge, por lo que culpa al legislador de haberse dejado arrastrar por la influencia de una tradición ya completamente desacorde con los nuevos tiempos. En la misma línea que Pacheco se manifiesta J. Escriche, *Diccionario razonado*, I, voz «Adulterio», p. 322, afirmando como evidente que la infidelidad del marido es mucho menos criminal que la de la esposa, ya que ésta se expone a introducir hijos extraños en casa del marido.

235 Según J. F. Pacheco, *El Código penal concordado*, p. 1052, esta exclusión, que tiene también antecedentes en códigos extranjeros, como el napoleónico, el austriaco y el brasileño, constituye una excepción a la regla general que atribuye la persecución de los delitos al representante de la sociedad, radicando la justificación de la misma en un principio de moral y de conveniencia pública. Pues, sólo al marido cuya honra puede manchar la conducta de la mujer debe permitírsele que apele a la venganza ante tales situaciones, como también, en sentido inverso, que otorgue su perdón a los culpables. Por otra parte, hay que reseñar que en la redacción inicial del precepto se recurría a la figura de la denuncia, siendo una intervención de Vila la que motivo que se optase por la querella. Noticia proporcionada por J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 5, *Códificación penal*, II, p. 723. A. Groizard, *El Código penal de 1870,* V, pp. 52-53 se mostrará partidario de la solución finalmente adoptada, alegando que la querella importa el ejercicio de la acción pública de acusar y la denuncia no.

236 *Código penal de 1848,* [359]: "(1) No se impondrá pena por delito de adulterio, sino en virtud de querella del marido agraviado. (2) Éste no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren; y nunca si hubiere consentido el adulterio, o perdonado a cualquiera de ellos"; [360]: "(1) El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte, volviendo a reunirse con ella. (2) En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero". Precisa S. Viada y Vilaseca, *Código penal,* III, p. 111, que si después de ser perdonada la ofensa los adúlteros continuasen sus relaciones, ya no les cabrá acudir a esta excepción. Repetido este artículo en el [449] del Código penal reformado de 1870, la exclusividad de la facultad de acusar del marido, sería confirmada por los artículos [4] y [6] de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 22 de septiembre de 1872. Lo que, según J. Escriche, *Diccionario razonado*, I, voz «Adulterio», p. 324, se basa en que

de 1822, el marido que, habiéndoles sorprendido, matase en el acto a la adúltera o a su amante, o les causase lesiones graves, era condenado con la pena de destierro, saliendo, sin embargo, libre de cargos –se deduce– si las heridas ocasionadas fuesen leves o menos graves[237]. Recordemos también que al marido que acogiese a su manceba en la casa conyugal, o fuera de ella con notoriedad, se le imponía la pena de prisión correccional y a su concubina la del destierro[238]. Lo que se repetirá, con la precisión de que la prisión correccional se impondría en sus grado mínimo y medio, es decir, entre seis meses y cuatro años, en el Código penal de 1870[239], en el que apenas se introducían modificaciones destacables, salvo una disminución de la pena por adulterio, que pasaba a ser de prisión correccional en sus grados medio y máximo[240].

si bien los delitos atentatorios contra la severidad de las costumbres deben ser castigados por el legislador, la ley social debe penarlos solamente cuando se cometen con perjuicio de tercero, dejando a éste la facultad de reclamar su castigo y de hacerlos públicos.

237 *Código penal de 1848,* [348]: "(1) El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a esta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. (2) Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena. (3) Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres, respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna. (4) El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieran promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas". J. F. Pacheco, *El Código penal concordado*, pp. 1012-1013, considera que este cambio de criterio respecto a la tolerancia con la venganza del marido de la antigua legislación está en adecuada correspondencia con la suavización de las penas destinadas a los adúlteros. Pero lo que, en todo caso, estima imprescindible para admitir la atenuación del castigo del homicidio es que éste sea el resultado de la pasión ciega del momento, y no de una decisión tomada con posterioridad. A su vez, S. Viada y Vilaseca, *Código penal,* III, p. 95, califica la pena de destierro de levísima en relación con el parricidio.

238 *Código penal de 1848*, [362]: "(1) El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión de prisión correccional. (2) La manceba será castigada con la de destierro. (3) Lo dispuesto en los artículos 359 y 360 es aplicable al caso de que se trata en el presente". Sobre este precepto, véase nota 31.

239 *Código penal de 1870*, [452]: "(1) El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio. (2) La manceba será castigada con la pena de destierro. (3) Lo dispuesto en los arts. 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente". Sobre este precepto, véase nota 32.

240 *Código penal de 1870*, [448] a [450]. Dicha corrección aparece en el [448]: "(1) El adulterio será castigado con pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo. (2) Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio".

Desde la perspectiva civil, prácticamente todos los proyectos y códigos que se suceden a lo largo del siglo coinciden en hacer del adulterio femenino, y desde el Proyecto de 1851 también del cometido por el marido, cuando fuese acompañado de escándalo público o menosprecio de la mujer, una causa legítima de separación o de divorcio, en los texto en los que éste sea admitido[241]. Y en algunos de ellos incapacita, además, para contraer matrimonio[242]. Pero, por el contrario, no puede ser alegado como excusa para negar el reconocimiento del hijo, aunque la madre declarase contra su legitimidad[243]. Y, por otra parte, comporta la pérdida, en beneficio del engañado, de la totalidad o una porción de la participación en

241 *Código civil de 1821*, [335]: "Son causa legítima para la separación del matrimonio: 1.º el adulterio de uno o de otro cónyuge (…)". *Proyecto de Código civil de 1836*, [233]: "Son causas legítimas para pedir la separación de los cónyuges en cuanto a la cohabitación: (…) 2. ª El adulterio (…)". *Código civil de 1851,* [76]: "Son causas legítimas de divorcio: 1ª El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer (…)". *Proyecto de libro primero del Código civil de 1869*, [102]: "Son causas legítimas de divorcio: 1.ª El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido con escándalo público o menosprecio de la mujer o con concubina tenida y mantenida en casa (…)". *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [85]: "El divorcio procederá solamente por las siguientes causas: Primera. Adulterio de la mujer no remitido expresa o tácitamente por el marido. Segunda. Adulterio del marido, con escándalo público o con el abandono completo de la mujer, o cuando el adúltero tuviere a su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera también sido remitido expresa o tácitamente por la mujer". *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [85]: "Las causas legítimas de divorcio son: 1.º El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer (…)". *Código civil, edición de 1888*, [105]: "Las causas legítimas de divorcio son: 1.ª El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer (…)". Igual en *Código civil, edición reformada de 1889*, [105].

242 *Proyecto de Libro primero del Código civil de 1869*, [54]: "Tienen prohibición de contraer matrimonio: (…) 4.º. El cónyuge adúltero con su cómplice condenado como tal (…)". *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [6]: "Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí: (…) Septimo: los adúlteros que hubiesen sido condenados como tales por sentencia firme". *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [64]: "Tampoco pueden contrer matrimonio entre sí: (…) 7.º. Los adúlteros que hubieren sido condenados por sentencia firme (…)". *Código civil, edición de 1888*, [84]: "Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí: (…) 7.º. Los adúlteros que hubieren sido condenados por sentencia firme (…)". Igual en *Código civil, edición reformada de 1889*, [84].

243 *Código civil de 1851*, [102]: "El marido no podrá alegar como causa de imposibilidad física su impotencia anterior al matrimonio; pero sí la posterior, con tal que no se funde en su vejez, ni en desconocer al hijo por causa de adulterio de sus madre, aunque ésta declare contra la legitimidad". *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [57]: "El hijo se presumirá legítimo aunque la madre hubiere declarado contra su legitimidad o hubiere sido condenada como adúltera".

los gananciales que le hubiese correspondido al adúltero.[244] Es digno de mención, asimismo, que tanto en el Código penal de 1848 como en el de 1870, se reconocerán plenos efectos penales a la sentencia civil en causa de divorcio cuando fuera absolutoria, requiriendo, en contraste, la celebración de un nuevo juicio cuando fuese condenatoria[245].

244 En el *Proyecto de Código civil de 1836*, la adúltera se queda sin gananciales, y cuando el infractor es el marido, éste solo conserva la mitad de los que le corresponderían, [1505]: "La mujer pierde el derecho a los bienes gananciales y adquiere su parte el marido cuando por sentencia judicial se la declara culpable de los delitos siguientes: 1.º Haber cometido adulterio (…)"; [1507]: "Si fuese decretada la separación de los consortes por adulterio del marido, adquirirá la mujer las dos terceras partes de gananciales que resulten existentes hasta el día en que cause ejecutoria la sentencia".

245 *Código penal de 1848*, [361]: "(1) La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal, cuando fuere absolutoria. (2) Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas". Idéntica redacción en *Código penal de 1870*, [451]. Plenamente conforme con la solución ofrecida por el codificador, J. F. Pacheco, *El Código penal anotado*, p. 1055, sostendrá que la misma razón debería entenderse en sentido inverso, no siendo trasladable la sentencia condenatoria penal al terreno civil. También apoya el sentido del precepto A. Groizard, *El Código penal de 1870,* V, pp. 65-67.

CAPÍTULO III

APORTACIONES PATRIMONIALES POR RAZÓN DEL MATRIMONIO

1. Transformación de los sistemas dotales

Uno de los terrenos en los que, sin duda, mayor trascendencia posterior cobrarán las sustanciales novedades introducidas en el ordenamiento civil castellano por las leyes de Toro se localiza en los siempre complejos mecanismos de funcionamiento de las aportaciones patrimoniales realizadas entre los cónyuges por razón de su matrimonio[1]. Innovaciones que, en este campo, deben inscribirse dentro del contexto de una profunda revolución de los sistemas dotales, que difundida al compás de la progresiva recepción del derecho romano justinianeo llega a alcanzar una dimensión europea, hallando su cauce de plasmación en el derecho histórico castellano a través de las Partidas.

Consiste esta radical transformación en la recuperación legal, tras su casi completo desvanecimiento durante la etapa altomedieval, de la vieja *dote* romana proveniente de la parte de la mujer, y en su posterior, acelerada e irrefutable, imposición frente a la antes

1 Tema al que ya dedique una atención específica en M. Á. Bermejo Castrillo, «Transferencias patrimoniales entre los cónyuges por razón del matrimonio en el derecho medieval castellano», en *La familia en la edad media. XI semana de estudios medievales. Nájera 2000*. Nájera, Instituto de Estudios Riojanos, 2001, 93-150, y *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia*, pp. 171-204.

hegemónica aportación masculina, las *arras*, si bien la quiebra en nuestro espacio del principio de estricta equiparación entre ambas, consagrado por las Partidas, tardará más de un siglo en consumarse. Para tratar de explicar este fenómeno de reinversión, operado desde el siglo XII, se han esgrimido causas muy distintas. Obviamente, algún peso habrá que adjudicar a la revitalización de la antigua regla del derecho justinianeo que supeditaba la legitimidad del enlace a la exacta igualación de las contribuciones nupciales de ambos consortes o sus familias. Pero conviene recordar que la verdadera observancia de esta pauta de equilibrio en los intercambios retrocede pronto ante la fuerza superior del interés de los grandes linajes nobiliarios en frenar la sustracción de porciones importantes del patrimonio familiar en beneficio de una extraña. Hay autores que han preferido llamar la atención sobre la incidencia de ciertos poderosos factores sociales. Así, D. Herlihy ha apelado a un acusado deterioro sufrido por la condición de la mujer dentro del grupo de parentesco, que iría ligado a la pérdida de relevancia de sus, antes indispensables, funciones domésticas, fruto del creciente desarrollo de una economía mercantil, financiera y artesanal, en la que, diluida su utilidad, retener a las hijas en la casa familiar habría pasado a constituir una onerosa carga. Esto, unido al demostrado retraso producido en la edad nupcial masculina, en contraste con el adelanto de la femenina, habría provocado una convulsión en el mercado matrimonial, siendo ahora las mujeres casaderas y sus familias las obligadas a competir, mediante la oferta de dotes cada vez más generosas, por los escasos candidatos apetecibles disponibles[2]. Tampoco se debe menospreciar el estímulo transmitido por la Iglesia en su empeño por potenciar la solemnidad y publicidad de los esponsales[3] y por promocionar la capacidad dispositiva de las mujeres con el fin atraer sus donaciones piadosas[4]. Por último, también habría que valorar el decisivo papel adquirido por la dote como símbolo e instrumento de exteriorización del estatus y la riqueza de los linajes aristocráticos y, simultáneamente, como respuesta a la adopción por éstos de modelos sucesorios rígidamente patriliniales y

2 D. Herlihy, «The Medieval Marriage Market», en *Medieval and Reinassance Studies*, num. 6, XIV (1976), Durham (NC), Duke University, 3-27, pp. 10-21.

3 J. A. Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*. Chicago University Press, 1987, p. 190.

4 J. Goody, *The Development of the Family and Marriage in Europe*, Cambridge University Press, 1983 (hay traducción española: Barcelona, Herder, 1986), pp. 325-330.

unigénicos, en los que, actuando como cuota hereditaria anticipada, permitiría amortiguar los efectos del apartamiento de las hijas de toda participación en la propiedad fundiaria familiar[5].

No parece muy adecuado, sin embargo, hacer descansar en estos fenómenos exógenos, de desigual impacto en los distintos territorios peninsulares, toda la responsabilidad de la exitosa trayectoria dibujada por la dote clásica femenina en la baja edad media castellana. Al contrario, se antoja inexcusable recurrir también a destacados precedentes, como el representado por la peculiar institución del ajuar[6], que, a partir de una primera mención en el *Poema de mío Cid*, vemos aparecer –bajo muy variadas denominaciones[7]–, en diversos fueros municipales, en alusión a

5 D. Owen-Hughes, «From Brideprice to Dowry in Mediterranean Europe», en *Journal of Family History*, 3 (1978), 262-296, p. 290.

6 No en vano, para J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 293: "(...) el pretendido "resurgir" de la dote si bien ha podido venir favorecido por la elaboración doctrinal del *ius commune* o las Partidas lo ha hecho, en el caso castellano-leonés, sobre la modelación o conjuntamente con el ajuar (...)". Como posibles antecedentes visigodos menciona este mismo autor, p. 294, nota 807, los ricos ajuares aportados por dos hijas del rey Atanagildo en sus matrimonios con sendos monarcas francos. También ofrece varios ejemplos de sus existencia M. L. Alonso Martín, «La dote en los documentos toledanos de los siglos XII-XV», en *AHDE*, 48 (1978), 379-456, pp. 391-393.

7 Aunque la delimitación de su respectivo contenido se presenta muy complicada, parece que esta misma realidad asomaría detrás de las menciones al *supellectile*, que encontramos en el *Fuero de Cuenca*, [IX, 6]: "(...) Si esponsus obierit, sponsa accipiat totum suum supellectile", y en el *Fuero latino de Teruel*, [308]: "Post contractum matrimonium et sponsa deflorata fuerit, si sponsus obierit, omnes vestes et omne supellectile sit sponse sive nupte quadocumque vir moriatur". Y también en los *vestidos* o *vestiduras* y las *alfayas o alhajas* que aparecen en distintos textos de la misma familia foral, como el Códice Valentino del propio Fuero de Cuenca, [I, 9, 2]:" (...) et el matrimonio acabado et la esposa desflorada, los vestidos sean dela esposa o dela casada, quando quier que el varón muera"; *Fuero de Zorita de los Canes,* [177]: " (...) si por auentura el esposo muriere, tome el esposa todas sus alfaias"; *Fuero de Iznatoraf*, [173]: "(...) E mas si el esposo muriere prenda el esposa todo su axuar et sus alfajas (...)"; *Fuero romanceado de Teruel*, [417]: "(...) Mas si el esposo antes de las bodas o antes del casamiento auido morrá, la esposa prenga sus alfaias todas, mas non las uestiduras (...)"; *Fuero de Alcaraz*, [III, 66]: "Quanto tome el esposa.- Si el esposo muriere, la esposa tome todo su axuar". *Fuero de Alarcón*, [185]: "(d) Si el esposa muriere, el esposo tome las alfayas"; *Fuero de Baeza*, [174]: "(...) E si el esposo muriere, la esposa prenda todas sus alfaias et su ropa (...)". *Fuero de Úbeda*, [XIX, 1 (f)]: "(...) mas sy el esposo muriere, prenda el esposa todo su ayuuar et sus alfajas (...)". *Fuero de Villascusa de Haro*, [166]: "(...) Mas sy el esposo muriere, el esposa cobre todo su axuar e todas sus alfajas (...)"; *Fuero de Huete*, [135]: "(...) E si por auentura el esposo muriere, el esposa tome todas las alfajas (...). O las *boiitias* a las que hace alusión el *Fuero de Agüero* de 1224 (J. Rodríguez Fernández, *Palencia. Panorámica foral de la provincia*,

un conjunto de regalos efectuados a la novia por sus padres en las vísperas nupciales[8], y normalmente consistentes en ropas, mantelería, enseres domésticos, a veces ganado, y de manera excepcional cubertería, joyas, vestidos o tierras, sin que conste que debiese guardar relación con la entidad de la aportación masculina, ni encontremos limitación alguna en su cuantía, lo que hace sospechar en su constitución un impulso más ligado a la práctica social que a la jurídica. Cabe pensar, además, a juzgar por los rasgos con los que se perfila en el Fuero de Alcalá de Henares, que probablemente se computaba como adelanto de la porción hereditaria de la hija que abandonaba el núcleo familiar[9], siendo deducible, por tanto, al efectuarse la partición de la herencia paterna entre los hijos y la viuda, y revertiendo en el caso de frustrarse el casamiento a manos de la novia.

Con independencia de esta figura, solamente el Fuero de Madrid ampara, con anterioridad a las Partidas, una dote compensatoria, "por bestidos e por toda mission de la boda", entregada por la parte de la mujer, equivalente, aproximadamente, a la mitad de las arras traídas por el hombre, y sujeta a idénticas reglas y garantías que éstas[10]. Una correspon-

Palencia, Merino, 1981, núm. 36, pp. 275-278, [4]: "Las novias que dieren botiias lieven su heredad o foren, si las otras novias que dieren botiias aduxieren la su heredad aca, e si non lo aduxieren las otras novias de las fronteras no lo lieven estas".

8 Según su caracterización por Eduardo de Hinojosa, «El derecho en el Poema del Cid», en *Obras*, Madrid, Ministerio de Justicia, CSIC, 1955, I, 183-215, p. 214. La entidad del regalo ofrecido por el Cid a sus yernos, los infantes de Carrión, para costear las bodas con sus hijas alcanzaba la importante suma de 3000 marcos de plata.

9 *Fuero de Alcalá de Henares*, [76]: "Padre o madre que filia casare, lassuvar quel dieren, si fore apreciado e muriere padre o madre, entreguense los hermanos, cada uno en la meitad; e quando muriere el otro pariente, entreguense cada uno de los hermanos en la otra medietad; e si non fore apreciado, qual que fore, tal lo de a particion, si lo oviere; e si mal metido lo oviere e no lo oviere, quanto valie el día que levo tanto se entreguen los hermanos. Et cada entrega sea del moble; e si non oviere moble, exet de la raiz (...)". Curiosamente, en el precepto anterior, y sometida a un régimen bien diferente, se alude a una entrega similar pero hecha a favor del hijo varón, [75]: "Padre o madre que filio varon ovieren a casar, quanto costaren los vestidos e la boda, después que muriere el padre o la madre, los hermanos entreguense, cada uno en la medietad".

10 *Fuero de Madrid*, [115]: "Que todo homne que casare en Madrit con manceba, del L morabetinos por vestidos et por calças, et por pan et por uino et por carne, et per çapatas, et non de mas; et esto sea dado por toda la mission de la boda. Et qui casare con bibda, del XXV morabetinos et por toda mission de boda. Et de la nouia al novio, quier manceba o quier bibda, XXV morabetinos por bestido, et non le de mas. Et todo omne del aldea que casare con manceba, del XXV morabetinos por toda mission de boda. Et qui casare con bibda, del XV morabetinos, por toda mission de boda, assi quemo es sobrescripto. Et de la nouia al nouio, quier manceba ho quier bibda XV morabetinos et non de mas por

dencia que condujo a Martínez Gijón a sugerir una concordancia de volumen entre esta singular asignación compensatoria y la *donatio propter nuptias* bajoimperial, presumiendo en los redactores del texto madrileño un temprano conocimiento del derecho de la Recepción, obtenido, tal vez, a través de los Fueros de Toledo, que son fijados por escrito en fechas similares y cuyo influjo, quizás, se deje sentir en las propias Partidas, si es que no sucede lo contrario[11].

A pesar de que será inevitable la remisión a sus respectivas peculiaridades, la incardinación de nuestro estudio en el análisis de la novedades y del impacto posterior de la regulación de estas materias en las leyes de Toro, unida a la complejidad de los temas que vamos a tratar, aconseja no detenernos en un análisis pormenorizado del tratamiento dispensado a estas transferencias interconyugales en los diversos cuerpos legales alfonsinos en aquellos aspectos que se aparten de las cuestiones abordadas en el citado ordenamiento de Toro, lo mismo que ocurrirá cuando abordemos su plasmación en los textos y proyectos codificadores del siglo XIX. Baste, por ello, adelantar que tanto en el Fuero Real como en el Espéculo, afines aún a la costumbre jurídica precedente, persiste la tendencia a homologar los términos arras y dote como formas de designar la principal aportación contemplada, la masculina[12], a la que en la segunda colección de leyes mencionada incluso se describe como esencial para la validez de la celebración del matrimonio[13]. En contraste, las Partidas, traduciendo

bestido et por toda mission de la boda (...)". Cito por *Fuero de Madrid*, estudio jurídico por Galo Sánchez, estudio filológico de R. Lapesa, transcripción de A. Millares Carlo, Madrid, Artes Gráficas Municipales, 1932.

11 J. Martínez Gijón, «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca», en *AHDE*, 29 (1959), 45-151, pp. 64-66. Planteamiento que ha suscrito M. L. Alonso Martín, *La dote en los documentos toledanos*, pp. 389-391, y «La dote en el derecho local y en el derecho territorial castellano bajo la Recepción», en *Diritto comune e diritti locali nella storia dell´Europa,* Milán, A. Giuffrè, 1980, 285-302, p. 295.

12 Plurales y convincentes argumentos que corroboran esta equiparación en J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 214-220.

13 *Especulo* (Cito por *Leyes de Alfonso X*, I, *Especulo,* edición y análisis crítico por G. Martínez Díez, con la colaboración de J. M. Ruiz Asencio, Ávila, Fundación Sánchez Albornoz, 1985), [4, 12, 39]: "En qué manera deuen sseer ffechas las cartas de las dotes, e de las arras que los maridos dan a ssus mugieres.- Dotes o arras, que es todo una cosa, quando alguno los dier a ssu mugier, e mandare ende ffazer carta, déuela ffazer el escriuano en esta manera (...) e porque tan bien en la vieia ley como en la nueua ningún casamiento non sse ffazíe ssin arras, por ende yo don ffulan fago esta carta (...)". Según Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 141, la invocación de la vigencia de este principio, tanto

los esquemas del derecho justinianeo, rescatan la secularmente eclipsada dote femenina, acompañando a las arras del marido, configuradas ahora con los caracteres propios de la *donatio propter nuptias*[14], y a las donaciones esponsalicias complementarias, las tradicionales *donas* con las que el hombre podía obsequiar a la mujer, y aquí también a la inversa. Todas ellas comparten, además, la finalidad de contribuir a la subvención de las cargas y necesidades matrimoniales, con especial atención a su respectivo destino a la disolución del vínculo[15], lo que en lo tocante a las citadas donaciones esponsalicias constituía una estimable innovación, puesto que su consideración anterior era la de simples regalos.

2. Configuración legal de la *donatio propter nuptias* como institución diferenciada de las arras

Fruto, seguramente, del esfuerzo por adaptar la arraigada institución castellana de las arras a las categorías jurídicas justinianeas, y partiendo de la certidumbre de su diversa naturaleza respecto a las arras penitenciales romanas, la común caracterización de ambas como aportaciones patrimoniales de procedencia marital hechas por razón del matrimonio

en la vieja ley como en la nueva, debe entenderse alusivo al *Liber* y, quizás, al derecho canónico, donde rige la regla *nullum sine dote fiat coniugium*.

14 Tendencia a su identificación que podemos rastrear ya varias décadas antes, cuando con ocasión de la boda de Alfonso VIII con Leonor de Aquitania, dotada por sus padres con la Gascuña, el rey castellano cedió a su prometida "in arram sive donationem propter nupcias civitates et castra" (J. González, *El reino de Castilla en la época de Alfonso VIII. Documentos 1191-1217*, Madrid, CSIC, Escuela de estudios medievales, 1960, I, p. 192). Pocos años más tarde, en 1188, el propio Alfonso VIII concertará con el emperador Federico I el matrimonio de sus respectivos hijos, Berenguela y Conrado, haciendo alusión en el documento a la "donationem propter nuptias quae vulgo dicitur apud Romanos doaire, apud Hispanos arrhas" (J. González, *El reino de Castilla*, II, num. 4449, p. 857).

15 *Partidas,* [IV, XI, proemio]: "De las dotes e de las donaciones e de las arras.- Dotes, e donaciones e arras se dan en los matrimonios. El marido a la muger, el vno al otro, quando se casan. E fueron fallados de comiençó porque los que se casan ouiessen con que biuir, e pudiessen mantener, e guardar el matrimonio bien: e lealmente. E porque tales dotes, e donaciones, e arras como sobre dicho es, se fazen a las vegadas en los desposorios, e a las vegadas despues que los casamientos son acabados. E aun porque maguer sean otorgados non son estables, si auiene despues departimiento. Por todas estas razones, conuino que fablassemos: primeramente de los matrimonios, e de los embargos, porque deuen ser departidos. E esto es porque las dotes, e las donaciones, e las arras quando el casamiento se parte, se ganan o se pierden (...)".

llevará al legislador de las Partidas[16] a incurrir en una asimilación con la *donatio propter nuptias*[17] –definida, además, en un sentido tan lato, que contiene como especie suya a la donación esponsalicia[18]–, cuya evidente inadecuación sería denunciada por numerosos juristas. Entre ellos, Gregorio López, que poniendo de relieve la incongruencia apreciable entre dicha equiparación y el modelo de elaboración de una carta de arras inserto en otro precepto de este mismo cuerpo normativo[19], subrayará la existencia de tres importantes diferencias entre estas dos figuras. Una, que a juzgar por lo establecido en las Partidas, las arras podrían constituirse tanto antes como durante el matrimonio, lo que suponía vulnerar la prohibición de las donaciones entre los cónyuges que, excepto cuando fuesen recíprocas y equivalentes, había consagrado el derecho de Justiniano, mientras que en el Fuero Real, en consonancia con el carácter remuneratorio del que se revestían[20], solamente se contemplaba su entrega

16 El origen de esta aportación parece situarse hacia el siglo III d. C., con la aparición de una *donatio ante nuptias* o *largitas sponsalitia*, al parecer orientada a reforzar el compromiso de los esponsales, a blindar la virtud de la novia y a garantizar a la esposa una porción de los bienes de su prometido en el caso de muerte o de incumplimiento del pacto. Luego, progresivamente, irá ganando en contenido e importancia, culminando su evolución con la obra legislativa de Justiniano, al consentir éste no solo su aumento constante matrimonio, sino también su constitución después del casamiento, lo que aparte de comportar una tácita derogación de la antigua prohibición que pesaba sobre las donaciones mutuas entre los cónyuges, explica el cambio en su denominación por la de *donatio propter nuptias*. Sobre esta figura, F. Brandileone, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, Bolonia, Zanichelli, 1892 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano,* I, Bolonia, Zanicelli, 1931, 119 ss). También, M. García Garrido, «El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho vulgar romano-visigótico, en *AHDE*, 29 (1959), 389-446, pp. 397-418, y J. A. López Nevot, *La aportación marital en la historia del derecho castellano*, Almería, Universidad de Almería, 1998, pp. 16-24.

17 *Partidas*, [IV, XI, I]: "Que cosa es dote, e donacion, e arra: e en que tiempo se pueden fazer.- (…) e lo que el varon da a la muger por razon de casamiento, es llamado en latin donatio propter nuptias, que quieren tanto dezir, como donación, que da el varon a la muger, por razon que casa con ella, e tal donacion como esta, dizen en España propriamente arras. Mas según las leyes de los sabios antiguos, esta palabra de arra, ha otro entendimiento, porque quier tanto dezir, como peño que es dado entre algunos, porque se cumpla el matrimono que prometieron de fazer (…)".

18 No obstante, su tratamiento diferenciado posterior demuestra que se concibe como una institucción independiente de la *donatio*, J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 66, y Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 216-217.

19 *Partidas*, [III, XVIII, LXXXVII]: "Como deue ser fecha la carta de la donacion e de las arras que el marido faze a su muger.- Arras e donaciones fazen los maridos a sus mugeres (…)".

20 J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 215-217, quien también defiende

o, al menos la promesa de ella, previamente a la celebración del enlace. Segundo, la ausencia en la *donatio* de límites en su cuantía análogos al máximo del décimo que gravitaba sobre las arras. Y, finalmente, el dispar destino ulterior a la quiebra del núcleo conyugal reservado a la *donatio,* que, dada su naturaleza compensatoria respecto a la dote, al igual que ésta, retornará, salvo en determinados supuestos[21], a poder del otorgante, frente a las arras, que permanecerán como propiedad de la mujer cuando careciese de descendencia[22].

con amplios razonamientos, pp. 214-238, su doble naturaleza como título y causa de la transmisión.

21 Hay cuatro excepciones, válidas tanto para la dote como para la donación del marido, en las que el donatario se lucra con su propiedad o, si existen hijos, con su usufructo vitalicio: 1. Por pacto sucesorio entre los cónyuges, a condición de que sea recíproco y equitativo. 2. Por adulterio de la mujer, lo que Gregorio López, en su glosa (f), «Que haze la muger», a la ley [IV, XI, XXIII], entiende también trasladable a la infidelidad del marido; 3. Por costumbre inveterada contraria del lugar de celebración del matrimonio, aplicable en situaciones de muerte o de ingreso del consorte en una orden religiosa (estas tres en *Partidas*, [IV, XI, XXIII]). 4. Cuando uno de los miembros de la pareja fallece intestado y sin dejar hijos u otros parientes que lo hereden, en cuyo caso, el consorte que le sobrevive gana también sus demás bienes (*Partidas*, [IV, XI, XXIV]). Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 229-233.

22 Gregorio López, glosa (d), «En España propriamente arras», a *Partidas*, [IV, XI, 1]. A tenor, todo ello, de *Fuero Real* [3, 2, 1]: "Todo omne que casare non pueda dar más arras a su mugier del diezmo de quanto ouiere, e si más le diere, o pleyto sobrello fiziere, non uala; e si por auentura más diere, los parientes más propinquos del marido lo puedan demandar por él. E si la mugier auiendo fiios deste marido finare, pueda dar por su alma la quarta parte de las arras a quien quisiere, e las tres partes finquen a los fiios daquel marido onde lo ouo; e si fiios non ouiere, faga de sus arras lo que quisiere, quier en uida quier en muerte, e si ella murier sin manda e non ouiere fiios dél, finquen las arras al marido que ge las dio o a sus herederos (...) E si el padre o la madre quisiere dar arras por su fiio, non pueda dar más del diezmo de lo que puede heredar dellos", y [3, 2, 2]: "Si alguno fuere tan pobre en el tiempo quando casare e non ouiere de qué dar arras e prometiere a la mugier con que casa que ge las dará daquello que despues ganare, mandamos que quandoquier que ella demandare a so marido que entregue las arras quel prometió, que ge las dé, de guisa que non le dé más del diezmo de quanto ouiere al tiempo que ge las demandare", y *Partidas*, [III, XVIII, LXXXVII]: "Como deue ser fecha la carta de la donacion e de las arras que el marido faze a su muger.- (...) Como Ioan Garcia dio, e otorgo en donacion por razon de casamiento a doña Teresa su muger tal heredamiento que es en tal lugar, e ha tales linderos con todos sus derechos e con todas sus pertenencias de manera que ella e los fijos que ouieren amos de consuno puedan auer, e tener este heredamiento para fazer dello e enello todo lo que quisieren como de lo suyo mismo (...)"; [IV, XI, VII]: "Que las donaciones e las dotes que son fechas por razon de casamientos: deuen ser en poder del marido para guardarlas e aliñarlas.- (...) Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enajenar, nin mal meter mientra que durare el matrimonio, la donación que el

Lo innegable es que, arrastrados por la confusión fabricada por las Partidas, los juristas castellanos tratarán, infructuosamente, de conciliar la regulación de las arras con la interpretación que de la *donatio* habían construido los doctores del *ius commune*[23]. Debate que se complicará con la incorporación notarial de una mención causal, sustentada en la virginidad y la alcurnia de la beneficiaria, que venía a poner en cuestión la eventualidad, admitida en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real, pero desechada por una enraizada corriente consuetudinaria, de que su receptora pudiese ser tanto la soltera como la viuda[24]. A lo que hay que sumar que la imagen transmitida por la práctica documental testimonia que la vieja concepción de las arras reflejada en el Fuero Real se impuso rotundamente sobre la artificiosa resurrección de la *donatio* alentada por las Partidas[25]. Resul-

dio ala muger, nin la dote que recibio della: fueras ende, si la diere apreciada. E esto deue ser guardado por esta razon: porque si acesce que se departa el matrimonio, que finque a cada vno dellos libre e quito lo suyo, para fazer dello lo que quisiesse, o a sus herederos, si se departiesse el matrimonio por muerte".

23 Entre ellos, cita J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 426-427, a V. Arias de Balboa, R. Sánchez Arévalo, Gonzalo González de Bustamante, y Alonso Díaz de Montalvo. Aunque, sin duda, el ejemplo más ilustrativo de todos es el de López de Palacios Rubios, que todavía en las vísperas mismas de su participación en la redacción de las leyes de Toro, en su célebre obra publicada en 1503: *Repetitio rubricae, et capituli per vestras, de donationibus inter virum et uxorem* (cito por su edición de Salamanca, Alfonso de Terranova y Neila, 1578) persistirá en la asimilación de ambas instituciones.

24 *Fuero Juzgo*, [3, 1, 6]: "(...) que qual que quiere de los príncipes de nuestra corte, ó de los maiores de la gente goda que demande la fiia del otro por mugier pora su fiio, aunque ella oviesse estada mugier dotro, si quier sea virgen, sequier viuda, non le pueda dar mas por arras de la décima parte de todas sus cosas (...)". *Fuero Real*, [3, 2, 1]: "(...) E si la mugier ouiere fiios de dos maridos o de más, cada uno de los fiios hereden las arras que dio su padre, de guisa que los fiios de un padre non partan en las arras que dio el padre de los otros (...)". La posibilidad de que las arras beneficiasen a la viuda la suscribe Gregorio López en sus glosas (d) «En españa propriamente arras», a *Partidas*, [IV, XI, I], y (b), «Según fuero de España», a *Partidas*, [III, XVIII, LXXXVII], basándose en que conforme al modelo de escritura de arras contenido en este último precepto, las arras no traen causa en la virginidad, sino simplemente en el casamiento. Como también, según cita J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 427, R. Suárez, *Allegationes et consilia quaedam D. Rodericus Suares...*, Salamanca, 1568, p. 102, núm. 1. Sin negar su viabilidad legal, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fol. 314, núm. 13, la rebatirá, acudiendo, precisamente, a esa costumbre popular contraria. Opinión, la de Gómez, apoyada por José Marcos Gutiérrez, *Librería de escribanos, abogados y jueces, que compuso Don Josef Febrero*, 4ª edición, Madrid, Villalpando, 1807, parte segunda, tomo III, p. 223. La cuestión es analizada a fondo, con sustancial uso de la doctrina, por J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 427-432.

25 Ofrece ejemplos que lo corroboran Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen*

ta evidente, pues, que fue el propósito de acabar con las incertidumbres generadas por esta conflictiva identificación la que animó a la comisión redactora de las leyes de Toro a dispensar una regulación nítidamente diferenciada para las arras y para la *donatio propter nuptias*. Y, en concreto, son tres los preceptos que ayudan a configurar esta última como una institución independiente de las arras y sujeta a un régimen plenamente concordante con el fijado para la dote femenina, aunque ello supondrá construir una figura que ya no concuerda con su precedente romano en algunos de sus rasgos esenciales. Así, mientras en origen constituía una donación entregada por el marido a la mujer con el propósito primordial de asegurar su situación patrimonial en los supuestos de premoriencia del donante y de ruptura del lazo conyugal por causa a él imputable, ahora pasaba a ser traspasada por el padre a su hijo varón con ocasión de su matrimonio. Y además, dejando de darse en consideración a la dote, como una forma de garantizar su restitución, adquiere el carácter de una donación dirigida a proporcionar al contrayente un sustrato material con el que hacer frente directamente a las cargas inherentes a la sociedad conyugal[26].

Efectivamente, la ley 53, relativa a la procedencia de las dos aportaciones nupciales masculinas, presenta la *donatio* como una transferencia efectuada, no por el esposo o por el marido, que es lo propio de las arras, sino por sus padres, que deberán pagarla con cargo a sus bienes gananciales, lo que le parecerá lógico a la doctrina, considerando que son deudas contraídas constante matrimonio[27]. Ahora bien, si los gananciales resultaran insuficientes, ambos deberán completarlos por mitad con sus respectivos bienes propios, excepto en el caso de que el progenitor actuase en solitario, pues entonces, aunque también podrá servirse, hasta que se agoten, de los gananciales, si con ellos no bastase para cubrirla, deberá recurrir a su patrimonio privativo sin tocar el de la madre[28]. De los problemas suscitados por esta solución legal me ocuparé en detalle al tratar de la regulación de la dote.

económico, pp. 234-235.

26 Mª. J. Collantes de Terán, «Donaciones matrimoniales en la codificación civil española», en *Revista de Derecho Privado*, nov. 1999, 774-791, p. 780, con apoyo en G. Burón García, *Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, I, Valladolid, Libreria Nacional y Extranjera de Andrés Martín, 1898, p. 439.

27 Por todos, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fol. 317, num. 23.

28 *Leyes de Toro*, [53]: "Si el marido, y la muger durante el matrimonio casaren algun hijo comun, y ambos le prometieren la dote, ó donacion *propter nuptias*, que ambos

A su vez, la ley 29 insta a los hijos, o a sus herederos, a traer a colación y partición la dote, la *donatio propter nuptias* y el resto de las donaciones recibidas de aquel ascendiente cuya herencia hubiesen aceptado, si bien se les ofrece la alternativa de retenerlas a cambio de renunciar a sus derechos hereditarios. No obstante, cuando en función del cálculo de su valor económico, considerado al tiempo de la muerte del causante, se declarasen inoficiosas, por superar su cuantía la suma conjunta de su legítima, el tercio de mejora y el quinto de libre disposición –también llamado quinto de mejora, en alusión a su más habitual destinación–, deberán devolver su exceso para que sea repartido entre todos los coherederos. A favor de la dote juega, sin embargo, la particularidad de que se deja a la elección de la dotada la posibilidad de referir su valoración al momento del fallecimiento del testador, como rige respecto a las demás donaciones, o al de su constitución[29]. Esta obligación de colacionar todos los bienes obtenidos de los padres representa una importante novedad frente al de-

la paguen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimonio: si no los oviere que basten á la paga de la dote, y donacion *propter nuptias*, que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenescieren en qualquier manera: pero si el padre solo durante el matrimonio dota, ó hace donacion *propter nuptias* á algun hijo comun, y de tal matrimonio oviere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que en las ganancias cupiere: y si no la oviere que la tal dote, ó donación *propter nuptias* se pague de los bienes del marido, y no de la muger". *Nueva Recopilación*, [5, 9, 8]. *Novísima Recopilación*, [10, 3, 4]. Siglos más tarde, una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 8 de junio de 1866 declararía esta solución inaplicable a los donaciones hechas por los padre a los hijos por razón del matrimonio, alegando que siendo donaciones causales y en concepto de pago anticipado de lo que por sus legítimas pudiera corresponderles, debería suponerse que cada cónyuge se desprende sólo de la parte proporcional a su patrimonio. J. Escriche, *Diccionario razonado,* II, voz «Donación propter nuptias o por razón de casamiento», pp. 723-724, p. 723.

29 *Leyes de Toro*, [29] "Quando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colación y partición la dote y donación *propter nupcias*, y las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar: pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inofficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que la recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes; puesto que sea durante el matrimonio, á tornar á los otros herederos del Testador aquello en que son inofficiosas, para que lo partan entre sí, y para se decir la tal dote inofficiosa, se mire á lo que excede de su legitima, y tercio y quinto de mejoria: en caso que el que la dio podia hacer la dicha mejoria quando hizo la dicha donación, ó dio la dicha dote, aviendo consideración al valor de los bienes del que dio ó prometió la dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dio la dicha dote, ó la prometió, do más quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida ó mandada: pero las otras donaciones que se dieren á los hijos: mandamos que para se decir

recho precedente, pues en las Partidas, a pesar de afirmarse que las arras, la dote y la *donatio* debían ser contabilizadas en la porción hereditaria del donatario, se permitía al padre expresar, en forma verbal o testamentaria, su intención de que quedasen exentas de entrar en dicha estimación, resultando también liberadas cuando como coherederos concurriesen a la herencia otras personas no unidas por parentesco con el causante; al tiempo que, siguiendo el criterio justinianeo, la colación de las donaciones simples solamente se requería cuando también hubiesen sido computadas en su respectiva parte las realizadas a otros hermanos con motivo de su matrimonio[30]. Finalmente, la ley 25, menos densa en contenido, excluye del cálculo del tercio y del quinto de mejora todas aquellas donaciones que la ley 29 ordena colacionar a los hijos o los herederos[31].

Como ya se ha mencionado, de acuerdo con el nuevo perfil dado a la institución, en cuanto que entregada por el padre al hijo, y no por el

inofficiosas se aya consideración á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte". *Nueva Recopilación*, [5, 8, 3]. *Novísima Recopilación*, [10, 3, 5].

30 *Partidas*, [VI, XV, III]: "Quales ganancias es tenudo el vn hermano de partir con el otro.- Todas las cosas que el fijo ganare en mercaderia con el auer de su padre, seyendo en su poder, todas las deue aduzir a partición con los otros bienes que fueron de su padre, e partir las con los otros hermanos. Otrosi dezimos, que la dote o el arra, o la donación, que el padre diere en casamiento a alguno de sus fijos se deue contar en la parte de aquel a quien fue dada: fueras ende, si el padre dixesse señaladamente quando gela daua, o en su testamento, que non queria que gela contassen en su parte. E esto ha logar, quando los hermanos tan solamente heredan los bienes de su padre, o de su madre. Mas si otro estraño fuesse establecido con ellos por heredero; estonce las ganancias sobredichas, o las donaciones, o dotes que fuesen dadas a los hermanos: non las deuen meter en particion con los estraños, nin las deuen contar en su parte con ellos"; [VI, XV, IV]: "Como las donaciones que el padre faze en su vida algund su fijo si deuen ser contadas en su parte o non.- En su vida faziendo donacion el padre a su fijo, que estuuiesse en su poder, si despues non la reuocare fasta su muerte, este fijo aura la donacion que desta guisa le fuere fecha libre e quita: e non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la partición: fueras ende, si el padre ouiese dado en casamiento a los otros hermanos alguna cosa segund dize en la ley ante desta. Ca si este fijo atal quisiesse contar a los otros hermanos en sus partes, las donaciones que el padre les fiziera, en razon de casamiento: estonce dezimos, que sea otrosi contada en su parte la donacion que el padre fizo a el en su vida. E esto es porque se guarde egualdad entre ellos. Pero si el padre fiziesse tan grand donacion al vno de sus fijos, que los otros sus hermanos non pudiessen auer la su parte legitima, en lo al que fincasse: dezimos, que estonce deuen menguar tanto de la donacion, fasta que puedan ser entregados los hermanos de la su parte legitima, que deuen auer".

31 *Leyes de Toro*, [25]: "El tercio y quinto de mejoria fecho por el Testador no se saque de las dotes y donaciones *propter nupcias*, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes traxeren a colación o partición". *Nueva Recopilación,* [5, 6, 9]. *Novísima Recopilación*, [10, 6, 9].

marido a la mujer, la *donatio* se desvía de aquella finalidad que la había justificado en su versión romano-justinianea, como garantía de la devolución de la dote [32]. Una función que, según M.ª J. Collantes, en el derecho castellano había conseguido satisfacción a través de otra vía: la de la sumisión de todo el patrimonio del marido, con preferencia frente a la liquidación de cualquier otra clase de deuda, a la obligación de su restitución[33]. Discordancia de tan grueso calibre, que inducirá a la mayoría de los autores posteriores a rebatir que la *donatio* hubiese llegado a gozar nunca de una verdadera implantación en este territorio.

El enunciado de la ley 29 abría, con todo, un importante debate –estudiado en profundidad por J. García Martín[34]–, al imponer un deber de imputar la *donatio* a la legítima, que aunque ya prefigurado en el Fuero Real (3, 6, 14), chocaba con el principio general de colación consagrado, eso sí, con destacadas excepciones, en las Partidas[35]. Un contradicción

32 No obstante, J. A. López Nevot, *La aportación marital*, pp. 81-82 y 86, llama la atención sobre como esta concepción sigue presente en A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fol. 312, núm. 9 y fols. 313-314, núms. 11 y 12, que continúa obtando por su caracterización como *antipherna*, otorgada por el marido o su padre en recompensa por la dote para asegurar su postrera recuperación por la otorgante. Recordando, también, que en una línea análoga se habían movido ya antes Gregorio López, glosa (d), «En España propriamente arras», a *Partidas,* [IV, XI, I], y glosa (g), «La donación», a *Partidas*, [IV, XI, XXXI], y Diego de Covarrubias y Leyva, *De Matrimonio*, en *Opera Omnia in duos tomos divisa*, I, Coloniae Allobrogum, 1724 (1ª ed. 1558), II, cap. 3, paragrafo 7, pp. 188-189, núms. 14 y 15, que llega a firmar que sobre la *donatio* pesa una hipoteca legal en garantía de la dote.

33 Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 318. Afirmación que apoya en opiniones como las de J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 53, pp. 323-324, y P. Nolasco de Llano, *Compendio*, l. 53, p. 271.

34 J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 435-475, realiza un análisis pormenorizado de la extensa reflexión doctrinal generada por esta cuestión, al que me remito.

35 *Partidas*, [V, IV, III], permitía excluir el caballo y las armas dados por el padre al hijo al hacerle caballero y los libros proporcionados a aquél vástago al que hubiese orientado hacia el estudio: “Quales fijos pueden fazer donacion, e quales non, e como deue valer la donacion que el padre faze a su fijo.- (…) Mas si el padre diesse algo de lo suyo, a alguno de los fijos, non valdría. Ca el fijo a quien lo diesse, si ouiesse otros hermanos, tenudo seria despues de muerte de su padre, de aduzir la, e meter la a partición con ellos, o de rescebir la en su parte, entregandose cada vno de los otros hermanos de otro tanto como valiesse la donación que le dio el padre. Fueras ende, si el padre fiziesse cauallero a su fijo, e le diese cauallo e armas, o le fiziesse aprender alguna sciencia, o le diesse libros en que la aprendiesse. Ca el donadio que fuesse fecho en alguna de las maneras sobredichas valdria, e non seria tenudo de aduzirlo a particion entre los hermanos”; *Partidas*, [VI, XV, IV], señalaba la obligación de colacionar las donaciones efectuadas por razón del casamiento cuando así lo demandaba alguno de los hijos, con el fin de restablecer la igualdad entre sus respectivas legítimas: “Como las donaciones que el padre faze en su vida a algund su

que, interpretada por Palacios Rubios como una corrección del sistema precedente, le conducirá a subrayar el factor de la voluntad paterna en la traslación al hijo de la dote y la *donatío*, para concluir que después de aplicarlas a la legítima cabría integrar su exceso en la mejora del tercio y del quinto, lo que equivalía a afirmar que cabía canalizar una mejora tácita a través de ambas asignaciones[36]. Esta lectura resultará, no obstante, completamente desvirtuada por una pragmática de 1534, seguramente dirigida a esclarecer las sombras proyectadas por el ambiguo precepto toresano, que vino a proscribir la mejora encubierta de las hijas por la vía de la dote o el casamiento, pero sin incluir en esta prohibición a la realizada por igual medio en favor del hijo varón[37]. En consecuencia, la producción doctrinal elaborada a partir de su promulgación no podrá ignorar la disociación creada en el régimen aplicable a una y otra aportación, propiciando la decantación de dos grandes corrientes de opinión: una, la de quienes, considerando la masculina –en oposición a la dote–, como donación no colacionable, mantendrán la distinción entre las arras y la *donatio propter nuptias*, describiendo ésta última como extraña ya a la práctica peninsular; y la otra, más exitosa, en la que se alinearán autores como Cifuentes, Gregorio López, Diego de Covarrubias y Antonio Gómez, que

fijo si deuen ser contadas en su parte o non.- En su vida faziendo donacion el padre a su fijo, que estuuiese en su poder, si despues non la reuocare fasta su muerte, este fijo aura la donacion que desta guisa le fuere fecha libre e quita: e non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la particion: fueras ende, si el padre ouiese dado en casamiento alos otros hermanos alguna cosa segund dize en la ley ante desta. Ca si este fijo atal quisiesse contar a los otros hermanos en sus partes, las donaciones que el padre les fiziera, en razon de casamiento: estonce dezimos, que sea otrosi contada en su parte la donacion que el padre fizo a el en su vida. E esto es por que se guarde egualdad entre ellos. Pero si el padre fiziesse tand grand donacion al vno de sus fijos, que los otros sus hermanos non pudiessen auer la su parte legitima, en lo al que fincasse, dezimos que estonce deuen menguar tanto de la donacion, fasta que puedan ser entregados los hermanos dela su parte legitima, que deuen auer".

36 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 29, fol. 84v, núms. 26 y 27. A la posibilidad de legítima tácita se opone L. Velázquez de Avendaño, *Legum taurinarum*, l. 29, glosa I, fol. 58r, núm. 2.

37 *Nueva Recopilación*, [5, 2, 1]: "Lo que se puede dar en dote y lo que los esposos pueden dar alas esposas en joyas o vestidos.- (...) Y mandamos, que ninguno pueda dar, ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija, tercio, ni quinto de sus bienes; ni se entienda ser mejorada tacita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre uiuos: sopena que todo lo que demás de lo aquí contenido diere, y prometiere, según dicho es, lo aya perdido, y pierda (...)". Pragmática también recogida en *Novísima Recopilación*, [10, 3, 6].

no renunciará a conciliar la tradición castellana con la modificación introducida por la aludida pragmática, insistiendo en calificar a la donación procedente del marido como causal y remuneratoria, si bien lo esencial de su argumentación reside en que sostienen que la donación simple concedida por el padre en concepto de tercio y quinto no estará sujeta a colación en el caudal hereditario paterno, excepto en lo que su valor sobrepasase la suma de ambas cuotas, que pasará a computarse en la legítima[38].

Lo cierto es que a lo largo de los siglos XVI y XVII, alentada además por la reproducción en la Nueva Recopilación de la referencia a la *donatio propter nuptias*[39], la abundante literatura jurídica construida sobre el tema, si bien coincidente en considerar a la *donatio* vacía de contenido, tenderá a volcar su reflexión sobre el carácter remuneratorio de las arras, que serán imputables a la legítima, en contraste con las donaciones simples, de naturaleza no conferible, contempladas en la ley 26 de Toro[40]. No obstante, a lo largo del siglo XVIII se observa un paulatino distanciamiento de las categorías del *ius commune* frente a las particularidades fabricadas por la legislación regia, que redunda en una progresiva desvinculación de la idea de remuneración con respecto a las arras, que ahora tienden a ser concebidas más bien como un aumento de dote, mientras que en la *donatio*, que ha pasado a ser identificada como la donación matrimonial

38 Lugar común entre la doctrina puesto de relieve por S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 29, pp. 538-539, núm. 64. No me detendré en la descripción de las respectivas opiniones sostenidas por cada uno de estos autores. Véase, J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 438-449.

39 *Nueva Recopilación*, [5, 8, 3] y [5, 9, 8], donde se reproducen las leyes 29 y 53 de Toro, respectivamente.

40 Postura, la de defender su carácter remuneratorio, mantenida, con los lógicos matices, entre los principales comentaristas de la Nueva Recopilación: A. de Acevedo, *Comentarii iuris*, glosa III a NR, [5, 2, 1], fols. 37v-38r, núms. 7 a 11; J. Gutiérrez, *Practicarum quaestionum*, lib. III y IV, pp. 460-461, núms. 2 y 5, (citado por J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 455, n. 1233); J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 2, 1], fol. 42r, núm. 6, que, sin embargo, no habla del deber de colacionar. Aunque tampoco faltaron voces disonantes, partidarias de la obligación de colacionar todas las donaciones, ya fueran simples o causales: L. Velázquez de Avendaño, *Legum taurinarum*, glosa III a ley 29, fols. 59v a 61r, núms. 1-11, con la aprobación de S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 29, p. 545, núm. 93, quien, además, para llevar a concordia las leyes 26 y 29, propone, p. 554, núm. 131, que toda donación simple, es decir, la hecha por última voluntad, contrato *inter vivos*, remuneración de servicios o pura liberalidad, se repute aplicada a la mejora y el exceso a la legítima, mientras que en las demás, medie obligación, como en la dote, o no, caso de la *donatio propter nuptias*, la imputación deberá hacerse a la inversa. Véase J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 450-463.

hecha por el padre al hijo, la diferencia que se reconoce es entre la causal, obligatoria y adscrita a la legítima, y la gratuita, que se entiende entregada a cuenta de la mejora[41]. En todo caso, la irrupción del liberalismo y de su decidida apuesta por la autonomía de la voluntad, acabará determinando que todo el conjunto de los intercambios matrimoniales, provengan del marido o de la mujer, caiga englobado, en razón de su gratuidad, dentro de la regulación reservada a las donaciones simples[42]. Nos ocuparemos de ello más adelante.

3. Modificaciones en el régimen de las arras

a. Limitaciones en la cuantía

En lo concerniente a las arras, dos son los preceptos de las leyes de Toro que van a reformar el régimen desarrollado en el Fuero Real. Por ahora, nos detendremos en la ley 50, que afecta al trascendental asunto de la fijación de su cuantía. Problema que ya había preocupado seriamente al legislador visigodo, llevándole a establecer, ya fuese para mitigar el perjuicio económico derivado de la alarmante inflación de su volumen, o bien para evitar el quebranto causado en el vigente sistema de separación de bienes por estas transferencias, proclives a la confusión de patrimonios[43],

41 P. Nolasco de Llano, *Compendio*, l. 53, p. 272, núm. 10, no renuncia a adornar a las arras de su índole remuneratoria, a pesar de apuntar ya hacia este cambio de orientación. Mucho más firme se muestra en sus planteamientos J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 29, pp. 170-172 y 175-181, y l. 53, pp. 323-324. Véase J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 463-468.

42 Lo que suponía el rechazo definitivo del tan discutido componente remuneratorio de la donación marital, como es visible, por ejemplo, en B. Gutiérrez, *Códigos*, I, p. 442, que afirma que las arras son una liberalidad, y que no cabe admitir su carácter remuneratorio, en el que se fundan y del que abusan los que creen que se pueden constituir y aumentar en todo tiempo. Y continúa: "El marido no compró nunca por las arras la hermosura de la mujer, ni pagó con ellas sus virtudes: aun sin reparar en lo que sucederá después, el marido ofrece ó constituye arras á su esposa lo mismo que sea rica, ó pobre: los españoles tienen ilustre prosapia, sucesores de la caballerosidad y galanteria de los antiguos godos, regalan, no premian". Sobre esta cuestión, J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 474-475.

43 Mientras que la primera explicación había sido apuntada por Francisco Cárdenas, «Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias, desde el origen de la legislación española hasta nuestros días», en *Derecho Moderno*, VII, 1849 (= *Estudios jurídicos*, Madrid, 1884, tomo II, 5-62, por donde cito, pp. 16-17), la segunda, más

un límite máximo, tasado por la ley *Cum de dotibus* de Chindasvinto en mil sueldos y una donación complementaria de diez siervos, diez siervas y veinte caballos, para los nobles, y en una décima parte del caudal del concedente para el resto de los grupos sociales. Siendo esta última, también, la acotación fijada para la aristocracia goda, aunque sin eliminar la prerrogativa de la dádiva suplementaria, a la cual se trasladará el citado tope de los mil sueldos, en la modificación de dicho precepto realizada más tarde por Ervigio[44].

La presencia atestiguada en algunos documentos galaico-portugueses de los siglos IX a XI, estudiados por P. Merea[45], de transmisiones nupciales hechas por el esposo y consistentes, aparentemente más con el carácter de un mínimo legal que como una cuota insuperable[46], en un décimo de sus pertenencias presentes y futuras, a las que va unida, además, otra aportación de mayor entidad, cuya composición trasluce una verosímil afinidad con el regalo adicional visigodo, no basta, sin embargo, para acreditar la pervivencia de una regla que parece haber retrocedido frente al contenido puramente simbólico cobrado por la entrega de las arras, que parece transformada en un simple reflejo de la integración de la mujer en el nuevo núcleo familiar, lo que convierte el alcance de su monto en un elemento accesorio dentro de su determinación jurídica[47].

Tal vez aquí resida la explicación de que en algunos fueros loca-

convincente, la planteó A. Otero Varela, «"Liber Iudiciorum, 3, 1, 5" (En tema de dote y "donatio propter nuptias")», en *AHDE*, 29 (1959), 545-555, p. 553.

44 *Liber Iudiciorum,* [3, 1, 5]: "Decernimus igitur hac legis huius perpetum servatura sanctione censemus, ut quicumque ex palatii nostri primatibus vel senioribus gentis Gotorum filiam alterius uel cuislibet relictam filio suo poposcerit in coniugio copulandam, seu quiquis ex predicto ordine uxorem sibi elegeritt expetendam, non amplius unusquisque in puelle vel mulieris nomine dotis titulo conferat vel conscribat, quam quod decimam partem rerum suarum esse constiterit. Quod si contigerit, ut quicumque parentum pro filio suo in nurus sue nomine dotem conscribere debeat, eodem modo de id, quod eidem filio post obitum parentum suorum in portione evenire poteret, decimam exinde partem per dotis titulum conferat, quod mulier vel puella nuptiis traditura obtineat, atque insuper decem pueros decemque puellas et caballos viginti seu in ornamentis, quantum mille solidorum summa esse constiiterit, dare debebit (...)". Cito por *Liber Iudiciorum sive Lex Visigothorum M.G.H. Legum Sectio*, I, *Leges Nationum Germanicarum*, I, *Leges Visigothorum*, Hannover 1902.

45 Paulo Merea, «O dote nos documentos dos séculos IX-XII (Asturias, Leâo, Galiza e Portugal», en *Estudos de direito hispânico medieval,* Universidad de Coimbra, 1952, 59-138.

46 Lo sugiere J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 42.

47 J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 239.

les tempranos, como los de Oviedo y Avilés, se deje la estimación de su importe a la libre decisión del novio y de quienes representen los intereses del grupo de parentesco de su consorte[48]. Pero a partir del siglo XII comienza a operarse un cambio de política normativa, posiblemente guiado –en la creíble tesis de García Martín–, hacia el objetivo de reducir el lesivo impacto que sobre las aspiraciones recaudatorias de los poderes públicos ejercía la vigencia de pautas de copropiedad articuladas sobre un modelo económico de gananciales, en el que, mantenidas fuera de la presunción de que, salvo prueba contraria, todas las adquisiciones y las deudas de la pareja casada eran comunes[49], las arras servían para vehicular una exención privilegiada respecto a las cargas fiscales que, como unidad impositiva, recaían sobre cada célula conyugal; lo que, por añadidura, prolongaba y agrandaba sus efectos en la nueva comunidad formada, habitualmente, a la muerte del marido por la viuda y los hijos. Luego, sería el deseo de interponer barreras al número y la calidad de los bienes, en especial inmuebles, susceptibles de ser extraídos del acervo patrimonial de la familia del otorgante para cedérselos a una mujer, que al enviudar podría beneficiarse, en su disfrute, de la redención o aminoración de algunas gravosas obligaciones, la que condujese a la generalización de ciertas

48 *Fuero de Oviedo*, [14]: "Omne que muller prende pedida a sus parientes o a sus amigos et per conçello, et arras lii dier ante que la spose, dialli fiador de sus arras quales se conuenieren per foro dela uilla, Et daquel dia quel fiador lli diere aya fecho su carta ata nueue dias o a la muller o a sos parientes. Rourela so marido en conçello, et el fidiador suelto destas arras quel marito lli da. desque fillo ouier, las arras son muertas, partant co que dios lles dier". El mismo precepto, en el *Fuero de Avilés*, [25]. Ambos en A. Fernández-Guerra y Orbe, *El Fuero de Avilés*, Madrid, Academia de la Llingua Asturiana, 1991 (ed. facsímil de la de Madrid, Imprenta Nacional, 1865). Aunque también en el *Fuero de Usagre,* [69]: "De uoda et de arras. Qui uxorem duxerit, det ei en arras, et en uestidos, et en uodas quanto se auiniere con parientes de la esposa, et prendan fiadores de arras et por repintaias de C morauetis" (= *Fuero de Cáceres*, [70]: "Quien dvxit mvlier de arras…"), obedeciendo, tal vez, como propusiese F. Cárdenas, *Ensayo histórico*, pp. 29-31, a un propósito de atraer pobladores mediante el atractivo de esta clase de libertades. No hace alusión alguna sin embargo, el *Fuero de Coria*, a pesar de su conocida estrecha conexión con los dos anteriores, lo que J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 46, sugiere, quizás, como un signo previo a la afirmación del principio de libertad.

49 Principio consagrado en *Leyes del Estilo*, [203]: "Que los bienes que se hallan en poder del marido, y de la muger, se presumen comunes de ambos, salvo si alguno probáre ser suyos, es notable Ley.- Como quier que en el derecho diga que todas las cosas que han marido, è muger, que todas presume el derecho que son del marido fasta que la muger muestre que son suyas. Pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido, y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente".

restricciones[50], materializadas en la fijación de un máximo invariable, que unas veces será evaluado en metálico, y en otras ocasiones concretado en ciertas propiedades de valor calculable, cuya suma global no podrá sobrepasar el tope señalado[51].

En refuerzo de este planteamiento cabe invocar que tanto en el Fuero de Molina de Aragón como en el de Uclés, que coinciden en rebajar la cuantía de las arras a veinte maravedíes, la posibilidad de reclamarlas se declara caducada después de acaecer el deceso del marido, con la particularidad, en Uclés, de que se exige que en el día de la boda se adelante el traspaso de, al menos, un tercio de lo acordado[52], quedando condicionada la imposición al fiador o a los herederos de la obligación de saldar los dos tercios restantes a que la demanda hubiese sido planteada en vida del finado[53]. Aunque no faltan otros ordenamientos en los que, sujetándola a ciertas garantías, se contempla con mayor permisividad la dilación en el cumplimiento del compromiso, admitiendo incluso que sea posterior al óbito del promitente. Así sucede en Cuenca, donde se contemplan tres supuestos diferentes: que las arras hayan sido ya satisfechas, que para asegurarlas se haya adelantado una prenda, rigiendo entonces una regla

50 J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 241-247.

51 Para A. Otero, *Liber Iudiciorum, 3, 1, 5*, p. 554, el motivo de que no se subordine su cuantía a cierta proporción del caudal perteneciente al concedente estribaría en que tal mecanismo, eficaz en un sistema de separación de bienes, perdería su sentido en el modelo de gananciales ahora imperante. Es verdad que era necesario acomodarse al principio de *ne sine dote coniugium fiat*, pero para eso bastaría la fijación de una cuota arbitraria.

52 Exigencia que habría que poner en relación con la prevención exhibida en numerosos textos frente a la posibilidad de que el acuerdo matrimonial sancionado por las arras no llegase a realizarse, lo que justifica también que se trate de tener apartada de las mismas a la mujer, en tanto que no se consume el enlace. Sobre estas cuestiones, J. García González, «El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la Historia del Derecho español», en *AHDE*, 23 (1953), 611-642.

53 *Fuero de Molina de Aragón*, [XI, 26]: "Del que tomare muger.- Vezino de Molina que tomare muger, del por sus arras veynte maravedís et la que mas demandudiere, nol uala et después de la muerte ninguno non peche arras". *Fuero de Uclés*, [28] (cito por F. Fita, «El Fuero de Uclés», en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 14 (1889), IV; 338-344), [28]: "De arras.- Totus homo qui arras oviere a dar non det mas de XX morabetinos; tercia pars in bodas por foro ducles; et si in vida non demandarent, postea non respondeat, neque filii neque parentes. Sed homo qui fiador entrare por arras respondeat, o pectect bivo sedendo el qui eum miserit". Resulta novedoso que en el *Fuero de Salamanca*, [211], se impone una multa por superar la cantidad máxima, establecida de treinta maravedíes: "Qui tomar mas por uoda del coto. Todo uezino de Salamanca que mas tomare por su fiya o por parienta de XXX morauedis en uoda e XX en uestidos, peche cada diomingo cinco morauedis".

similar a la fijada en Uclés, o que hayan sido estimadas en función del caudal patrimonial del concedente, en cuyo caso, los herederos tendrán que responder del pago, aun cuando éste se solicite después del fallecimiento de aquél[54]. En Molina de Aragón, en otro precepto que modula el anterior, en el que se fijaba en veinte maravedíes la cantidad a entregar a la mujer casadera, se inaugura, además, una significativa distinción, que luego se hace bastante frecuente, entre las arras debidas a la doncella, aquí completadas con un jugoso aporte en ganado y especie, y a la viuda, que las ve recortadas a la mitad de la suma dineraria adjudicada a aquélla, como residuo, quizás, del antiguo premio a la virginidad implícito en la *morgengabe* germánica[55], o, tal vez, simplemente como penalización a la

54 *Fuero de Cuenca*, redacción sistemática, [IX, 3]: "Sciendum est, quod post mortem uiri nullus habet soluere dotem: et quanuis uxor pignora teneat, non ualeat, quia ante mortem uiri dos non fuit requisita, apreciatura autem ualeat ab omni tempore". Igual solución se da en *Fuero latino de Teruel,* [305]. *Fuero romance de Teruel*, [415]. *Fuero de Iznatoraf*, [173]. *Fuero de Zorita de los Canes,* [174]. *Fuero de Alcaraz,* [III, 62]. *Fuero de Alarcon,* [164]. *Fuero de Baeza,* [172]. *Fuero de Úbeda,* [XIX, (c)]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [164] y *Fuero de Huete*, [134]. En el *Fuero de Soria* se prescinde del segundo supuesto, y en el tercero se admite también la repetición contra los herederos, aun cuando la viuda no hubiese requerido su satisfacción del premoriente, pero con la notable novedad de que se otorgan efectos liberatorios al alumbramiento de progenie, [288]: "(…) Et si la mugier en vida del marido non fuere entregada destas arras o de apreçiamiento que lo uala, en rrayz o en mueble, et los herederos del non sean tenidos de gelas dar, ni el asus herederos della si ella non fuere entregada en su vida. Pero biuiendo amos de consuno, quando quier que gelas demande, que sea tenido de gelas dar, si gelas non dio; saluo ende si ouieren fijos de consuno, que nol sea tenido de dargelas". Esta última precisión parece conectar con el principio de «arras muertas», es decir de agotamiento de los derechos propietarios de la madre sobre las arras, que rige ante idéntico acontecimiento en los citados *Fuero de Oviedo*, [14] y *Fuero de Avilés*, [25].

55 *Fuero de Molina de Aragón*, [XXV, 3]: "Todo omne que con moça uirgen casare, del en arras veynt maravedís et quarenta mesuras de uino et un puerco et siete carneros et cinco cafizes de trigo; a la mujer bitda, diez maravedís". Las mismas sumas monetarias, pero sin mención al suplemento en vino, trigo, un cerdo y siete carneros, aparecen en el *Fuero de Alfambra*, [39]: "Arras de muger.- Omne que prendra muger manceba en pellos donile por aras XX morabetinos alfonsines; a otra muger, X alfonsines". Cito por M. Albareda Herrera, *Fuero de Alfambra*, Madrid, Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, 1925. La idea de la vinculación de esta diferenciación entre las arras de la doncella y de la viuda a la hipotética confluencia en las arras de notas propias de la dote masculina y de la extinta *morgengabe* fue planteada por J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 60-61, y suscrita por E. Gacto Fernández, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla,* Sevilla, Universidad de Sevilla, 1975, pp. 85 y 208-209. Pero les pone objeciones J. A. López Nevot, *La aportación marital*, pp. 47-48, basándose en que la aportación suplementaria contemplada en Molina de Aragón

posible permanencia en manos de la mujer que toma nuevas nupcias de un remanente de lo recibido en su anterior casamiento. Más tarde, junto a esta discriminación inicial, irá consolidándose otra distinta, que separará a la mujer residente en la ciudad de la aldeana, y que, seguramente, está fundada, en las ventajas de acceso a los privilegios ligados al estatuto de vecindad –con particular incidencia en sus repercusiones fiscales–, que el matrimonio con la villana podría reportar. Así, el entrecruzamiento de ambos pares de variables da lugar a la delimitación de cuatro supuestos en una escala que, con ligeras variaciones, encontramos en el Fuero de Cuenca y en sus emparentados[56], y en los fueros de Soria y Guadalajara[57], al igual que en Madrid, donde se fija el día de la boda como plazo de la entrega[58]. Conviene, con todo, advertir, que las cortapisas contenidas en estos derechos municipales suelen demostrar una escasa compatibilidad con las noticias ofrecidas por los testimonios documentales que nos ilustran sobre el contenido de estos dones nupciales, ya que la imagen que trans-

constituye una solución sin equivalente en otros fueros, y que en el Fuero de Madrid, [115] se dispone una entrega de las arras antes de la celebración de la boda que resulta muy difícil de conciliar con la idea de *morgengabe*.

56 La fórmula más repetida es la que establece en veinte maravedíes las arras debidas a la doncella de la villa, frente a los diez atribuidos a la viuda urbana y a la soltera aldeana y los cinco merecidos por la campesina que ya antes ha estado casada. Es la que aparece en el *Fuero de Cuenca*, [IX, 1]: "Mando quod quicumque ciuem puellam desponsauerit, det ei uiginti aureos in dotem vel apreciaturam, uel pignus uiginti aureorum"; [IX, 2]: "Ciui uidue det decem aureos: qui puellam rusticanam uel aldeanam desponsauerit, det ei decem aureos; vidue quinque aureos". En igual sentido, *Fuero latino de Teruel*, [302]. *Fuero romance de Teruel*, [415]. *Fuero de Zorita de los Canes*, [172], [173]. *Fuero de Iznatoraf,* [172], [173]. *Fuero de Béjar*, [210], [211] y [212]. *Fuero de Plasencia*, [634]. *Fuero de Alcaraz,* [III, 60] y [III, 61]. *Fuero de Alarcon,* [162] y [163]. *Fuero de Baeza,* [170] y [171]. *Fuero de Úbeda,* [XIX, (a) y (b)]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [164]. *Fuero de Huete*, [134].

57 *Fuero de Soria,* [288]: "Tod aquel que con mançeba en cabellos que sea de la villa casare, del XX mr. en arras, o apreciamento o pennos de XX mr. A la bibda, X mr. A la mançeba del aldea, X mr. A la bibda, V mr. o apreciamento o pennos por ellos (...)". El enunciado más sencillo es el del *Fuero de Guadalajara*, [34]: "Tod ome qui muger prisiere, el marido de al escosa en arras vente maravedis e a la bibda diez maravedis, e al escosa del aldea diez maravedis e a la bibda çinco maravedis". Cito por H. Keniston, *Fuero de Guadalajara (1219)*, Nueva York, Princeton University, 1965.

58 En realidad, en el *Fuero de Madrid*, [115], lo que se somete a esta escala es la donación esponsalicia, estribando su peculiaridad en que se aumenta la cuantía reconocida a cada una de estas categorías: cincuenta maravedíes para la soltera y veinticinco para la viuda, que se reducen a veinticinco y quince, respectivamente, cuando su procedencia es del entorno rural. Véase nota 10.

miten es la de una llamativa riqueza y variedad en su composición, acentuada por un acusado predominio de los bienes raíces, que, naturalmente, se intensifica a medida que se eleva la calidad social de los contrayentes[59].

No se debe pasar por alto tampoco la oposición, de la que se hacen eco diversas fuentes, entre dos sistemas de arras, unas denominadas «a fuero de León», de las que, aunque a menudo abarcan la mitad de los bienes del concedente[60], no se predica relación proporcional alguna con el potencial económico de éste, y otras «a fuero de Castilla», también de dudosa naturaleza jurídica[61], cuyo volumen se tasa en el Fuero Viejo de Castilla (5, 1, 1) en un tercio de su heredamiento, si bien aquí, si el promi-

59 El ejemplo más conocido, aunque hay que tener en cuenta lo temprana de su fecha, es el de la célebre carta de arras del Cid a doña Jimena, donde se incluían tres villas completas y treinta y cuatro porciones en otras tantas localidades (recogido por M. Menéndez Pidal, *La España del Cid*, Madrid, Espasa Calpe, 1929, II, pp. 845-850). En un nivel social más modesto podrían citarse las ricas donaciones protagonizadas en el año 1119 por dos personajes identificados como Fernando Garciez y el conde Roderico (ambas en M. Mañueco Villalobos y J. Zurita Nieto, *Documentos de la Iglesia de Santa María de Valladolid*, 2 vols. Valladolid, Sociedad de Estudios Históricos Castellanos, 1917 y 1920, I, núm 27, pp. 142-143 y núm 28, pp. 148-150, respectivamente), si bien hay que advertir que, dado su explícito sometimiento a las llamadas "arras a fuero de León", su cuantía alcanza a la mitad o un décimo del patrimonio del otorgante. Otros datos, al respecto, en Mª. C. Carlé, «Apuntes sobre el matrimonio en la Edad Media española», en *Cuadernos de Historia de España*, 63-64 (1980), 115-177, p. 159, y M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio*, pp. 189-190.

60 Entre los documentos que atestiguan la vigencia de este límite en territorios como Galicia, se puede acudir a la carta de arras otorgada en 1191 por un tal Palagio a su mujer Maria Isidori: "(...) te dilecctissimam Mariam Ysidori cum consilio bonorum hominum in uxorem habere dispono et de rebus meis secundum ritum antececessorum meorum sub testimonio dotis atque sponsalicii tibi dono illam medietatem (...)", la concedida seis años más tarde por Ihoannis Lupus a Dominica Petri: "(...) ego Iohannis Lupus uobis Dominica Petri uxori mee do et concedo uobis et fatio carta de arras de meatat meam hereditatem quam habeo de parte de meo ouolengo et habere debeo (...)", o la de Suero Rodríguez a Teresa Martínez de 1229: "(...) ego Suero Roderici de mea spontanea uoluntate dono et concedo tibi Tarise martíniz uxori me, in arras et promissa medietatem heredatatis me et de meo auere (...)." Todos ellos publicados por M. C. Casado Lobato, *Colección diplomática del Monasterio de Carrizo,* León, Centro San Isidoro, 1983, pp. 49-50, 162-163 y 190, respectivamente, y citados por Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 50-51.

61 Esta distinción fue ya puesta de relieve por R. Riaza, «Arras a "fuero de León" y según el "fuero castellano"», en *AHDE*, 12 (1935), 442-444. Otras muestras de la referencia a este doble modelo han sido analizadas por P. Merea, *O dote*, p. 67, y Mª L. Alonso Martín, *La dote en los documentos*, pp. 399-411, y «La perduración del *Fuero Juzgo* y el derecho de los castellanos de Toledo», en *AHDE*, 48 (1978), 335-377, p. 355.

tente hubiese fallecido, se permite a sus herederos que lo sustituyan por la cantidad de quinientos sueldos[62]. No obstante, algunas apariciones más tardías de esta doble fórmula, en las que las «arras a fuero de León» son evaluadas en la décima parte del patrimonio del donante[63], evidencian la influencia, a veces confirmada con una remisión expresa al *Fuero Juzgo*[64], de la resurrección de la vieja acotación visigoda, operada, al servicio de la política de unificación legislativa emprendida por Fernando III, a través

62 *Fuero Viejo de Castilla,* [5, 1, 1]: "Esto es fuero de Castiella. Que todo fidalgo puede dar a su muger en arras el terçio del heredamiento que ha. E, sy ella fiziere buena vida después de la muerte del marido e non casando, deve tener estas arras en toda su vida, plaziendo a los herederos; et, si los herederos non gelo quiseren dexar, deven dar a ella quinientos sueldos e entrar su heredat (…)". A partir de esta excepción, F. Cardenas, *Ensayo histórico*, p. 32, apuntó la posibilidad de que, en realidad, este hubiese sido el límite vigente en origen en el derecho tradicional castellano, siendo luego el deseo de aumentar la libertad para dotar el que a la hora de fijarlo por escrito condujese al establecimiento correlativo de una fracción relativamente elevada del patrimonio del marido para proveer las arras, pero cuidando de proteger los intereses de los herederos al ofrecerles esta vía para rescatarla. Basándose en la renuncia expresa que en algunas cartas de arras toledanas de la segunda mitad del siglo XIV se hace a un desconocido "fuero de los castellanos", que también evaluaba las arras permitidas en quinientos sueldos, M. L. Alonso Martín, *La perduración*, p. 366, ha propuesto una hipotética existencia real de dicho fuero que, supuestamente habría sido fijado por escrito por esa época, con una estructura cercana a la del Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla o del propio Fuero Real, «Nuevos datos sobre el Fuero o Libro castellano. Notas para sus estudio», en *AHDE*, 53 (1983), 423-453, pp. 444-445. Como objeción a esta propuesta, J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 61, recuerda que esa cantidad se fija en el Fuero Viejo precisamente para recuperar los bienes arrales.

63 El propio R. Riaza se sirve de un conocido documento, la carta de arras de Garci López, alguacil de la ciudad de Toledo, de 5 de julio de 1370, que también recurre al diezmo.

64 *Fuero Juzgo*, [3, 1, 6]: "Por que muchas vezes nacie contienda entre los que quieren casar sobre las arras, provecho é conseio será de muchos, si por esta nuestra constitucion no fincar nenguna dubda. Onde Nos establescemos por esta ley, que qual que quiere de los príncipes de nuestra corte, ó de los maiores de la gente goda que demande la fiia del otro por mugier pora su fiio, aunque ella oviesse estada mugier dotro, su quier sea virgen, sequier viuda, non le pueda dar mas por arras de la décima parte de todas sus cosas. E si por ventura el padre quisiere dar arras por su fiio á su nuera, otrosí, puédel dar la décima parte daquello que eredare el fiio despues de la muerte de su padre, é aquella décima debe aver la esposa, é demas X. mancebos, e diez mancebas, é XX cavallos, y en donas tanto quanto deva, seer asmado, que vala mil sueldos (…) Mas de los otros huembres que non son de nuestra corte, que an voluntad de casar, assi ponemos que aquellos que an valía de X mil sueldos por todas cosas en su buena, den mil sueldos a la esposa en arras. Et aquel que a buena de mil sueldos, dé C por arras, y en tal manera las arras de la cosa pequenna fasta en la grand podrán seer dadas sin contienda (…)".

de la concesión, como derecho local, de esta versión romanceada del *Liber Iudiciorum* a un buen número de ciudades recién conquistadas[65]. Y esta misma sería la solución adoptada por Alfonso X para poner orden en la maraña de reglas y prácticas coexistentes en la ciudad de Murcia[66], si bien más tarde encontramos atestiguada en este territorio la propagación de la singular y compleja modalidad «según fuero, uso y costumbre de Toledo», que es detectable desde el siglo XIV, y que se halla sustentada en la conjunción de dos regímenes dotales complementarios, pero independientes: el de dote y ajuar femenino con el décimo de arras masculino[67].

El mismo criterio era el adoptado en el Fuero Real, al restringir la entidad de las arras a la décima parte del conjunto de pertenencias del otorgante, o a idéntica porción de lo que al hijo le correspondiera como cuota hereditaria, cuando fuesen los padres los que las constituyesen en su nombre. Además, en apoyo del respeto a esta proporción, se declaraba nula toda promesa de arras que supusiese la superación de esa barrera y se autorizaba a los parientes más próximos para reclamar la devolución del exceso, en el caso de que su entrega se hubiera consumado[68]. Lo que

65 Pruebas de su larga vigencia en las poblaciones andaluzas que lo recibieron, las tenemos en varias Ordenanzas dadas por Alfonso XI a Sevilla, en especial las de los años 1337 (J. Guichot y Parody, *Historia del Excmo. Ayuntamiento de la Muy Noble, Muy Leal, Muy Heroica e Invicta ciudad de Sevilla*, Sevilla, 1896-1903, I, 16-22), y 1348 (*Ordenamiento de Sevilla*, 113, 114 y 117, en *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla, publicadas por la Real Academia de la Historia,* Madrid, 1861, I, pp. 623-624), que presentan como rasgo más característico que el importe admitido para el regalo complementario se sitúa para el ricohombre en mil maravedíes, dos telas de seda, dos de lana y una silla de «sueras» con su freno, y para el caballero y el villano en quinientos maravedíes, dos pares de paños de lana y una silla *lidona*.

66 La disposición, del año 1272, que lo ordena en J. Torres Fontes, *Colección de documentos para la Historia del reino de Murcia*, I, *Documentos de Alfonso X el Sabio*, Murcia, 1963, num. 55, pp. 80-81.

67 Mª. L. Alonso Martín, *La dote en los documentos*, pp. 393-399, y *La dote en el derecho*, p. 292. No obstante, A. Bermúdez Aznar, «Cartas matrimoniales murcianas del siglo XV», en *Homenaje al profesor Juan Torres Fontes*, Universidad de Murcia, 1987, I, 175-183, p. 182, constata que, dentro del conjunto de las cartas por él analizadas, en una sola ocasión la cuantía de las arras se corresponde realmente con el décimo, lo que le lleva a pensar que la mención a esa equivalencia puede estar justificada, precisamente, en su excepcionalidad. A. Pérez Martín, «El Fuero Real y Murcia», en *AHDE*, 54 (1984), 55-96, pp. 92-93, sugiere que lo que reflejan tales aisladas referencias tal vez sea una posible aplicación del Fuero Real.

68 *Fuero Real*, [3, 2, 1]: "Todo omne que casare non pueda dar más arras a su mugier del diezmo de quanto ouiere, e si más le diere o pleyto sobre ello fiziere, non uala; e si por auentura más diere, los parientes más propinquos del marido lo puedan demandar por

hace pensar que el cálculo de esa fracción debería producirse con ocasión de la constitución de las arras, aunque el propio texto admitía, en el precepto siguiente, la posibilidad de que, careciendo de solvencia al tiempo de casarse, el concedente se comprometiese a integrarlas en el futuro con los bienes que ganase, pasando a realizarse, en este supuesto, la estimación de dicho porcentaje de su patrimonio privativo en el momento en el que su mujer le reclamase el cumplimiento de lo acordado[69].

La larga tradición consuetudinaria acumulada hasta llegar a la incierta fecha de promulgación de las Partidas permite comprender porqué, a pesar de implantar una solución de raigambre romana, pero comple-

él. E si la mugier auiendo fiios deste marido finare, pueda dar por su alma la quarta parte de las arras a quien quisiere, e las tres partes finquen a los fiios daquel marido onde lo ouo; e si fiios non ouiere, faga de sus arras lo que quisiere, quier en uida quier en muerte, e si ella murier sin manda e non ouiere fiios dél, finquen las arras al marido que ge las dio o a sus herederos. E si la mugier ouiere fiios de dos maridos o de mas, cada uno de los fiios hereden las arras que dio su padre, de guisa que los fiios de un padre non partan en las arras que dio el padre de los otros. E si el padre o la madre quisiere dar arras por su fiio, non pueda dar más del diezmo de lo que puede heredar dellos". En sus glosas a esta ley, Alonso Díaz de Montalvo, *El Fuero Real de España*, II, glosa (b), «Del diezmo», p. 14, afirma que la finalidad de la medida era evitar el mutuo despojo entre los contrayentes, sobre todo el del hombre, a quien no se presume tan avaro como la mujer, mientras que en las glosas (a), «Todo home no pueda», (c), «De quanto oviere», y (d), «No vala», p. 14, dice que antes de computar el décimo deben deducirse las deudas, sin que pueda admitirse acuerdo o renuncia en contrario; sobre esta glosa, J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 56. De la misma opinión se muestra R. Suárez, *Lectura legum aliquarum huius regni*, Medina del Campo, 1550, fol 28v- 30r. Citado por Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, pp. 62-63.

69 *Fuero Real*, [3, 1, 2]: "Si alguno fuere tan pobre en el tiempo quando casare e non ouiere de qué dar arras e prometiere a la mugier con que casa que ge las dará daquello que después ganare, mandamos, que quandoquier que ella demandare a so marido que entregue las arras quel prometió, que ge las dé, de guisa que non le dé más del diezmo de quanto que ouiere al tiempo que gelas demandare". En este punto, el Fuero Real se mantiene fiel al derecho visigodo, que liberaba de la obligación de entregar el exceso en las arras cuya cuantía sobrepasara el límite legal, y facultaba para repetirlo cuando su traspaso ya se hubiese producido. Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico,* p. 61, con remisión a M. J. García Garrido, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil,* I, *La tradición romanística*, Barcelona, Ramón Areces, 1982, p. 175. Por su parte, J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 56, sostiene que, probablemente, ésta no supusiese la única hipótesis admisible de diferimiento de la ejecución de las arras, aunque no especifica cuáles otras considera factibles. Cabe, además, plantearse qué sucedería en el caso de que la situación económica del marido no evolucionase de forma suficientemente favorable para poder cumplir su promesa. Cuestión a la que A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real*, en su glosa «Si alguno pobre» a [3, 2, 2], responde exculpándole, excepto en el supuesto de que desde un principio hubiese obrado de mala fe.

tamente ajena a las prácticas entonces vigentes, la de apuntalar la prohibición de las donaciones recíprocas entre los cónyuges[70] mediante una exigencia de estricta equiparación en la cuantía de la dote y de las arras que, seguramente, también perseguía equilibrar las contribuciones de los dos miembros a la naciente sociedad de gananciales, se permitía su inaplicación cuando fuese otra la costumbre antigua de la tierra, al tiempo que se daba vía libre al aumento de ambas, siempre que fuese en idéntica proporción, durante el transcurso de la convivencia marital[71]. Cabe concluir, por tanto, que, en realidad no se fijaba límite ni criterio alguno acerca de la composición de una y otra asignación nupcial[72], lo que viene corroborado por la inclusión en otro precepto de un formulario para la redacción de una «carta de donación y arras», que eludirá toda precisión sobre su correlación con el patrimonio del concedente y sobre su contenido[73].

Aprovechando los cauces abiertos por el propio mandato legal de paridad, la evolución posterior de las arras parece discurrir por la sen-

70 *Partidas*, [IV, XI, II]: "(…) Otra manera es de donacion que faze el marido, a la muger e la muger al marido despues que el matrimonio es acabado, e a tal donacion como esta, defienden las leyes que non se faga (…)"; [IV, XI, IV]: "Quales donaciones non valen, que el marido e la muger fazen entre si; despues quel matrimonio fuere acabado en que manera se pueden desfazer.- Dvrando el matrimonio, fazen a las vegadas donaciones, el marido ala muger, o ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno vno con otro. E tales donaciones como estas, son defendidas, que las non fagan, porque non se engañen despojandose el vno al otro, por amor que han de consuno: e porque el que fuesse escasso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar (…)".

71 *Partidas*, [IV, XI, I]: "Que cosa es dote, e donacion e arra: e en que tiempo se pueden fazer.- (…) Mas las dotes e las donaciones que faze el marido ala muger, e la muger al marido, assi como de suso diximos: se pueden fazer, ante que el matrimonio sea acabado, o después. E deuen ser fechas egualmente: fueras ende: si fuese costumbre vsada de luengo tiempo en algunos lugares, de las fazer de otra manera. E si por auentura, despues que el matrimonio fue acabado, el marido quisiere crescer la donacion ala muger, o la muger la dote al marido, pueden lo fazer egualmente, asssi como sobredicho es".

72 No obstante, en la versión de A. Díaz de Montalvo de la ley [V, IV, IX], que trata genéricamente de la magnitud que pueden alcanzar las donaciones, parece asomar una alusión al décimo: "(…) todo onbre puede fazer donaçion por carta o sin ella dando tanto quanto quisiere para sacar catiuos o para refazer alguna yglesia o casa derribada e por dote e donaçion que se faze por razon de casamiento fasta el diezmo de sus bienes". Precisión que, por el contrario, no aparece en la edición de Gregorio López: "(…) que todo ome puede fazer donacion, por carta o sin ella, dando quanto quisiere, para sacar catiuos, o para refazer alguna eglesia, o casa derribada, e por dote, o por donacion que le faze por razon de casamiento (…)", ni tampoco en la de la Real Academia de La Historia de 1807. Véase J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 67.

73 *Partidas*, [III, XVIII, LXXXVII]: "Como deue ser fecha la carta de la donación e de las arras que el marido faze a su muger (…)".

da de su sistemática trasgresión en virtud del repetido expediente de la invocación de ancestrales usos locales de signo contrario. Pues, en efecto, son muchas las pruebas documentales que demuestran tanto una clara continuidad del recurso al décimo impuesto en el Fuero Juzgo y el Fuero Real, como el frecuente sometimiento de la donación a la voluntad discrecional del novio o al acuerdo entre los contrayentes, a menudo con una renuncia expresa a la norma que impedía superar el referido límite[74].

Difícilmente se puede dudar, en cualquier caso, de la escasa observancia conseguida en la práctica por el principio legal sentado en las Partidas, a la luz de lo dispuesto en la Ley 50 de Toro, que ratificando la vigencia del tipo legal consagrado en el Fuero Real, prohíbe tajantemente la introducción de unas cláusulas de renuncia al mismo[75], que, como hemos visto, debían utilizarse con bastante frecuencia para poder superar la frontera de la décima parte de los bienes del marido allí establecida. Lo más interesante es, sin embargo, que la eficacia de la desautorización de este habitual subterfugio se intenta asegurar a través del control de su formulación notarial, ordenando que la regla se guarde y se ejecute incluso cuando, conculcando el veto, se produjese dicha renuncia, y castigando al escribano que se prestase a convalidarla con la pérdida definitiva del oficio de escribanía que viniera desempeñando, amenazándole, además, si después volviese a ejercerlo, con la pena reservada al falsario[76].

74 Un ilustrativo ejemplo fue publicado por Galo Sánchez, «Colección de fórmulas jurídicas castellanas de la Edad Media», en *AHDE*, 4 (1927), 380-404, num. 57, pp. 403-404: "(...) E otrosy renunçio e parto e quito de mi la ley del derecho en que dise que ninguno non pueda dar en arras mas del diesmo de lo que ouiere, que non quiero dellas nin de alguna dellas gosar fasta que vos de e pague los dichos tantos florines de oro de las dichas arras en la manera que dicha es (...)". Otras muestras en J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 280-281. La validez de estas renuncias fue, sin embargo, negada tanto por Alonso Díaz de Montalvo, *El Fuero Real de España*, p. 14, como por R. Suárez, *Lectura legum*, fol. 28v-30r. Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 62.

75 La afirmación de Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 322, acerca de que esta ley presenta un carácter prohibitivo, ahora atinente a la protección de los intereses de los consanguíneos del concedente, que faltaba en el confirmado precepto del Fuero Real, simplemente preocupado de amparar, en su opinión, la economía del otorgante, es rebatida por J. A, López Nevot, *La aportación marital*, p. 75, quien, al margen de cuáles sean los intereses concretos protegidos, cree prohibitivos ambos preceptos.

76 *Leyes de Toro*, [50]: "La ley del fuero que dispone que no pueda el marido dar mas en arras á su muger de la decima parte de sus bienes, no se pueda renunciar: y si se renunciare no embargante la tal renunciacion lo contenido en dicha ley se guarde y execute, y si algun escribano diere fe de algun contrato en que intervenga renunciacion de la dicha ley: mandamos que incurra en perdimiento de oficio de escrivania que tuviere,

Bien es verdad, que la posibilidad de actuar al margen de las limitaciones legales había sido claramente amparada por una pragmática de los Reyes Católicos, dictada en Talavera, en 1482, por la cual se reconocía la libertad de contratación en materia de arras y dotes cuando mediase juramento; es decir, se daba cauce a una suerte de renuncia tácita, que era importada del derecho canónico[77]. Por ello, entre algunos comentaristas

y de alli adelante no pueda mas usar del sopena de falsario". *Nueva Recopilación*, [5, 2, 2]. *Novísima Recopilación*, [10, 3, 1]. No se trata de la primera vez en la que una norma legal prevé la imposición de fuertes sanciones al escribano que consintiese que las partes adquiriesen obligaciones no permitidas por ella. Por ejemplo, aparecía ya en la ley de las Cortes de Toledo de 1480 citada en la nota siguiente. Ni tampoco la última, como lo demuestra otra pragmática dada por Felipe IV, en Madrid, el 11 de febrero de 1623, en la que se instauraban medidas de control y de obligada notificación a la Cámara Real por parte de los notarios y escribanos que descubriesen acuerdos de arras que vulnerasen la mencionada regla del décimo: *Nueva Recopilación,*[5, 2, 5]: "(...) Y porque se cumpla con mas puntualidad lo dispuesto en quanto a que las arras no puedan exceder de la decima parte de lo que montaren los bienes libres. Ordenamos y mandamos que en nuestro Consejo de Camara no se den facultades en dispensacion desto, y desde luego damos por ningunas, y de ningun valor, y efecto las que en contrario se dieren, y que para mayor seguridad de la execucion de todo lo dicho, el escriuano, ante quien se otorgaren las escrituras, tenga obligación de dar cuenta de los tales contratos a la justicia de la parte, o lugar donde se hizieren. Y el escriuano del Ayuntamiento de cada lugar tenga vn libro donde se tome la razon de los dichos contratos, y de la la cantidad, dote y arras, y la justicia haga aueriguacion si la dicha dote, y arras, joyas y vestidos que se hubieren dado exceden de la cantidad que en esta ley se manda, y execute la pena, y aplicación hecha para nuestra Camara, y que de aquí adelante se ponga esto por capitulo de residencia, y de esta ley no se pueda renunciar (...)". *Novísima Recopilación*, [10, 3, 7]. Interesa en este punto J. Martínez Gijón, «Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna», en *Centenario de la ley del Notariado*, Sección I. Estudios Históricos, Madrid, 1964-1965, 263-340.

77 *Nueva Recopilación*, [4, 1, 12]: "Que declara en que casos ualen los contratos hechos con juramento, y pueden passar ante el escriuano sin pena.- (...) y por la disposicion de la dicha ley, los dichos escriuanos y Notarios no quieren tomar juramento en contrato que de su natura requiere juramento para su validacion, asimismo en compromissos y contratos de dotes y robras de ventas, y donaciones y otros contratos semejantes de enajenamientos perpetuos, y que generalmente la dicha ley era contra la libertad y jurisdicción Eclesiastica, y que por ella se quitaua a los juezes Eclesiasticos el conocimiento de cosas que de derecho y costumbre les pertenecia, y que nos suplicauan, que mandassemos reuocar la dicha ley. A esto respondemos que la dicha ley es justa, y se pudo bien hazer de dercho, y no es contra la libertad Eclesiastica (...) Y asimismo nuestra voluntad no fue de quitar el juramento en los contratos que para su validacion se requería. Y asimismo, que no interuiniesse en los compromissos, y contratos de dotes, y arras, y vendidas y engenamientos, y donaciones perpetuas; y assi lo declaramos, y queremos que quede libertad a los contrayentes que en tales contratos pueden jurar: y los dichos escriuanos y notarios puedan tomar los contratos con juramento, sin incurrir en pena alguna". Este precepto comportaba una excepción a la prohibición del juramento de los legos en negocios civiles

de la ley 50 de Toro, partiendo de la idea de que la prohibición se hacía en utilidad privada del marido y de sus herederos, prosperará la opinión de que el abandono expreso del sometimiento a la acotación del décimo sería válido cuando viniese acompañado de un juramento. Es el caso de Palacios Rubios, que habla de pacto y no de juramento, de Diego del Castillo, que aun admitiéndolo, descarta su viabilidad ante los tribunales regios, o de Gómez Arias y Antonio Gómez, entre otros[78]. Mientras que al bando contrario a su aceptación se adhieren, defendiendo los dos el interés de los emparentados, Rodrigo Suárez y Diego de Covarrubias, quien atribuye a éstos la facultad de repetir el exceso[79], y también, pero apelando ya a razones de utilidad pública, lo que supone, por tanto, anteponer la fuerza de las disposiciones del monarca a las excepciones canónicas, Juan Matienzo[80], que marca la pauta de la tendencia en adelante dominante hasta que, entrado ya el siglo XIX, Llamas Molina acuda a un argumento diferente:

dispuesta por las Cortes de Toledo de 1480 (*Ordenanzas Reales de Castilla*, [3, 1, 6] y *Nueva Recopilación,* [4, 1, 11]), y confirmada por otra ley dada en Madrid en 1502, que no llego a ser incluida en las recopilaciones, demostrando según J. M. Pérez-Prendes, «*General renunciacion non vala*. Sobre doctrina y práctica en tiempo del *ius commune*», en M. Rodríguez Gil (ed.), *Pareceres (1956-1998). Interpretatio. Revista de Historia del Derecho*, 7 (1999), vol. 2, 913-956, p. 926, como la vida económica prosperaba eliminando los obstáculos que frenaban su desarrollo. B. Gutiérrez, *Códigos*, I, p. 443, defenderá que ésta ley no trataba sobre la renuncia, buscando simplemente contener la jurisdicción eclesiástica, que se extendía más de lo regular. Sobre esta cuestión, J. García Martin, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 318-319.

78 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 50, fols. 110v-111r, núm. 6. Diego del Castillo, *Las leyes de Toro glosadas*, l. 50, fols. 175v, núm. 4. F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l. 48, fol. 233r-233v, num. 13. Apoyándose en los anteriores y en *Fuero Real* [3, 2, 1], A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fol. 314, núm. 13, sostendrá que los parientes no disponen de acción para recuperar el exceso, sino que se les atribuye la facultad de repetirlo en beneficio del marido para que revierta hacia el mismo.

79 R. Suárez, *Allegationes et concilia*, fol. 107r-107v, núms. 24, 25 y 27. Citado por J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 323-324, a quien sigo en todo este debate, pp. 319-338, junto con J. A. López Nevot, *La aportación marital*, pp. 83-84.

80 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa III a NR, [5, 2, 2], fols. 46v-47r, núms. 1-3, y fol. 48r, núms 16 y 17, en oposición a Vázquez de Menchaca. Su alineamiento a favor de la imposibilidad de sortear la prohibición se funda en su concepción de ésta como un mecanismo de protección de los intereses de la comunidad, la Republica, entre cuyos fines se incluye evitar que la práctica de las arras y las dotes excesivas atente contra las buenas costumbres. Su postura será secundada por J. Gutiérrez, *Practicarum quaestionum*, núm 39, p. 455, que también dedicará un tratado al juramento confirmatorio, en el que admitirá éste en los contratos de arras, pero sólo hasta el límite del décimo: *Tractatus tripartitus de iuramento confirmatorio et aliis in jure variis resolutionibus*, Venecia, 1609, t. VI, cap. 14, núms. 2 y 3. Bastante tiempo después, también compartirá sus planteamientos, J. Marcos

el de la absoluta supremacía –con una novedosa remisión a la ley [5, 11, 28], de Partidas, que invalidaba el pleito hecho *contra legem*, aunque incluyese pena o juramento–, de la legislación regia frente a la costumbre y el derecho romano[81].

Acerca de como la cuestión seguía, sin embargo, originando serios problemas, nos ilustran sendas pragmáticas de los años 1623 y 1723, que aunque enfocadas, principalmente, hacia las donaciones esponsalicias, continuarán insistiendo en la indisponibilidad de la cuantía máxima del décimo, además de negar a la Cámara de Castilla la potestad de dispensar de su acatamiento[82]. Aunque, paradójicamente, en paralelo a estas pautas legales restrictivas, acumulamos abundantes testimonios documentales que dibujan la imagen de unas arras inmersas en una dinámica de constante retroceso frente al incesante incremento del importe de la aportación femenina, hasta el punto de tomar la apariencia de un mero aumento de dote. Declive que encontramos reflejado en la modesta naturaleza de su contenido, normalmente reducido a una pequeña cantidad de dinero, a veces acompañada de ropas y joyas y, muy raramente, de algunas propiedades raíces[83].

b. Momento de constitución, titularidad y destino de las arras

Otra incertidumbre sembrada por las Partidas, pero no despejada en las leyes de Toro, estribaba en si, como consecuencia de su confusión con la

Gutiérrez, *Librería de escribanos,* p. 219. Véase, J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 326-328.

81 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, pp. 242-244, núms. 8-14.

82 La primera, recogida en *Nueva Recopilación,* [5, 2, 5], y *Novísima Recopilación*, [10, 3, 7], ha sido citada en la nota 76. La segunda, dada por Felipe V en San Ildefonso el 5 de noviembre de 1723 aparece en *Novísima Recopilación*, [10, 3, 8] "Atento á que por el señor Rey Don Felipe IV, mi bisabuelo, en la ley precedente, se dio regla precisa en los gastos de los casamientos, mando que de aquí adelante se guarde, cumpla y execute la dicha ley en todo y por todo como en ella se contiene, sin contravenirse; y asi mismo mando que precisamente todos los gastos que se hicieren, de cualquiera calidad que sean, con el motivo de bodas, se deban comprehender y comprehendan, sin exceder en manera alguna, en la octava parte de las dotes que se constituyeren al tiempo de los matrimonios (…)".

83 Estimaciones realizadas para Málaga a comienzos del siglo XVI por P. Derasse Parra, *Mujer y matrimonio. Málaga en el tránsito a la modernidad*, Málaga, Diputación Provincial, 1988, pp. 51-52, han situado su valor en cuatro o cinco veces inferior al de la dote. Datos similares los ofrecen I. Beceiro Pita y R. Córdoba de la Llave, *Parentesco, poder y mentalidad. La nobleza castellana, siglos XI-XV*, Madrid, CSIC, 1990, pp. 184-186.

donatio propter nuptias, las arras podrían constituirse tanto antes como durante el matrimonio, lo que suponía atentar contra la prohibición justinianea –mantenida en dicho código alfonsino–, de las donaciones cruzadas entre los cónyuges que no fuesen recíprocas y equivalentes. Y ello considerando que en el Fuero Real se contemplaba su entrega, o la promesa de hacerla, previamente al casamiento, probablemente con ocasión de los esponsales[84], si bien esta solución no concordaba con la mayor permisividad exhibida respecto a la demora en su transmisión efectiva en los fueros municipales. Recordemos, en este sentido, que como hemos visto páginas atrás, si bien su constitución se efectuaba siempre con anterioridad a las nupcias, su traspaso no suponía una condición indispensable para la celebración del matrimonio, siendo habitual que los novios simplemente cerrasen un acuerdo de cumplimiento diferido hasta el día de la boda, o los inmediatos, admitiéndose, también, en diversos textos, un aplazamiento proyectado incluso hasta el acaecimiento del óbito de uno de los cónyuges[85]. Pues bien, sobre este asunto se pronunciará Gregorio López para replicar a Rodrigo Suárez, que apelando a las diferencias existentes entre las arras y la *donatio*, se había mostrado favorable a la posibilidad de que su tradición o su aumento fuesen planteados una vez celebrado el enlace, si bien ante la evidencia de lo regulado en las Partidas, López acabará concediendo que la postergación de la entrega sería aceptable cuando la nobleza de la mujer, la entidad de la dote o cualquier otro motivo importante justificase la decisión del marido de otorgarlas en un momento posterior[86]. La opinión mayoritaria, representada, entre otros, por Covarrubias y Antonio

84 Se deduce de *Fuero Real*, [3, 2, 1] y [3, 2, 3].

85 Véase también, M. A. Bermejo Castrillo, *Transferencias patrimoniales*, pp. 116-118.

86 Gregorio López, glosa (d), «En España propriamente arras» a *Partidas*, [IV, XI, I]: "(…) nam ad l. cum multae et ad alia in quibus Rod. (Suarez) se fundat facilis est responsio, cum 1. cum multae loquitur de donatione propter nuptias de iure communi quae multum differt ab ista datione arrarum, et qua illud quod inducit de pacto lucranda donationis quod toleratur in dicta 1. cum multae procedit secundum illa iura eo: quia in dote erat simile pactum, et sic quia reciprocum tolerabatur, et non alias neque in vlteriori quantitate (…) quia 1. fori et 2 videntur velle ut datio arrarum vel saltem promissio debeat fieri tempore contracti matrimonii, et quia regulariter donatio inter virum et uxorem est prohibita constante matrimonio etiam de iure canonico vt in ca. fi. de dona. inter vi. et uxor. Et eo l. 4 ideo forte predicta conclusio procederet quando nobilitas vxoris vel magnitudo dotis, eius, vel alia causa probabilis impelleret maritum constante matrimonio ad istam donationem arrarum et non alias, si omnino saperet meram inter coniuges donationem (…)". Con la postura de Suárez habían coincidido Diego del Castillo, *Leyes de Toro*, l. 50, fol. 175v-176r, núm. 6, y J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 50, fol. 110r, núm. 4.

Gómez[87], se inclinará, sin embargo, por admitir, a partir de su concepción no como una donación simple, sino remuneratoria de las virtudes de la mujer, que pudiese realizarse, indistintamente, con anterioridad a la boda o después de iniciada la vida conyugal. Con todo, como recuerda Mª. J. Collantes, el examen de las cartas de arras de las que disponemos permite constatar que su elaboración precede siempre a la fecha de concreción de las nupcias, siendo la transferencia efectiva de los bienes comprometidos la que puede retrasarse[88].

No entra el ordenamiento de Toro a regular el régimen de la titularidad sobre las arras, pero si modifica, en su ley 51, el de su destino a la disolución del vínculo conyugal. Conviene, no obstante, hacer siquiera una mínima referencia a aquél, ya que ayuda a explicar el sentido de la alteración introducida. Hay que advertir, empero, que apenas contamos con datos empíricos que nos permitan conocer el alcance de las facultades dispositivas de la mujer sobre las arras, pues del análisis de las fuentes documentales altomedievales se desprende una notable diversidad de soluciones, dado que lo mismo se impone a la donataria la reserva íntegra de lo recibido en beneficio de las expectativas hereditarias de su propia descendencia, como se la provee de poderes que acercan su posición a la de una completa libertad de disposición, al menos con fines piadosos[89]. Sin embargo, lo más habitual es que el ejercicio de estas atribuciones sobre los bienes arrales quede desfigurado por una administración conjunta, bajo la dirección del marido. En definitiva, aunque existen indicios de que, en ciertos ordenamientos sus capacidades podrían verse reducidas a un mero usufructo improductivo[90], o si acaso ampliarse a la percepción de

87 D. Covarrubias y Leiva, *De Matrimonio*, II, cap. 3, párrafo 7, pp. 188-189, núm. 14. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fol. 314, núms. 12-13. Comparten esta interpretación J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 50, p. 306, J. Marcos Gutiérrez, *Librería de escribanos*, III, p. 218, y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 50, pp. 241-242, núms. 3 a 5, y l. 52, núm. 99, p. 279. Véase J. A. López Nevot, *La aportación marital*, pp. 82-83. Ya hemos señalado como a ésta opinión se opondría B. Gutiérrez, *Códigos,* I, p. 442 (véase nota 42).

88 Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 324.

89 Algunos ejemplos en M. A. Bermejo Castrillo, *Transferencias patrimoniales*, p. 124.

90 Así define su relación con las arras, en referencia a diversos fueros andaluces, C. Segura Graíño, «Situación jurídica y realidad social de casadas y viudas en el medioevo hispano (Andalucia)», en *La condición de la mujer en la edad media*, Madrid, Casa de Velázquez, Universidad Complutense, 1986, 121-133, p. 125.

los frutos devengados[91], poco más se puede afirmar con seguridad aparte de la repercusión fuertemente restrictiva que tiene en el alcance de su gestión la concurrencia de prole legítima.

Mayor información ofrece, en contraste, el Fuero Real, que, a pesar de que parece sugerir la posibilidad de que el marido administre las arras, prohíbe a éste que las menoscabe o las enajene, incluso cuando contase con el beneplácito de su mujer, mucho más en defensa –podemos pensar– de las expectativas hereditarias de los descendientes que de los derechos que sobre ellas pudieran asistirle a la madre[92]. Por eso, también a ésta se le impone idéntico mandato en tanto persista vivo el lazo marital, estando, además, obligada, en caso de premoriencia de su cónyuge, a reservar a los hijos comunes las tres cuartas partes de lo recibido de manos del difunto en razón de su matrimonio; cabe, pues, concluir que en ausencia de prole ella podría quedarse con su totalidad[93]. Son reglas que hay que poner en relación con la decisiva función cumplida por las arras como fondo de garantía destinado a suministrar a la viuda y a los huérfanos recursos suficientes para asegurar su subsistencia frente a la complicada situación a la que, muchas veces, podrían verse abocados a consecuencia de la quiebra por causa luctuosa del núcleo familiar. Ahora bien, las circunstancias concurrentes pueden ser diversas, dando lugar, también, a soluciones diferentes.

Entrando en su análisis, lógicamente, la falta de descendencia simplifica enormemente las cosas. Cuando fuese el marido quien sobreviviese,

91 *Libro de los Juysios de la Corte del Rey*, [1, 8, 4]: "(…) Ca estonce demandará la muger al jues, que las sus arras e los otros sus bienes sean puestos en poder de otro, porque se gobierne el marido e ella de los frutos". Cito por la edición de R. Calvo Serer en *AHDE*, 13 (1936-1941), 284-307.

92 Frente a esta prohibición genérica, A, Díaz de Montalvo, *El Fuero Real*, glosa a [3, 2, 4], pp. 16-18, apunta tres supuestos en los que sí podría disponer de las arras: cuando su falta de otros recursos le obligase a servirse de ellas para poder mantener a su familia; cuando constara el peso, número y medida de dichas arras, lo que quedaría sujeto a iguales reglas que la *aestimatio dotis* justinianea; y cuando los bienes integrantes de la masa arral fuesen cosas perecederas susceptibles de consumirse, entendiendo en este caso que su enajenación no sólo estaría permitida, sino que cabe exigírsela. A estos tres supuestos añadirá R. Suárez, *Lectura legum*, [3, 2, 1], fol. 35r, el de que existiese juramento, aduciendo que así estaba admitido en el derecho canónico. Mª. J. Collantes de Terán, *Régimen económico,* pp. 70-71.

93 *Fuero Real*, [3, 2, 4]: "El marido de mugier qualquier non pueda malmeter nin enagenar las arras que diere a su mugier maguer que lo ella otorgue. Otrosí ella non las pueda malmeter nin enagenar mientre que el marido uiuiere maguer que él lo otorgue, nin después de su muerte mientre que fiios del uiuo ouiere, fueras ende la quarta parte".

no hay nada que impida que todas las donaciones nupciales que en su día realizó vuelvan a su poder. Pero si fuese la mujer la que enviudase, ésta retendrá la propiedad de las mismas, pudiendo actuar sobre ellas con entera libertad, sea dedicándolas a fines piadosos, o sea aplicándolas a la cobertura de sus necesidades terrenas[94]. Sin embargo, no parece aventurado inferir que el ejercicio de este derecho venía a significar una tácita abdicación de cualquier otra pretensión sobre la herencia del finado. Se contemplan, no obstante, tres supuestos en los que los sucesores del premuerto podrían recuperar las arras: uno, cuando habiendo sido ya transferidas, y previamente a celebrarse la boda, se produjese el óbito del esposo, a menos que éste hubiese llegado a cohabitar con su prometida, que en este caso se afianzará como su propietaria[95]; y los otros dos, cuando la propia mujer falleciese sin haber dispuesto de ellas ni en vida ni en testamento[96], y cuando fuese repudiada por haber incurrido en adulterio, revertiendo entonces las arras al concedente o a sus herederos[97]. Singularmente, en el Fuero Viejo de Castilla a estos herederos se les ofrece la oportunidad de rescatarlas en vida de la viuda, que tiene reconocido el derecho de disfrutarlas mientras hiciese buena vida y no volviese a casarse, a cambio del pago de una indemnización de quinientos sueldos[98].

94 *Fuero Real*, [3, 2, 1]: "(…) e si fiios non ouiere, faga de sus arras lo que quisiere, quier en uida quier en muerte (…)". Aunque es menos explícito respecto a su empleo, en igual sentido se pronuncia el *Fuero de Zamora*, [39]: "De arras. Toda mugier que arras hobier e morir sin fiyo, e marido hobier que le las haya dadas, estas arras sean quitas. E se morir ante el marido que lelas dier, ela mugier devengue suas arras, e faga d'ellas elo que quisier (…)". Existen testimonios documentales que corroboran la efectividad de esta capacidad de disposición. Algunos de ellos en M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio*, p. 277. Sin embargo, S. Llamas y Molina, II, l. 52, p. 250, núm. 12, rebatiendo a R. Suárez, sostendrá que sólo podrá aplicarlas a favor de su alma y no en beneficio de tercero.

95 *Fuero Real*, [3, 2, 5]: "Si el esposo dalguna mugier diere algunas donas o pannos o en otras cosas a su esposa e muriere el esposo (…); e si arras le dio ante que muriesse e non ouo que ueer con ella, torne las arras a sos herederos o a qui él mandare, e si ouo que ueer con ella, áyalas assí como manda la ley (…)".

96 *Fuero Real*, [3, 2, 1]: "(…) e si ella murier sin manda e non ouiere fiios dél, finquen las arras al marido que ge las dio o a sus herederos (…)".

97 *Fuero Real*, [3, 2, 6]: "Si alguna mujer fiziere adulterio, sil fuere prouado, pierda las arras si el mario quisiere. Otrossí si la mugier se fuere de casa a su marido o se partiere dél por razón de fazer adulterio, pierda las arras, maguer que non sea prouado que cumplió la maldat que quiso por algun embargo non la pudo fazer, pues que non fincó por ella de lo complir".

98 *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 1]: "(…) E, sy ella fiziere buena vida después de la muerte del marido e non casando, deve tener estas arras en toda su vida, plaziendo a los herederos; et, si los herederos non ge lo quiseren dexar, deven dar a ella quinientos

Mucho cambia la situación si, por el contrario, de la pareja desecha por la defunción de uno de sus integrantes hubiesen nacido hijos, cuya posición preferente en el trazado de la línea sucesoria condicionará completamente el margen de maniobra del supérstite sobre las arras. Así, cuando fuese el padre el superviviente, aunque se beneficiará de la devolución de los bienes entregados a su desaparecida consorte, como señala el Fuero de Zamora, tendrá restringida su capacidad de enajenarlos, donarlos o malgastarlos[99]. Y lo mismo sucede con la madre, que deberá resignarse a que su anterior propiedad sobre las arras, que habrán pasado a estar muertas, se transforme en una especie de usufructo, que sin perjuicio de reportarle su posesión y su gestión, le arrebatará cualquier otra facultad que pudiese acarrear su pérdida o su disminución en detrimento de los inatacables derechos de la progenie. Excepción hecha, como hemos avanzado, de la cuarta parte de las arras, de la que, rescatando la vieja regla del *Liber Iudiciorum*, se permite a la viuda disponer por su alma en el Fuero Real. Claro que más allá va todavía el Fuero de Soria, al incluir esta aportación nupcial entre los bienes privativos o de uso personal –las llamadas *aventajas* o *mejoría*–, que ella o sus herederos pueden apartar del ineludible trámite de la partición[100].

En las Partidas la mujer adquiere el dominio de los bienes arrales

sueldos e entrar su heredat; et, sy fuere voluntad de los herederos del dexar tener la heredat de las arras, non las pueda ella vender nin enagenar en todos sus días. Mas, quando casare o quando finare, dévelo todo tornar a los herederos del muerto (...)". En las condiciones impuestas a la viuda de que lleve una vida honesta para poder usar de las arras encuentra E. Gacto, *La condición jurídica*, p. 217, un transunto de la subordinación a igual requisito en el derecho visigodo de la retención por la mujer de su cuota hereditaria.

99 *Fuero de Zamora*, [39]: "(...) E se fur atal mugier que aya fillos a sua muerte, deleyxe suas arras a so marido en que uiua, ellos fillos no le podan passar aelas en sua uida. E el marido tengalas para atal preyto que las nouenda, nennas done, nennas malmeta, nennas engaye, nen fillo de otra mulier nunca enelas parta, mientre fueren uiuos aquellos fillos de la otra mugier de quien foron elas arras. E per nenguno otro preyto non sean quitas".

100 *Fuero de Soria*, [338]: "Pero que toda cosa que el marido et la mugier ganaren o conpraren o meioraren despues que casaren en uno deuen partir los herederos del muerto con el que fincare biuo por meatad (...) si uno o mas cauallos ouieren, el meior cauallo et las meiores armas et las meiores guarnizones, tant bien de fust commo de fierro, que conuinieren pora el, sean del marido (...) Otrossi la mugier que aya todos sus pannos et sus arras et sus joyas (...)". Esta institución fue estudiada por A. Otero Varela, «Aventajas o mejoría. Bienes excluidos de partición en beneficio del cónyuge sobreviviente», en *AHDE*, 30 (1960), 491-552.

desde el momento en el que su consorte verifica su traspaso[101], pero, al igual que ocurre con la dote, su conservación y administración y la percepción de sus frutos permanecen bajo control del marido mientras perdure la convivencia conyugal, justificándose esta atribución porque es sobre él sobre quien recae la tarea de subvenir las cargas económicas matrimoniales. Sin embargo, rigiendo, tras producirse la ruptura del nexo marital, el principio de reversión de cada una de las aportaciones nupciales a la parte concedente o a sus herederos, sus facultades vienen recortadas por la prohibición de vender, enajenar o disipar los elementos que las integran; mandato dirigido al marido que, a diferencia del Fuero Real, no se extiende a la mujer, empujándonos este silencio a colegir que aquí ésta ya no tiene reconocida la capacidad de encargarse de la gestión de las arras[102]. No obstante, dándose la circunstancia de que los cónyuges no compartiesen descendencia, la obligación de restituir admite tres excepciones: mediante pacto alcanzado entre ellos, consistente en adjudicar al receptor los lucros viduales sobre las respectivas asignaciones, entendiéndose, en todo caso, que el acuerdo efectuado sobre la dote se extiende también a las arras, y con sumisión siempre a una regla de igualdad entre ellas, prevaleciendo, por otra parte, respecto a su validez, la práctica vigente en el lugar de celebración del enlace frente a la del lugar de residencia; por adulterio de la mujer, y, finalmente, por permitirlo así una costumbre arraigada[103].

101 *Partidas*, [IV, XI, VII]: "Que las donaciones e las dotes que son fechas por razon de casamientos: deuen ser en poder del marido para guardarlas e aliñarlas.- En possesion deue meter el marido a la muger dela donación quel faze e otrosi, la muger al marido de la dote quel da: e como quier quel vno meta al otro en tenencia dello, todavia el marido deue ser señor e poderoso de todo esto sobre dicho, e de rescebir los frutos de todo comunalmente tambien delo que da la muger, como de lo que da el marido, para gouernar assi mismo, e a su muger e a su compaña, e para mantener e guardar el matrimonio bien e lealmente. Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enajenar, nin mal meter, mientra que durare el matrimonio, la donacion que el dio ala mujger, nin la dote que recibio della: fueras ende, si la diere apreciada. E esto deue ser guardado por esta razon: porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque a cada vno dellos libre e quito lo suyo, para fazer dello lo que quisiesse, o a sus herederos, si se departiesse el matrimonio por muerte".

102 La discordancia en este punto entre *Fuero Real*, [3, 2, 4] y *Partidas*, [IV, XI, VII], la achaca Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 228-229, al predominio adquirido por el marido frente a la mujer en la dirección de la economía familiar, a resultas del trasplante del derecho romano justinianeo canalizado por el segundo texto legislativo.

103 *Partidas,* [IV, XI, XXIII]: "Por quales razones gana el marido la dote que le fizo la muger, o ella la donacion que le fizo el marido por razon del casamiento (...) por

Aunque cabría añadir una cuarta situación eximente de este deber: que conociendo ambos contrayentes la presencia de algún impedimento, lo ignorasen, y llevasen adelante su casamiento, perdiendo entonces el derecho de retorno de unos bienes que pasarán a engrosar las arcas regias[104].

alguna de estas tres maneras. Lavna es por pleyto que ponen entre si. La otra por yerro que faze la muger, faziendo adulterio. La tercera por costumbre, e la que es por pleyto que ponen entre si, se faze desta guisa, como quando otorgan ambos en vno al otro, que muriendo el vno dellos sin fijos, el otro que fincare, que aya la dote, o la donacion toda: o alguna partida della, segund lo establescieren. E tal pleyto como este, deue ser fecho entre ellos egualmente (...) La tercera razon que es de costumbre, porque se gana la dote, o la donacion: es como si fuesse costumbre vsada de luengo tiempo en algun lugar, de la ganar la muger, quando muere el marido: o el marido quando muere la muger: o si fuesse costumbre dela ganar alguno dellos, quando el otro entrare en orden. E lo que dize en esta Ley de ganar el marido: o la muger la dote, o la donacion que es fecha por el casamiento, por alguna de las tres razones sobredichas entiendese si non ouiessen fijos de consuno. Ca si los ouiessen estonce deuen auer los fijos la propiedad de la donacion, odela dote, e el padre, o la madre el que fincare biuo, o el que non entrare en orden, o que non fiziere adulterio, deue auer en su vida el fructo della (...) por otra razon qualquier que se departa el matrimonio derechamente, siempre deue tornar la donacion al marido, e la dote a la muger (...)". Como ya se indicó, en su glosa (f) «Que haze la muger» a esta ley, Gregorio López sostendrá que igual regla actuará en el caso del adulterio del marido. Y en relación con la tercera excepción, en la glosa (i) «Costumbre», afirmará que la costumbre de que el marido o la muger reciban estas asignaciones cuando falleciese el cónyuge no rige en el reino. La preferencia del lugar de celebración frente al de residencia viene establecida en *Partidas,* [IV, XI, XXIV]: "Acontece muchas vegadas que quando casan el marido e la muger, que ponen pleyto entre si, que quando muriere el vno que herede el otro la donacion, o el arra que dan el vno al otro por el casamiento, o fazen su abenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno. E despues que son casados acaesce, que vienen a morar a otra tierra, en que usan costumbre contraria de aquel pleyto, o de aquella abenencia que ellos pusieron. E porque podria acaescer dubda quando muriesse alguno dellos, si deue ser guardado el pleyto que pusieron entre si, ante que casassen, o quando se casaron, o la costumbre de aquella tierra do se mudaron, porende lo queremos departir. E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se avinieron, ante que casassen, o quando casaron, e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuesen a morar (...)".

104 *Partidas*, [V, XIV, LI]: "A sabiendas casando algunos desso vno, seyendo sabidores tanbien el varon como la muger que auia entre ellos embargo atal que segund derecho non podrian casar; si cada uno dellos diese al otro alguna cosa por dote, o por arras, e se partiesse el casamiento por razón que era fecho contra derecho, dezimos que estonce non puede ninguno dellos demandar al otro lo que le dio por tal razon como esta, nin lo deue cobrar por que viene la torpedad de amas las partes: ante dezimos que deue ser de la camara del Rey. Fueran endes si fuessen amos menores de veynte e cinco años. Ca estonce como quier que non vala el casamiento, han escusa por razon de la menor edad: para poder cobrar, cada vno dellos, lo que dio al otro en dote, o en arras. Esso mismo dezimos que seria si tal casamiento como este sobredicho fiziesen algunos por yerro (...)".

Además, las arras podrían retenerse, lo mismo que la dote, cuando muerto el marido o la mujer intestados y sin descendencia, no existiesen parientes que pudiesen heredarles[105]. Ahora bien, hay que hacer notar la aparente contradicción que emana de la redacción del modelo de carta de arras incorporado en otro precepto, donde a la mujer y a los hijos se les otorga la facultad de hacer con las arras «todo lo que quisieren como de lo suyo mismo». Debe observarse, sin embargo, que en tanto que las leyes donde se establece la exigencia del reintegro transpiran la traslación a esta institución de los rasgos de la *donatio*, en esta otra se aclara, precisamente, que la fórmula utilizada es la vigente «segund fuero de España»[106].

Pues bien, a pesar de que carecemos de noticias que hagan sospechar que su aplicación despertase controversia[107], la ley 51 de Toro, en consonancia con el principio sentado en las Partidas, que otorgaba la pertenencia de las arras a la mujer, vendrá a corregir la norma del Fuero Real (3, 2, 1) que, de acuerdo con una larga tradición radicada en el derecho visigodo, determinaba su devolución al marido o a sus herederos cuando la donataria falleciese intestada y sin descendencia. Frente a lo que ahora se ordena que los destinatarios sean los herederos de la difunta, con independencia de que está hubiese realizado, o no, su previsión testamentaria[108]. Lo que, *a sensu contrario*, empuja a la conclusión de que la libertad de disposición, incluso en beneficio de un tercero, concedida en el Fuero Real a la viuda que careciese de hijos se mantiene intacta. No obstante, el

105 *Partidas,* [IV, XI, XXIII]: "(…) Otro si dezimos, que finado el marido o la muger sin testamento e non dexando fijos nin otros parientes que hereden los suyo, que el otro que finca biuo, gana la dote, o la donación, que fue fecha por el casamiento, e todos los otros bienes que ouiere el que muriere assi (…)".

106 *Partidas*, [III, XVIII, LXXXVII]: "Como deue ser fecha la carta de la donacion e de las arras que el marido faze a su muger".- (…) Como Ioan Garcia dio, e otorgo en donacion por razon de casamiento a doña Teresa su muger tal heredamiento que es en tal lugar, e ha tales linderos con todos sus derechos e con todas sus pertenencias de manera que ella e los fijos que ouieren amos de consuno puedan auer, e tener este heredamiento para fazer dello e enello todo lo que quisieren como de lo suyo mismo (…) E esta forma de esta carta es segund fuero de España (…)". Véase J. A. López Nevot, *La aportación marital*, pp. 70-71.

107 Al contrario, según el razonamiento de S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 51, p. 250, núm. 11, la ley del Fuero Real debía estar en observancia en la parte derogada por la ley de Toro, pues de otro modo no tendría sentido dicha derogación.

108 *Leyes de Toro*, [51]: "Si la muger no oviere hijo del matrimonio en que intervieniere promisión de arras, y no dispone expresamente de las dichas arras que las aya el heredero, ó herederos della, y no el marido, ora la muger haga testamento, ó no". *Nueva Recopilación*, [5, 2, 3]. *Novísima Recopilación*, [10, 3, 2].

tenor del precepto crea cierta confusión acerca de si la mujer puede preterir por vía testamentaria a sus herederos legítimos, entendiendo Llamas y Molina que la ley quiere que para ello disponga, además, expresamente de las arras[109].

4. Donaciones esponsalicias

a. Naturaleza, composición y vigencia de la ley del ósculo

Junto a las arras y la *donatio*, las leyes de Toro se hacen eco de otra clase de donación que, bajo un variado abanico de expresiones (*vestidos*, *calças*, *pannos* o *donnas*), vemos asomar con cierta asiduidad en diversos fueros municipales, ya sea mereciendo una regulación específica, aunque no uniforme entre ellos, o bien participando de idénticas reglas que la aportación principal, pero diferenciándose de ésta en su cuantía, que puede ser estimada en metálico o en especie[110]. Un regalo adicional que

109 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 51, p. 251, núm. 17. Al mismo tiempo que defiende que tanto la ley del Fuero Real como la de Toro se refieren exclusivamente al supuesto de que el marido sobreviva a la mujer, pues de otro no modo nunca podría beneficiarse de las arras. J. Escriche, *Diccionario razonado*, I, voz «Arras», p. 703, sostendrá, sin embargo, que el marido, al hacer la donación de arras podrá poner pactos de reversión que impidan su transmisión a otros herederos de la mujer distintos de los hijos que tuviesen en el matrimonio que contraen.

110 No son muchos los textos que precisan el contenido y el valor de esta donación esponsalicia. El *Fuero de Zamora*, [32], habla simplemente de *donas* y *vesteduras*. En el *Fuero de Salamanca* se establece que la asignación a la esposa o a la hija no podrá exceder de treinta maravedíes en *uoda* y de diez en *uestidos*, so pena de tener que pagar cinco maravedíes cada domingo, [211]: "Qui tomar mas por uoda del coto. Todo uezino de Salamanca que mas tomare por su fiya o por parienta de XXX moruedis en uoda e XX en uestidos, peche cada domingo cinco morauedis". Sobre este precepto y el significado de ambos términos, A. García Ulecia, «El régimen económico del matrimonio en los derechos locales leoneses», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 9 (1982), 165-197, p. 172. En el *Fuero de Madrid*, [115], se fija el valor máximo que está permitido alcanzar en lo ofrecido por "toda missión de boda", siendo para la doncella cincuenta maravedíes "por vestidos et por calzas, et por pan et por uino et por carne, et por çapatas", cuando el compromiso se entablase entre vecinos de la villa, y la mitad si se tratase de aldeanos, lo mismo que cuando la beneficiaria fuese una viuda o cuando la donante es la mujer, en cuyo caso los veinticinco se reducen a quince si el novio no procede de la villa, sino del entorno rural. En el *Fuero de Cuenca*, [IX, 6], se mencionan los vestidos y demás objetos otorgados por el esposo y el *supellectile* entregado por la mujer. El *Fuero de Soria*, [290], prohíbe dar a la mujer "abodas ni adesposaias mas de dos pares de pannos", obligando a la devolución al

algunos autores han tendido a equiparar a las arras[111], mientras que otros han preferido conectarlo con la dadiva complementaria reservada a la nobleza en el *Liber Iudiciorum*[112], y que cabría definir como el conjunto de liberalidades, principalmente consistentes en ropas y objetos de uso personal, que los novios podían hacerse recíprocamente con ocasión de los esponsales o de la boda en concepto de regalos nupciales. Sintomáticamente –lo que nos permite enlazar con su tratamiento en las leyes de Toro–, el problema que, aparte de su composición, más preocupará en su regulación desde estas primeras apariciones, será el creado cuando efectuada su transferencia, el matrimonio que la justificó no llegara a celebrarse. Situación que, enfocada en los fueros de Zamora y de Plasencia desde la perspectiva de la premoriencia del novio, se

concejo del exceso doblado: "Qualquier que casare, que non sea osado de dar a su mugier abodas ni adesposaias mas de dos pares de pannos, quales se abinieren entre sssi. Et el que mas diere, o el que mas tomare, que peche lo demas todo doblado alm conçejo"; [291]: "Otrosi ninguno non ssea osado de tomar calças ni otro don ninguno por casamiento desu pariente o de su parienta; et el que lo diere, o el que lo reçibiere, que lo peche todo doblado al concejo". Por último, en el Privilegio concedido por Fernando III el 20 de noviembre de 1242 a Cuenca (en R. Ureña, *Fuero de Cuenca*, p. 859-860) se especifica que el importe de los paños de boda no podrá superar los sesenta maravedíes para la doncella y los cuarenta para la viuda: "(…) Et mando que tod omne que casare con Mançeba que nol de mas de Sessaenta morabetis pora pannos pora sus Bodas. Et qui casare con Bibda nol de mas de Quarenta morabetis pora pannos pora sus bodas. Et qui mas diesse desto que yo mando pecharie Cinquaenta morabetis en coto, los veynt ami et los diez alos Jurados, et los diez alos Alcaldes, et los diez al que los descubriese (…)". En los años siguientes este privilegio sería concedido a otras localidades de la Extremadura castellana: Privilegio a Uceda de 16 de noviembre de 1250 (J. González, *Regesta de Fernando II*, Madrid, Instituto Jerónimo de Zurita, 1943, vol. III, núm. 809, pp. 387-389). Privilegio a Segovia de 22 de noviembre de 1250 (D. Colmenares, *Historia de la insigne ciudad de Segovia y compendio de las Historias de Castilla*, Segovia, 1673, vol. I, cap. 21, art. 14, pp. 380-382). Privilegio a Alcaraz de 1251 (E. Procter, *Curia y Cortes en Castilla y León, 1072-1095*, Madrid, Cátedra, 1988, pp. 272-273). Privilegio a Guadalajara de 13 de abril de 1251 (J. González, *Reinado y diplomas de Fernado III*, Córdoba, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, 1980-1986, vol. III, núm. 819, pp. 389-400). *Fuero de Calatañazor*, 1251-VII-9 (J. González, *Reinado y diplomas*, núm. 827, pp. 412-415).

111 Ha sido el caso de P. Merea, *Evoluçao dos regimes matrimoniais*. Coimbra, 1913, II, p. 54, J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 53-54, y A. García Ulecia, *El régimen económico*, p. 169.

112 Por ejemplo, J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 53, y Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 33. Considerada por la doctrina tradicional como un vestigio de la antigua *morgengabe* germánica o de la *donatio propter nuptias* romana, esta vinculación ha sido cuestionada por A. Otero, *Liber, 3,1, 5,* p. 548, y M. L. Alonso Martín, *La dote en los documentos*, p. 386.

despacha, sencillamente, eximiendo a la desposada de la devolución de lo recibido[113]. En lo que vendrá a coincidir el Fuero de Soria, que, sin embargo, contempla también la circunstancia inversa de que fuese ella la fallecida, lo que dará lugar a la reversión de lo entregado al concedente, en tanto que en el caso de materializarse el enlace y morir el marido la mujer adquirirá el derecho de quedarse con ello[114]. Finalmente, a pesar de que su solución coincide en este último supuesto con la adoptada en Soria, el Fuero de Cuenca y sus emparentados resolverán de un modo diferente la defunción –sea uno u otro–, del otorgante antes de llegar a materializarse el casamiento, al decidir imponer el deber de restitución en ambas direcciones, si bien, y he aquí una importante novedad, a la esposa se la consiente eludir esta obligación, reteniendo los bienes transferidos, cuando hubiese mantenido contacto carnal con el finado[115].

Es, sin embargo, a partir del siglo XIII, por influjo, tal vez, de los mozárabes de Toledo[116], cuando comienzan a generalizarse las referencias a esta ofrenda adicional, que en los lugares donde rige el Fuero Juzgo evidencia una estrecha dependencia de su inspiración visigoda, bien visible en su contenido –siervos, siervas, caballos y ornamentos, identificados, éstos últimos, como «donas»–, aunque aparece aderezada con la asimilación de una institución de raigambre tardo-romana, pero ausente en el *Liber*, la conocida *ley del ósculo*, que centrará nuestra atención[117]. Parti-

113 *Fuero de Zamora,* [32]: "De esposo que dier' donas a su esposa. Mugier que fur' esposada e donas tovier' de so esposo e vesteduras, e morir' el esposo ante que case con ella, ela mugier non responda a nenguno de quanto touier de so esposo". *Fuero de Plasencia*, [635]: "(…) Si por aventura el esposo passare, el esposa prenda las arras commo en la carta yaze et non más".

114 *Fuero de Soria*, [294]: "Si el esposa ante de las bodas muriere, el esposo aya los pannos e las otras cosas quel ouiere dado. Et si el esposo muriere ante de las bodas, el esposa que aya por suyo quantol dio el esposo. Et si despues que fueren casados muriere el marido, la mugier que aya los pannos et todo quantol dio".

115 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [IX, 7]: "Contracto matrimonio, et sponsa deflorata, uestes erunt sponse siue nupte, quandocumque uir moriatur". Igual solución en *Fuero de Zorita de los Canes*, [178]. *Fuero de Iznatoraf*, [178]. *Fuero latino de Teruel*, [308]. *Fuero romance de Teruel*, [417]. *Fuero de Béjar*, [217]. *Fuero de Alcaraz*, [III, 67]. *Fuero de Alarcón,* [65, e]. *Fuero de Baeza*, [174]. *Fuero de Úbeda,* [XIX, (g)]. *Fuero de Villaescusa*, [166]. *Fuero de Huete*, [138].

116 Afirma M. L. Alonso Martín, *La dote en los documentos*, pp. 383-386, con apoyo en varios documentos leoneses y toledanos, que en los territorios donde sobrevivió la vigencia del *Liber*, este don llegó a convertirse en un derecho exigible por la mujer, de entidad superior a las propias arras.

117 *Fuero Juzgo*, [3, 1, 6]: "(…) E si por ventura el padre quisiere dar arras por su

cular interés tienen, en este sentido, las noticias transmitidas por el Fuero Viejo de Castilla acerca de como mientras antiguamente la llamada *donadio*, que se daba a la hora del casamiento y se predica exclusiva de los hidalgos, presentaba un contenido –piel de *abortones*, mula enjaezada, vaso de plata y sierva mora–, de probables resonancias góticas[118], por entonces había pasado a concretarse en una suma dineraria nunca superior a mil maravedíes[119]. Aunque, paradójicamente, en otro pasaje se ampara el recurso a un procedimiento fraudulento para la trasgresión de este límite, a través de una falsa doble compraventa, pactada con un tercero, que actuara como intermediario con el fin de poder transmitir estos bienes a la mujer, burlando así las barreras levantadas por la ley[120]. Este mismo

fiio á su nuera, otrosí, puédel dar la décima parte daquello que eredare el fiio despues de la muerte de su padre, é aquella décima debe aver la esposa, é demas X. mancebos, e diez mancebas, é XX cavallos, y en donas tanto quanto deva seer asmado, que vala mil sueldos, assi que de todas estas cosas la mugier puede fazer lo que quisiere si fiios non oviere (…)". La ley de Constantino del año 336, incluida en el Código Teodosiano [3, 5, 6], que consagraba esta regla, al conceder a la novia y sus herederos la reserva de la mitad de lo entregado en concepto de *donatio ante nuptias* por su difunto esposo cuando hubiese sido besada por éste, fue también recogida en el Breviario de Alarico II [3, 5, 5], y en el Código de Justiniano [5, 3, 16], de donde pasa al *Fuero Juzgo,* [3, 1, 5]: "De las arras que son dadas. Si algun esposo muriere por ventura fechas las esposaias, y el beso dado, é las arras dadas, estonze la esposa que finca debe aver la meetad de las cosas quel diera el esposo, y el otra meetad deven aver los herederos del esposo quales que quiere que devan aver su buena. E si el beso non era dado, y el esposo muriere, la manceba non deve aver nada daquellas cosas (…)". Véase, Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 38.

118 Así lo han sostenido J. M. Font Rius, *La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, 1954, pp. 52-53. E. Gacto, *La condición jurídica*, p. 88, y J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 53.

119 *Fuero Viejo de Castiella*, [5, 1, 2]: "Esto es fuero de Castiella antiguamente. Que todo fidalgo pueda dar a su muger donadío a la ora del casamiento, ante que sean jurados, aviendo fijos de otra mujer o non los aviendo. E el donadío que puede dar es éste: una piel de abortones, que sea muy grande e muy larga, e debe aver en ella tres çenestas de oro, e quando fuere fecha debe ser tan larga que pueda un cavallero armado entrar por la una manga e salir por la otra; e una mula ensellada e enfrenada; e un vaso de plata; e una mora, e a esta piel dizen hobez; e esto solién usar antiguamente. Et después desto usaron en Castiella de poner una quantía a este donadío, e pusiéronlo en contía de mille maravedís".

120 Componenda admitida en el *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 3]: "Esto es fuero de Castiella.- Que, sy alguno quisiere dar algo a sua muger en casamiento, aviendo fijos o non los aviendo, quando casa con ella, puede los bienes que ha vender tanto conmo aquello quel quiere dar en donadío e venderlo a un amigo en quien fíe. E sy éste a quien lo vende lo toviere anno e día, gana el juro, e puédelo después de esto éste que lo compra vender a éste mesmo que lo vendió e a esta muger con quien casó, e avrá la meytat e su muger la otra

texto recoge, además, una fazaña castellana en la que se percibe ya con nitidez la presencia de la mencionada figura de origen constantiniano, si bien su esencia aparece aquí modificada, pues, aparte de entrar en funcionamiento con motivo, no de la muerte de uno de los prometidos, sino cuando el arreglo de matrimonio se frustrase de forma fortuita, el hecho de haber mediado entre ambos un beso o un abrazo, en lugar de constituir una mera formalidad jurídica, acreditativa de la eficacia consensual de los esponsales, representa una alusión simbólica a la consumación del vínculo[121], susceptible de reportar a la mujer la propiedad definitiva de la totalidad de cuanto recibió en virtud del compromiso malogrado –y no sólo la mitad prevista en su formulación bajoimperial inicial–, pero siempre y cuando tomase la difícil decisión de asumir las negativas consecuencias acarreadas para su honra y su dignidad por la confesión de que se prestó, sin estar casada, a tales muestras íntimas de afectividad[122].

meytat; e por tal rrazón avrá ella en salvo aquello que quiso dar en donadio". Y también en las *Leyes del Estilo*, [246]: "Qué puede dar el marido à su muger en arras, y cómo se libra.- Otrosí, en el titulo de las arras en la Ley que comienza: Todo ome que casáre, dice que no puede dar en arras mas de fasta el diezmo de lo que hobiere. Pero es à saber, que si ante quel casamiento sea fecho por palabras de presente, la vende à ella, ò a otro de sus bienes, maguer mas sean del diezmo aquellos bienes, vale la vendida como cada un hombre puede vender lo suyo, y segun derecho vale tal compra, y tal vendida". Según J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 282-283, quizás quepa poner en relación la admisión de estas maniobras con el interés del poder público en lucrarse con la percepción de las alcabalas que gravaban las compraventas, evitando con ello la exención de tributación de la que disfrutaban las donaciones de cuantía inferior a quinientos sueldos.

121 E. Gacto, J. A. Alejandre, J. García Marín, *El derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho*, 5ª ed. Madrid, AGISA, 1988, pp. 194-195.

122 *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 4]: "Esta es fazanna de Castiella. Que donna Elvira, sobrina del arçediano don Matheo de Burgos e fija de Ferrant Rodríguez de Villa Almerercero, era desposada con un cavallero e diol el cavallero en desposorio pannos e altezas e una mula ensellada de duenna, e partióse el casamiento, que non casaron en uno; et el cavallero demandó a la duenna quel diese sus altezas e todas las otras cosas quel avié dado en desposorio, que non avié por qué gelo dar. Et vinieron ante don Diego López de Faro, que era adelantado de Castiella, e dixeron sus rrazones, ante el cavallero e su tío el arçediano don Matheo, que era rrazonador por la duenna. Judgó don Diego que, si la duenna otorgava que avié besado o abraçado al cavallero, después que se ayuntaron, que fuese todo suyo de la duenna, quanto a la duenna le avié dado en desposorio; et si la duenna non lo otorgava quel non avié besado nin abraçado al cavallero, después que fueron desposados en uno, que diese todo lo que rreçibiera; et la duenna non quiso otorgar quel avié abraçado nin besado, e diol todo lo suyo quel avié dado". También recogida en *Libro de los Fueros de Castiella,* [241]. La formulada es la interpretación propuesta para esta norma por E. Gacto, *La condición jurídica*, pp. 88-89, suscrita, también, en lo fundamental por

En contraste, si se ajusta a su significado primigenio el sometimiento a la citada regla del ósculo de la donación esponsalicia –aquí denominada *donas*–, contemplada en el Fuero Real[123], que consistiendo, en el caso de la realizada por el esposo, en paños y otras cosas indefinidas, puede ser, igualmente, efectuada a su favor, sin que se precise con qué elementos, por su prometida. Así, por influjo indudable del Fuero Juzgo[124], acaecida la muerte prematura del novio, el destino de lo que éste hubiese entregado queda supeditado a que hubiese besado, o no, a su pareja. Hecho que, de haber tenido lugar, conferirá a la desposada el derecho de quedarse con la mitad de lo recibido[125], debiendo revertir la mitad restante a los herederos del finado o a quien éste hubiese designado; pero esta devolución afectará a su integridad si, por el contrario, no llegaron a cruzarse tales manifestaciones amorosas. Ahora bien, si la procedencia del regalo fuese la inversa, y la boda, al final, no se celebrase, este principio pierde su virtualidad, pues al donatario se le exige su retorno a la concedente «quier la besase quier no», residiendo, presumiblemente, la razón de esta diferencia de trato en que el hombre no se vería salpicado por el descrédito social

Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, pp. 39-40, y J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 54. Véase también, J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, p. 69. A su vez, J. García González, «El matrimonio de las hijas del Cid», en *AHDE*, 31 (1961), 531-568, p. 555, ha sugerido una posible analogía entre esta fazaña y la renuncia de las hijas del noble castellano a las arras recibidas de sus prometidos, que podría estar justificada por su deseo de no admitir que habían mantenido con ellos una relación carnal.

123 *Fuero Real*, [3, 2, 5]: "Si el esposo dalguna mugier diere algunas donas o pannos o en otras cosas a su esposa e muriere el esposo ante que aya que ueer con ella e la besó ante que muriesse, la esposa aya la meetat de las donas que dél teníe e la otra meetat tórnela a sus herederos dél o a quien él mandare; e si la non besó, tórnel todas sus donas; e si arras le dio ante que muriesse e non ouo que ueer con ella, torne las arras a sos herederos o a qui él mandare, e si ouio que ueer con ella, áyalas assí como manda la ley. E si ella diere alguna cosa al esposo, quier la besase quier non, si más non ouo que ueer con ella, tórnel todo quantol dio, e si ella muriere, tórnelo a sus herederos; e si ouo que ueer con ella, nol torne ninguna cosa de las donas que dél ouo".

124 Esta vinculación, que ya fue puesta de manifiesto por Alonso Díaz de Montalvo, *El Fuero Real de España*, glosa (c), «Si el esposo», a Fuero Real, [3, 2, 5], p. 18, es también defendida por E. Gacto, *La condición jurídica*, p. 90, Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 38, y J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 58.

125 Según J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 228-229, mientras que en el Fuero Juzgo y el Fuero Real el reconocimiento de la existencia del ósculo equivaldría a una consumación parcial, que sólo dará derecho a retener la mitad de la donación, en el Fuero Viejo se asimila a una consumación plena, y por ello la mujer se queda con la totalidad. Lo que, concluye, demuestra una vez más el carácter remuneratorio de la aportación masculina.

que amenazaba a la mujer cuando se conociese públicamente que habían mantenido relaciones sexuales; por tanto, esta discriminación funcionaría como una especie de compensación por el deterioro de su fama[126]. Por otra parte, si la causa de que el enlace se truncase hubiera sido el fallecimiento de la novia, la dirección del beneficio del reintegro se trasladará hacia sus herederos, aunque éstos perderán la posibilidad de disfrutarlo, permaneciendo lo donado en poder de su posesor en el caso de que los esposos hubiesen comenzado a convivir antes de producirse este luctuoso acontecimiento[127]. Una excepción que, seguramente por contagio de la legislación canónica, suponía proyectar sobre la cohabitación las repercusiones jurídicas inherentes a la consumación del matrimonio[128].

Al margen de que para designarlas se sirvan de la expresión latina *esponsalitia largitas*, la regulación dispensada en las Partidas a las donaciones esponsalicias se aproxima con notable fidelidad a la merecida por las *donas* en el Fuero Real. Es decir, también aquí se trata de un obsequio, de contenido no predeterminado, con el que, normalmente, el novio –si bien también cabe que provenga de ella–, gratifica a su esposa de futuro antes de contraer matrimonio; de ahí que, aunque se de «francamente sin condicion», su consolidación esté subordinada a la efectiva celebración del casamiento. De tal suerte que si las nupcias previstas fuesen suspendidas por un motivo imputable al donatario, pesará sobre él la obligación de restituir todo lo que hubiese recibido por igual título. Pero si su frustración hubiese venido provocada por la muerte del otorgante, siendo el prometido el desaparecido, entra en juego la ley del ósculo en análogos términos a los empleados en el Fuero Real. Lo mismo que cuando el regalo hubiese procedido de la mujer –cosa harto infrecuente, se argumenta,

126 E. Gacto, *La condición jurídica*, pp. 88-89. En E. Gacto; J. A. Alejandre; J. García Marín, *El derecho histórico*, p. 194, se apunta que, al quedar afectado su destino a este fin, las donaciones esponsalicias vuelven a rozar la órbita germánica del *pretium pudiciae*.

127 Como recuerda J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 58, se trata de una solución simétrica a la prevista para el destino de las arras.

128 El efecto inmediato de la cohabitación, en la que se presume la intervención de la cópula, sería el de transformar a la esposa de futuro en esposa de presente, igualándose, con ello, su situación a la de la casada. Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 41-42. Para Alonso Díaz de Montalvo, *El Fuero Real de España*, glosa (c), «Si el esposo», p. 18, de realizarse a la esposa de presente, la donación sería írrita. Además, en su glosa (d), «No le torne», p. 19, justifica la ausencia de obligación de devolverla, alegando que el matrimonio habría perfeccionado la misma. Sobre este punto, J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 59.

conocida la codiciosa y avariciosa condición femenina–, y ésta hubiese fallecido, se adopta idéntica solución a la tomada en el otro supuesto; esto es, la reversión de lo donado a los herederos de la finada, con absoluta independencia de que los esposos se hubiesen intercambiado, o no, tales gestos efusivos[129].

b. La ley 52 de Toro y su interpretación doctrinal

A las donaciones esponsalicias se refiere también, sin nominarlas, la Ley 52 de Toro, que se contenta con describirlas como todo aquello que el esposo le hubiera dado a la esposa antes de consumado el matrimonio. El enunciado del precepto, orientado fundamentalmente a resolver las dudas que seguían planteándose respecto al destino de estas liberalidades, presenta, sin embargo, importantes novedades en relación con sus precedentes. Así, a diferencia de las Partidas, que solamente hablaban de la esposa de futuro, se incluye como beneficiaria a la esposa de presente,

129 *Partidas*, [IV, XI, II]: "Quantas maneras son delas dotes, e de donaciones e de arras.- (…) Otrosi dezimos, que de donacion, e de arras que son dos maneras. La vna es, lo que da el marido ala muger, por razon de la dote, que recibio della, assi como de suso diximos. La otra es, lo queda el esposo, ala esposa francamente a que dizen en latin sponsalitas largitas, que quier tanto dezir, como donadio de esposo, e este dona dio se da, ante quel matrimonio sea acabado por palabras de presente. Otra manera es de donacion que faze el marido, ala muger e la muger al marido despues que el matrimonio es acabado, e a tal donacion como esta, defienden las leyes que non se faga. E la natura de cada vna destas donaciones se muestra enlas leyes deste titulo". [IV, XI, III]: "Dela donacion que faze el esposo ala esposa, o ella a el, assi como de joyas, o de otras cosas.- Sponsalitas largitas en Latin tanto quiere dezir en romance, como don que da el esposo a la esposa, o ella a el, francamente sin condicion, ante quel matrimonio sea cumplido por palabras de presente. E como quier que tal don como este, se diesse sin condicion. Pero siempre se entiende quel deue tornar aquel quel recibe si por su culpa finca, que el matrimonio non se cumpla. Mas si por auentura acaesciesse que non se cumpliesse, muriendo ante alguno dellos: en tal caso como este: ha departimiento. Ca si se muriere el esposo, que fizo el don, ante que besasse la esposa deue ser tornada la cosa quel fue dada, por tal donadio como este, a sus herederos del finado. Mas si la ouiesse besado, non les deue tornar saluo la metad: e la otra metad deue fincar ala esposa, e si acaesciesse que la esposa fiziesse don a su esposo, que es cosa que pocas vegadas auiene, porque son las mugeres naturalmente cobdiciosas e auariciosas. E si muriesse ella, ante que el matrimonio fuesse acabado, estonce en tal caso, como este quier sean besados, o non, deue tornar la cosa dada alos herederos dela esposa. E la razon, porque se mouieron los sabios antiguos, en dar departido juyzio sobre estos donadios, es esta, porque la desposada dael beso a su esposo, e non se entiende que lo recibe del. Otrosi, quando recibe el esposo el beso, ha ende plazer, e es alegre, e la esposa finca enuergonçada".

lo que significa admitir la posibilidad de su entrega después de realizados los esponsales o durante la propia celebración de las nupcias. Además, se silencia la posibilidad de que fuese la mujer la concedente, quizás por ser ya ésta una práctica muy poco habitual, o bien por no generar problemas de interpretación la respuesta dada en los textos alfonsinos acerca de la ulterior atribución de lo obsequiado cuando se diese esta circunstancia[130]. Por lo tanto, únicamente se disciplina ese destino cuando, tras efectuarse el traspaso de lo donado por el novio, resultase «suelto el matrimonio» antes de su consumación –cabe pensar, a la luz de tan genérica expresión, que no sólo por razón de la premoriencia del esposo, sino por cualquier otra causa–, aplicándose entonces el principio del ósculo, en iguales condiciones a las fijadas en las leyes anteriores. Sin embargo, la mayor originalidad de la norma descansa en que por vez primera se determina la adjudicación de los bienes transferidos cuando sobreviniese el óbito de alguno de los cónyuges una vez consumada su unión, disponiéndose, al efecto, que permanezcan siempre en poder de la mujer, o si ésta hubiese fallecido, de sus herederos. Ahora bien, cuando junto a esta dádiva hubiese recibido las arras, la viuda, o quienes la sucediesen, se verá compelida a escoger, dentro de un plazo de veinte días a contar desde la fecha del requerimiento formulado por parte de los herederos del marido, cuál de ambos dones prefiere retener, pasando la elección a los demandantes si agotado ese lapso temporal todavía no se hubiese pronunciado[131]. Lo que, persiguiendo proteger el patrimonio del marido, contradice la posibili-

130 Esta es la explicación que propone Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 278.

131 *Leyes de Toro*, [52]: "Qualquier esposa, ora sea de presente ora sea de futuro suelto el matrimonio gane si el esposo la oviere besado, la mitad de todo lo que el esposo la oviere dado ante de consumado el matrimonio, ora sea precioso, ó no: y si no la oviere besado no gane nada de lo que le oviere dado, y tornese á los herederos del esposo: pero si qualquiera dellos muriere después de consumado el matrimonio que la muger y sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados le ovo el esposo dado no aviendo arras en el tal casamiento y matrimonio: pero si arras oviere, que sea en escogimiento de la mujer, ó de sus herederos ella muerta tomar las arras, ó dexarlas, y tomar todo lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado: la qual ayan de escoger dentro de veinte dias después de requeridos por los herederos del marido: y si no escogiere dentro del dicho termino que los dichos herederos escojan". *Nueva Recopilación*, [5, 2, 4]. *Novísima Recopilación*, [10, 3, 3]. Según S. Llamas y Molina, *Comentario critico*, II, l. 52, p. 269, núm. 56, a tenor de esta ley resultaba derogada la vieja prohibición romana de las donaciones interconyugales, pero, como señala Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 279, dicho veto sólo afectaba a las efectuadas constante matrimonio, mientras que aquí únicamente se contemplan las realizadas antes de consumarse éste.

dad, que sí hallaba viabilidad en el Fuero Real (3, 2, 5), de lucrarse simultáneamente de las dos aportaciones masculinas[132].

A pesar de la aparente transparencia de su enunciado, la ley 52 se convertirá en el recurrente campo de debate de una literatura jurídica volcada en un análisis casuístico y pormenorizado de muy diversas cuestiones, de las que, por ser algunas de ellas de discutible relevancia, aquí no se rendirá exhaustiva cuenta[133]. Un aspecto que preocupó grandemente a los autores fue el del momento en el que debían intervenir el beso o la cópula para que entrase a regir la ley del ósculo, reinando un acuerdo general acerca de que si dicho trato íntimo precedía a los esponsales se transformaría en un acto ilícito del que aquella que todavía no gozaba de la condición de esposa no podía beneficiarse[134]. Menos pacífica se revelará, en cambio, la solución al supuesto de que, habiendo tenido lugar los esponsales, el contacto carnal se adelantase a la donación, a lo que Antonio Gómez responderá defendiendo la adquisición por parte de la mujer de la totalidad de lo que hubiese recibido, amparándose en que según la costumbre castellana seguirá siendo considerada como esposa mientras que no se hubiesen verificado las velaciones y las bendiciones eclesiásticas, ni hubiera comenzado la convivencia; y unirá al anterior otros dos argumentos: el carácter remuneratorio que se presumía que cumplía la donación respecto al acceso amoroso permitido por la mujer, y el hecho de que, aun si no pudiese aplicarse el precepto toresano, el obsequio sería valido como si hubiese sido realizado después del primer año de vida marital, viéndose confirmado, además, por la muerte del otorgante[135]. No obstan-

132 J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 76.

133 Máxime, habiendo sido abordadas con considerable detalle por Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, pp. 279-293, J. A. López Nevot, *La aportación marital*, pp. 87-89, y J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 338-355, en quienes, lógicamente, encuentro apoyo en este punto.

134 Entre ellos Diego del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 52, fol. 179r, núm. 6; J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 52, fols. 112v-113r, núms. 8 y 9; D. de Covarrubias, *De sponsalibus*, en *Opera Omnia*, I, cap. IV, I, p. 157, núms 21 y 24. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fol. 311, núm. 6; J. Marcos Gutiérrez, *Librería de escribanos*, p. 234. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 52, p. 273, núm 70; B. Gutiérrez, *Códigos,* I, pp. 453-454. Malinterpretando a A. Gómez, únicamente se apartará de esta reprobación del adelanto de la relación erótica a los esponsales, A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR [5, 2, 4], fol. 49r, núms. 13 y 14.

135 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fols. 309 y 311, núms. 3 y 6. A diferencia de Diego del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 52, glosas «Besado» y «Antes de consumido», fols. 179r-179v, núms. 6 y 17, que ya anticipaba su posicionamiento, Gómez no atribuye consecuencias jurídicas distintas al beso y a la consumación, ya que, en su opinión, comportan

te, enlazando con la corriente contraria a la aceptación de que la receptora se lucrase de lo donado, dominante a partir de la segunda mitad del siglo XVI[136], a las tesis de Gómez se opondrá, siglos más tarde, Llamas y Molina, recordando que con anterioridad a la asimilación oficial, desde 1564, de la nueva doctrina canónica emanada de Trento, la unión sexual mudaba los esponsales de futuro en matrimonio de presente y consumado, anulando, por extensión, cualquier entrega posterior al ayuntamiento, al tomar ésta los rasgos propios de una donación *inter virum et uxorem*, que, por lo tanto, resultaría prohibida; amén de subrayar que la ley 52 exigía que la tradición de lo donado se efectuara antes de consumado el matrimonio[137].

Por otro lado, ateniéndose a que la norma señalaba con absoluta diafanidad que, dándose las condiciones requeridas, la esposa disfrutaba del derecho a quedarse con la mitad de lo obtenido «ora sea precioso o no», los comentaristas coincidirán en opinar que en dicho concepto debían entenderse incluidos los objetos de gran valor[138]. Sin embargo, apoyándose en una distinción que ya había apuntado Díaz de Montalvo en relación con el Fuero Real (3, 6, 6), entre los vestidos cotidianos, es decir, aquellos procurados por el marido a la mujer que eran indispensables para salvaguardar su decoro, y los nupciales u otros lujosos, que en las Partidas (1, 11, 23) eran llamados *escusados*, y que conforme a ambos cuerpos legales debían retornar al marido o a sus herederos, Gregorio López sostendrá que las joyas y los atuendos suntuosos –cuya calificación como tales le correspondería al juez–, deberían ser mantenidos al margen del ámbito de aplicación de la regla del ósculo, por ser, a su juicio, ofrecidos, no como un regalo del novio a la desposada, sino dados a la mujer para que usase de ellos, con lo que pasarían a adscribirse a la proscrita categoría de las

un mero cambio cualitativo de la donación simple, que se transforma en causal, aunque sí repercuten en la cuantía. En su misma dirección se alinéa A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 2, 4], fol. 49r, núm. 14.

136 Representada, por ejemplo, por Gregorio López, glosa (e), «Besado», a *Partidas*, [IV, XI, III], y J. Matienzo, *Comentaria*, glosa III a NR [5, 2, 4], fol. 48, núm. 2.

137 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 52, pp. 262-271, núms. 28 a 63. No obstante, tras su prolija alegación contra Gómez y Acevedo, Llamas acaba admitiendo que después de la prohibición en Trento de los matrimonios clandestinos, la esposa adquiriría la mitad de la donación, igual que si hubiese habido beso (pp. 271-272, núms., 64 y 65). Se ocupa de esta polémica, J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 345-350.

138 Diego del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 52, fol. 180v, núm. 21. J. López de Palacios Rubios, *Comentaria et Repetitio*, & 6, p. 20, núm. 13 (citado por Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 283).

donaciones entre cónyuges[139]. En todo caso, aunque, quizás, por utilizarse esta vía como subterfugio para eludir la limitación del décimo que pesaba sobre las arras, este asunto alimentó frecuentes pleitos[140], la propuesta del célebre jurista apenas lograría atraer adhesiones[141]. Otros problemas que fueron objeto, asimismo, de intensas polémicas doctrinales giraron en torno a las consecuencias derivadas de la circunstancia de que, habiendo mediado el beso entre los desposados, el proyecto matrimonial se malograse por causa injustificada imputable a la mujer, concluyéndose que, en este supuesto, recaería sobre ella la obligación de su devolución[142]. Sin embargo, la tendencia dominante será, por el contrario, la de reconocerle su derecho a retener la mitad de lo recibido cuando el motivo de que las nupcias se frustrasen fuese su posterior ingreso en religión[143]. Ocupando

139 Gregorio López, glosa (e), «Paños escusados» a *Partidas*, [IV, XI, XXIII]. Curiosamente, el propio López prescindiría de este criterio en el dictamen elaborado, a petición de Carlos I, acerca de los derechos de éste sobre la dote, las joyas y otros objetos valiosos que había entregado, después de casados, a la difunta Isabel de Portugal, acudiendo a la condición nobiliaria de la beneficiaria para desestimar la pretensión de restitución planteada por el rey. Archivo General de Simancas, *Patronato del rey*, c. 30, doc. 23 (citado por J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 353).

140 J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 350-352.

141 Solamente A. de Acevedo, *Commentarii iuris*, III, NR [5, 2, 4], fol 45 v. núm. 29, se aproxima a sus planteamientos. Contrarios al mismo se manifiestan, entre otros, J. Matienzo, *Comentaria*, glosa V a NR [5, 2, 4], fols. 50-51, núm. 5; A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fols. 310-311, núms. 4 y 5, que sostiene que estos vestidos y joyas se consideran donados a la esposa, por lo que ésta adquiere la mitad con el beso y la totalidad con la cópula; y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 52, pp. 273-277, núms. 72 a 88, con alusión a la omisión de López a la ley de Carlos I de 1534 (*Novísima Recopilación,* [10, 3, 6]), que señalaba como límite de la donación esponsalicia el octavo de la dote.

142 Sobre esta situación se pronunciaban *Partidas*, [IV, XI, III], al condicionar la donación esponsalicia a la efectiva celebración del matrimonio, de tal modo que si acabara frustrándose por culpa achacable al donatario, este tendría que devolverla íntegra: "(…) E como quier quel tal don como este, se diese sin condicion. Pero siempre se entiende quel deue tornar aquel que recibe, si por su culpa finca, que el matrimonio non se cumpla (…)". Con remisión a esta ley, J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 52, p. 315; S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 52, pp. 280-281, núms. 104-108, que aduce que no concurriendo la condición justificativa de la donación, tampoco lo hacía la que concedía a la mujer la obtención de la mitad, perdiendo el ósculo su eficacia como causa de la adquisición.

143 En este caso, la respuesta es prácticamente unánime a favor de la atribución a la mujer que profesa de la mitad de lo recibido antes de tomar esta decisión, con fundamento en la licitud canónica de la disolución producida por este motivo, tanto de los esponsales de futuro como del matrimonio rato. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 52, fol. 112r, núm. 3; Gregorio López, glosa (f), «La metad», a *Partidas*, [IV, XI, III]; D. Covarrubias, *De Matrimonio*, II, cap. 7, parágrafo 4, núm. 17, p. 246; A. Gomez, *Ad leges*

también abundantes páginas las disquisiciones acerca de qué ocurriría si, después de materializado el enlace, se demostrase que éste se hallaba viciado en origen por un impedimento dirimente[144].

c. Intentos de acotación del incremento de su importe

Puede parecer sorprendente que la ley 52 se abstuviese de tasar un importe máximo para las donaciones esponsalicias, especialmente si consideramos que ya desde el siglo XIV comienza a exteriorizarse un empeño oficial en poner coto a su constante incremento, ligado, seguramente, a que venían siendo empleadas como un socorrido recurso para encubrir la vulneración del límite del décimo fijado para las arras[145]. Son destaca-

Tauri, l. 50-53, fol. 312, núm. 8; A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR [5, 2, 4], fol. 41v, núm. 9; J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR [5, 2, 4], fol. 48, núm. 1; J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 52, p. 315. También, con una original argumentación, que hace de la mitad de los bienes el objeto de un contrato oneroso, semejante a la compraventa, cuyo precio, de imposible reembolso, sería el beso, S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 52, pp. 281-282, núm. 109-113. Sobre su argumentación, véase Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, pp. 286-288.

144 Siguiendo a Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, pp. 289-292, pueden plantearse cuatro supuestos:

1. Si los dos cónyuges conocían el impedimento, ni el marido puede reclamar ni la mujer retiene lo recibido. Diego del Castillo, *Leyes de Toro*, l. 52, fol. 178v, núm. 3; A. Gómez*, Ad leges Tauri*, l. 50-53, fols. 311-312, núm. 7, que añade que los bienes irán a parar al fisco; S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 52, p. 283, núm. 122. Lo que concuerda con Partidas, [V, XIV, LI] respecto al destino de las arras y la dote en análogas circunstancias.

2. Si ambos lo ignorasen, según S. Llamas y Molina, *Comentario crítico,* II, l. 52, pp. 283, núms. 120 y 121, que busca apoyo en Fuero Real [3, 6, 4], referido al reparto de gananciales cuando la mujer ha estado casada con un bígamo sin saberlo, regirán las mismas normas que en el matrimonio verdadero, permaneciendo en manos de ella dicha mitad. A igual conclusión habían arribado antes otros autores, empezando por J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 52, fol. 112r, núm. 4.

3. Si el marido lo desconociese, recobrará lo donado con independencia de que la mujer lo supiese o no, porque, como recuerda A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fols. 311-312, núm. 7, la donación esponsalicia lleva implícita la realización del matrimonio. Antes y después de él, coinciden con su postura: Diego del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 52, fol. 178v, núm. 3, y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico,* II, pp. 283-284, núm. 123.

4. Sabiéndolo el marido e ignorándolo ella, triunfa el acuerdo en reconocerle su derecho a apropiarse de la mitad. Por todos, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fols. 311-312, núm. 7.

145 Anticipándose incluso a este momento, como primeras medidas adoptadas en esta dirección, aunque más bien iban referidas a la aportación principal, alude J. García

bles, en este sentido, las Ordenanzas dadas a Sevilla, en 1337, por Alfonso XI, en las que por vez primera se señalaban cuantías distintas para los ricoshombres, los caballeros y los ciudadanos[146]. Pero lo cierto es que, no habiéndose enfrentado al problema ni la legislación de Alfonso X, ni ahora la toresana, las repetidas quejas manifestadas en relación, sobre todo, con los constantes abusos que se prodigaban al dotar a las hijas casaderas, conducirán a que, por fin, a petición de las Cortes de Madrid de 1534, Carlos I dictase una pragmática, en la que se ordenaba que estas dádivas adicionales realizadas por el esposo no podrían exceder de la octava parte del valor de la dote traída por la mujer, siendo, además, declarados nulos los pactos orientados a quebrantar este mandato[147]. Presumiblemente, al vincular estas dos aportaciones se pretendía adecuar la calidad de estos regalos a la condición social y los recursos económicos de la destinataria, pero ello presentaba los graves inconvenientes de que estas importantes variables no eran simultáneamente estimadas respecto al rango y la riqueza del desposado, que era quien los realizaba, y de que se perdía el criterio de referencia, generando incertidumbre, cuando no llegaba a constituirse dote[148].

Que esta disposición tampoco fue respetada lo prueban las renovadas protestas elevadas en las Cortes de Madrid de 1573 frente a las ruinosos dispendios que, a menudo, acompañaban a estos obsequios nup-

Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 257, a una disposición de las Cortes de Sevilla de 1250 (petición 4), pudiendo añadirse el ya citado Pivilegio otorgado por Fernando III en 1242 a Cuenca, y en fechas cercanas a otros concejos de la Extremadura, en el que se imponían caloñas casi tan elevadas como el propio límite señalado para las arras. Véase nota 110.

146 Véase nota 65.

147 *Nueva Recopilación*, [5, 2, 1]: "Lo que se puede dar en dote y lo que los esposos pueden dar alas esposas en joyas o vestidos.- (...) Y porque los que se desposan, o casan suelen dar, al tiempo que se desposan, o casan, a sus esposas y mugeres joyas, y vestidos excesiuos, y es cosa necessaria que assi mismo se ordene, y modere. Mandamos, que de aquí adelante ninguno, ni alguno destos nuestros Reynos, que se desposaren, ò casaren, no pueda dar, ni de à su esposa, y muger en los dichos vestidos, y joyas, ni en otra cosa alguna, mas de lo que montare la octaua parte de la dote que con ella recibiere, y porque en esto cessen todos los frudes. Mandamos, que todos los contratos, pactos, y promisiones que se hizieren en fraude de lo susodicho, sean en si ningunos, y de ningun valor, y efecto". *Novísima Recopilación*, [10, 3, 6].

148 Planteada esta circunstancia, S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 52, p. 277, núm. 89, afirma que ante ella el esposo resultaba incapacitado para poder hacer donación esponsalicia, reteniendo sólo la facultad de entregar arras, que no guardan relación directa con la dote, pero sí con su propio patrimonio. En análogo sentido se pronuncia J. Marcos Gutiérrez, *Librería de escribanos*, p. 233.

ciales[149], engordados, probablemente, al abrigo de la acusada proclividad doctrinal a admitir que la renuncia de las leyes civiles mediante juramento, el cual era eficaz a falta de prohibición expresa, tenía mayor virtualidad con estas donaciones que con las arras, al no estar contemplada, como en éstas, la facultad de los herederos de repetir el exceso, y haber permitido, además, la ley 52 la posibilidad de optar entre unas y otras[150]. La respuesta legal a estas nocivas prácticas se retrasaría, sin embargo, hasta que otra pragmática de Felipe IV, de 11 de febrero de 1623, insistiese en lo dispuesto en 1534 y en 1573, tachando de inválidos todos los contratos, pactos o promesas contrarios que se realizasen, ordenando a los escribanos municipales que consignasen en un libro el registro de todos los acuerdos de entrega de arras, dote, joyas y vestidos que llegaran a cerrarse, instándoles, además, a velar por la estricta observancia en cada uno de ellos de los respectivos límites establecidos, y resolviendo, finalmente, que todo aquel exceso que los rebasase fuese detraído a favor de la Cámara regia[151].

149 Precisamente, para evitar esta sangría económica, en su petición 37, los procuradores solicitaron a Felipe II, quien se limito a insistir en la exigencia del cumplimiento de la norma de 1534, que en el primer año de casamiento se prohibiese dar en joyas o vestidos más de una veinteava parte de la dote recibida, proponiendo incluso que en las cartas de arras y dote se incorporase el juramento de los consortes de no superar dicha proporción, bajo pena de pérdida de arras y nulidad de la escritura. *Actas de las Cortes de Castilla publicadas por acuerdo del Congreso de los Diputados, á propuesta de su Comisión de Gobierno interior. Tomo cuarto*, Madrid, 1864, pp. 449-450. Citado por J. A. López Nevot, *La aportación marital*, pp. 90-91.

150 J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 335-336.

151 *Nueva Recopilación*, [5, 2, 5]: "(...) Y ansi mismo, que en quanto al excesso en joyas, vestidos, y otras cosas que se dan, y hazen al tiempo del desposorio, se guarde la dicha ley primera del titulo segundo del libro quinto, y en su conformidad que ninguna persona de qualquier estado, calidad o condicion que sea pueda dar, ni de, a su esposa, y muger, en joyas, y vestidos, ni en otra cosa alguna mas de lo que montare la octaua parte de la dote que con ella recibiere, que ha de ser en la calidad, y forma dicha; y desde luego damos, y declaramos, por ningunos, y de ningun valor, y efeto los contratos, pactos, o promessas, que de otra manera se hizieren, y por perdidas las cantidades o cosa en que se excediere en qualquiera de los dichos casos, y las aplicamos por el mismo hecho para nuestra Camara [.] Y porque se cumpla con mas puntualidad lo dispuesto en quanto a que las arras no puedan exceder de la decima parte de lo que montaren los bienes libres: Ordenamos, y mandamos que en nuestro Consejo de Camara no se den facultades en dispensacion desto, y desde luego damos por ningunas, y de ningun valor, y efecto las que en contrario se dieren, y que para mayor seguridad de la execucion de todo lo dicho, el escriuano, ante quien se otorgaren las escrituras, tenga obligación de dar cuenta de los tales contratos a la justicia de la parte, o lugar donde se hizieren. Y el escriuano del Ayuntamiento de cada lugar tenga vn libro donde se tome la razon de los dichos contratos, y de la la cantidad, dote y arras, y la justicia haga aueriguacion si la dicha dote, y arras, joyas y vestidos que

Pero tampoco estas medidas debieron lograr cumplir su propósito cuando todavía un siglo más tarde, con fecha de 5 de noviembre de 1723, Felipe V tuvo que promulgar otra pragmática de análogo contenido, aunque aun más restrictiva, pues integraba dentro del cómputo de esa octava parte, no sólo la donación esponsalicia, sino el conjunto de los gastos, cualquiera que fuese su naturaleza, efectuados con motivo de las bodas[152].

En cualquier caso, son datos que evidencian el escaso éxito alcanzado por una política legislativa, seguramente inspirada, como ha subrayado A. Iglesia, en la preocupación despertada en los monarcas por las repercusiones negativas que tales endeudamientos y la propia incapacidad de muchas familias para hacer frente a tan exigentes gastos podrían ocasionar en el mantenimiento de la tasa demográfica[153]. Sin que, a juzgar por testimonios como el proporcionado por Juan Sala, ya de principios del siglo XIX[154], la reiteración de las acotaciones legales a su desmedida magnitud consiguiese atajar nunca el problema.

se hubieren dado exceden de la cantidad que en esta ley se manda, y execute la pena, y aplicación hecha para nuestra Camara, y que de aquí adelante se ponga esto por capitulo de residencia, y de esta ley no se pueda renunciar (…)". *Novísima Recopilación*, [10, 3, 7].

152 *Novísima Recopilación*, [10, 3, 8] "Atento á que por el señor Rey Don Felipe IV, mi bisabuelo, en la ley precedente, se dio regla precisa en los gastos de los casamientos, mando, que de aquí adelante se guarde, cumpla y execute la dicha ley en todo y por todo como en ella se contiene, sin contravenirse; y asimismo mando que precisamente todos los gastos que se hicieren, de cualquiera calidad que sean, con el motivo de bodas, se deban comprehender y comprehendan, sin exceder en manera alguna, en la octava parte de las dotes que se constituyeren al tiempo de los matrimonios (…)". En refuerzo de su mandato, otra prágmática de la misma fecha impedía a los mercaderes, plateros y lonjistas reclamar en juicio las mercancías u objetos que hubiesen fiado para satisfacer regalos de boda. *Novísima Recopilación*, [10, 8, 2]: "Para remediar el imponderable abuso que con el motivo de bodas se experimenta en estos tiempos, mando, que los mercaderes, plateros de oro y plata, lonjistas, ni otro género de personas, por sí ni por interposicion de otras, puedan en tiempo alguno pedir, demandar ni deducir en juicio las mercaderías y géneros que dieren al fiado para bodas á qualquiera personas, de qualquier estado, calidad y condición que sean".

153 A. Iglesia Ferreirós, *Individuo y familia*, p. 523. De hecho, esta preocupación es visible en la propia pragmática de 1623. *Nueva Recopilación*, [5, 2, 5]: "Porque el excesso, y punto a que han llegado los gastos que se hazen en los casamientos, y obligaciones, que en ellos se han introducido, se consideran por carga, y grauamen de los vassallos, pues consumen las haziendas, y empeñan las casas, y ayudan a la despoblacion de deste Reyno, pues por ser tan grandes es preciso que lo ayan de ser las dotes, con lo qual se vienen a impedir (…)".

154 Se maravillaba este autor, al comprobar como tan justas, útiles y repetidas leyes chocaban con su sistemática violación. J. Sala, *Ilustración del derecho real de España. Segunda edición, corregida y adicionada por su autor, y arreglada la cita de leyes á la*

5. Simplificación de las aportaciones masculinas en el derecho de la codificación

Ausente su tratamiento en el incompleto Proyecto de Código civil de 1820, no será sino hasta el Proyecto de Código civil de 1836, el primero de la serie de los aparecidos a lo largo del siglo que aparece desarrollado en toda su extensión, cuando encontremos reguladas estas aportaciones en forma codificada. Sorprende un tanto, no obstante, su ubicación sistemática, pues tanto las arras como las donaciones esponsalicias figuraban englobadas en el capítulo destinado a las arras dentro de un título rotulado «De algunas donaciones particulares», que se encuadraba en el libro tercero, genéricamente dedicado a las obligaciones y los contratos.

Como reflejo, sin duda, del nuevo espíritu jurídico que impregnaba este texto, abriendo el citado capítulo se proponía una inusual definición de las arras, pues hasta entonces había sido ensayada por la doctrina, pero no por el legislador. Descritas éstas, por tanto, como "la donación que hace el esposo a la esposa en consideración a sus circunstancias personales"[155], con este enunciado el proyecto venía a adscribirse a la visión tradicional, que las concebía de procedencia exclusivamente masculina y constituidas –ahora con el requisito de quedar plasmadas en escritura pública ante un escribano–, previamente al matrimonio, o como muy tarde –se admitía–, dentro del mes siguiente a su celebración[156]. Al tiempo que, alineándose, otra vez, en consonancia con la literatura jurídica dominante, se las despojaba del carácter remuneratorio del que todavía Llamas y Molina había pretendido vestirlas, al dibujarlas como una donación entregada por el esposo, antes o después del casamiento, en recompensa de la virginidad, la honestidad, la juventud, la nobleza o cualquier otra cualidad personal de la mujer[157]. Razonamiento que, en la práctica había servido para camuflar

Novísima Recopilación, 2ª ed. corregida, Madrid, José del Collado, 1820 (1ª ed. Valencia, 1803), p. 57. Me ha puesto sobre su pista, J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 92.

155 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1619]: "Por arras se entiende la donación que hace el esposo a la esposa en consideración a sus circunstancias personales".

156 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1620]: "La donación de arras deberá hacerse por escritura pública ante escribano. Esta escritura podrá otorgarse antes del matrimonio o dentro del mes siguiente a su celebración. Pasado este tiempo no habrá lugar al otorgamiento de arras".

157 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 52, núm. 95, p. 278. Como atinadamente analiza J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 469-472, la postura de Llamas debe ponerse en relación con su propia teoría sobre las donaciones, en la que se aparta de la tendencia general mantenida por los autores, a los que acusa de dar preferencia al

la vulneración del viejo límite legal de la décima parte, que, sin embargo, este proyecto se preocupaba de confirmar, haciéndolo en referencia tanto al patrimonio presente del concedente, como del futuro, cuando éste así lo declarase expresamente[158]; amparándose, paralelamente, el derecho de los parientes llamados a sucederle a reclamar judicialmente la devolución de su exceso[159]. Un límite legal hasta el que también podía llegar en su ofrenda de arras el menor de veinticinco años, aunque en el caso de que las formalizase antes de sellarse el enlace, debería contar con la autorización de su curador[160]. Por otra parte, la promesa de arras legalmente acreditada por la mujer colocaba al marido en la obligación de otorgarle escritura de donación[161]. Del mismo modo que, cuando al incumplimiento por el esposo de su palabra de casamiento le hubiese acompañado la seducción y el abuso de la prometida, además de afrontar la pena y la reparación de daños y perjuicios que el juez le impusiese en el correspondiente pleito criminal, la mujer podría quedarse con todo lo que aquél le hubiese entregado o comprometido a título de dote o de arras o por cualquier otra causa nupcial[162].

derecho romano frente al regio contenido en las leyes de Toro (I, l. 29, núm. 62, p. 538), al entender que toda donación efectuada en vida de los padres, incluidas las simples, era colacionable, y no admitiendo, en consecuencia, la existencia de donaciones no causales, liberadas de este trámite, sino en todo caso, la concurrencia de diferentes tipos de causa: las realizadas por contrato *inter vivos* responderían a una causa onerosa para ambos partes participantes, y las demás a una causa no obligatoria (I, l. 29, núm. 121, pp. 551-552).

158 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1621]: "El valor de las arras no podrá exceder de la décima parte de los bienes que el esposo tenga al tiempo de hacer esta donación, o de los que adquiera en lo sucesivo en el caso de que así lo expresare". De que la calificación como remuneratoria podía servir como pretexto para el enmascaramiento de fraudes se hace eco E. de Tapia, *Febrero novísimamente redactado con las variaciones y mejoras expresadas en el prospecto que sirve de prólogo á la obra*, Madrid, Viuda de Calleja e Hijos, 1845, I, p. 69.

159 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1622]: "Los parientes del esposo que tengan derecho inmediato a sucederle, podrán reclamar judicialmente contra el exceso de las arras si lo hubiere".

160 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1626]: "El esposo menor de veinticinco años puede ofrecer arras en la cantidad permitida por la ley, pero si otorgare la escritura de arras antes de la celebración del matrimonio, habrá de autorizar el acto su curador".

161 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1625]: "Si la mujer acreditare legalmente que hubo promesa de arras, estará obligado el marido a otorgar la correspondiente escritura de donación"; [1628]: "La mujer perderá las arras si cometiere adulterio, en cuyo caso las adquirirá el marido".

162 *Proyecto de Código civil de 1836*, [139]: "Cuando el esposo, seduciendo a su futura esposa abusare de ella y se resistiere luego a celebrar el matrimonio prometido, perderá y se adjudicará a la misma todo lo entregado u ofrecido por dote, arras y cualquier

Aunque, en contrapartida, el adulterio por ella cometido sería, asimismo, motivo de la pérdida de las arras en favor del cónyuge engañado[163]. Y en lo referente a su gestión, las arras eran consideradas bienes propios de la mujer, por lo que el marido, que estaba encargado de su administración, no podía enajenarlas sin su consentimiento, con la particularidad añadida de que, si se tratase de propiedades raíces, para prestarlo se requería que hubiese alcanzado los veinticinco años. Ahora bien, a falta de su beneplácito, al deber de restitución en su integridad que pesaba sobre el marido quedaban atados bajo hipoteca legal sus propios bienes privativos[164]. Finalmente, también respecto a su destino ulterior se mantendrá la tónica marcada por la legislación precodificada, al reconocerse a la mujer una plena libertad de disposición *mortis causa* en ausencia de una descendencia que, en el supuesto de concurrir –aunque nada se dice–, esta misma precisión hace presumir que sería su obligada beneficiaria, incluso en su provisión testada[165]. Y a esta misma conclusión conduce el hecho de que tanto las arras, como los legados, las donaciones y cualesquiera otros bienes recibidos a título lucrativo del cónyuge difunto debían ser reservados por el supérstite que contrajese nuevo matrimonio para los hijos nacidos del anterior[166].

Frente al relativo detalle con el que eran tratadas las arras, solamente un artículo se ocuparía de regular las donaciones esponsalicias, de las que con escasa locuacidad apenas se apuntaban otros rasgos que la admisión de su reciprocidad, ya aceptada en el Fuero Real (3, 2, 5) y las Partidas (4, 11, 3), y su sometimiento a las reglas comunes al resto de las donaciones.

otro título nupcial. Además de esto, el Juez le condenará al resarcimiento de daños, sin perjuicio de sufrir la pena que designe en el Código criminal, cuando hubiere rapto, violencia u otra circunstancia agravante".

163 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1628]: La mujer perderá las arras si cometiere adulterio, en cuyo caso las adquirirá el marido".

164 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1623]: "Las arras se reputan bienes propios de la mujer, y el marido no podrá sin el consentimiento de ella enajenarlas. La mujer no podrá prestar dicho consentimiento hasta que tenga veinticinco años cumplidos, si las arras consistieren en bienes raíces"; [1627]: "El marido es responsable con sus bienes propios a la restitución de las arras, a menos que éstas se hayan enajenado o consumido con beneplácito de la mujer, siendo ésta mayor de veinticinco años".

165 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1624]: "La mujer podrá disponer a su arbitrio de las arras al tiempo de su muerte, no teniendo hijos; y si no lo hiciere, pasarán aquellas a sus herederos".

166 *Proyecto de Código civil de 1836*, [272]: "Son bienes sujetos a reservación: 1.º Las arras, legados, donaciones y demás bienes que el consorte sobreviviente hubiere adquirido del difunto por título lucrativo y no oneroso, ya sea por acto entre vivos o por última voluntad (…)".

Resultando también evidente el alejamiento de lo establecido en la ley 52 de Toro, que al imponer a la mujer la elección entre unas y otras, consagraba la incompatibilidad de su percepción simultánea junto a las arras; como igualmente se prescindía de la sujeción a los principios de la ley del ósculo, que dicho precepto toresano contemplaba[167]. Y en cuanto a la *donatio propter nuptias*, únicamente se hacía indirecta alusión a la misma, al disciplinar la cuantía de la dote, cuando se recordaba la obligación que pesaba sobre los padres o, careciendo éstos de medios, sobre los abuelos, de suministrar a los hijos varones algún soporte material en bienes o dinero al tiempo de su casamiento, aunque no pudiendo, en caso alguno sobrepasar esta aportación, que con ello resultaba equiparada a la dote, el importe de su legítima[168]. No obstante, cuando considerase su entidad insuficiente, al hijo se le concedía la posibilidad de reclamar su aumento ante el juez, que debería atender, o no, su petición en función de su evaluación del haber patrimonial global de los padres y a las circunstancias personales de cada uno, siendo especificado como motivo de desestimación de la demanda que el hijo dispusiese ya de bienes adventicios castrenses o cuasi castrenses[169].

Datando un trascendental cambio de rumbo en el tratamiento de todas estas liberalidades nupciales procedentes del lado masculino, el frustrado Proyecto de Código civil de 1851 demostrará mucha mayor permeabilidad hacia los principios liberales de primacía de la autonomía de la voluntad exportados por el Código civil francés que dependencia de la larga tradición castellana precedente, con la que se abría una brecha muy profunda[170].

167 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1629]: "Además de las arras, suelen hacerse mutuamente por los esposos donaciones que se llaman esponsalicias, las cuáles se regirán por las reglas establecidas en el título anterior respecto a las donaciones en general".

168 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1545]: "Los padres, y cuando éstos sean absolutamente pobres los abuelos, tienen obligación de suministrar a los hijos varones cuando éstos se casen, algunos bienes o dinero para su establecimiento"; [1546]: "La dote no podrá exceder de lo que corresponda a la hija por su legítima: lo mismo se entenderá respecto de la donación que se hiciese al hijo en razón de casamiento".

169 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1547]: "Cuando los padres designaren como dote o donación *propter nupcias* una cantidad demasiado pequeña o cosas de poco valor, podrán los hijos reclamar su aumento, que regulará el Juez atendido el haber de los padres y las circunstancias de las personas"; [1548]: "No habrá lugar a la reclamación que expresa el artículo anterior, si los hijos tuvieren bienes adventicios castrenses o cuasi castrenses".

170 Probablemente, buena parte de la responsabilidad de esta novedosa orientación quepa atribuírsela a Claudio Antón de Luzuriaga, cuya autoría en materia del régimen económico matrimonial ha sido subrayada por J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, p. 216, J. Baró Pazos, *La Codificación del Derecho civil en españa (1808-1889)*,

Ruptura que se hacía inmediatamente patente en su envolvimiento de todo el conjunto de los intercambios matrimoniales, en virtud de su gratuidad, dentro de la regulación reservada a las donaciones simples. Y que tendrá su nota más visible en la desaparición de toda alusión expresa a las arras, que, sin recibir esta denominación, únicamente hallarán cabida bajo la configuración de una dote constituida por el esposo a favor de la esposa[171], aunque solamente se permitirá con carácter previo al matrimonio, y no, a diferencia de la dote femenina, con posterioridad a éste[172]. Y como consecuencia de ésta restricción, se regirá siempre por las reglas establecidas para las donaciones matrimoniales, en contraste con la dote constituida después del casamiento, que lo hará por las relativas a las donaciones comunes[173].

También ahormadas en la etiqueta genérica de «donaciones matrimoniales», e inscritas dentro del título VI, del libro III, dedicado al «contrato de matrimonio», hallaban hueco las donaciones esponsalicias, que eran definidas como las realizadas en consideración y con anterioridad al

Santander, Universidad de Cantabria, 1993, pp. 107 y 108, y J. A. López Nevot, *La aportación marital,* p. 95.

171 Inversión que, en palabras de F. García Goyena, *Concordancias,* p. 681, habría venido propiciada porque: "depues de las leyes de Toro las arras fueron y son una verdadera dote y donación del marido a la muger".

172 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1266]: "El esposo puede igualmente constituir dote a la esposa antes del matrimonio, pero no después de contraído". Para justificar esta limitación, F. García Goyena, *Concordancias*, pp. 681 y 676, se remite al artículo 1258, en cuyo comentario afirma que "El favor de los matrimonios exige que los esposos ó novios tengan, en el momento de anudar sus vínculos la libertad de hacerse recíprocamente, ó uno solo de ellos al otro, las donaciones que estimen convenientes (…)"; y también, p. 677, al artículo 1259, que declaraba nulas las donaciones efectuadas por un cónyuge a otro durante el matrimonio. Sin embargo, como vimos anteriormente, esta posibilidad había sido admitida por buena parte de la doctrina castellana. Y, en todo caso, contrasta con lo establecido para la dote femenina en el [1265]: "Los padres y parientes de cualquiera de los esposos, y aun las personas extrañas, pueden constituir dotes a la mujer antes o después de contraído el matrimonio". Diferencia que halla refuerzo en el [1272], que aclara que "La dote se compone no sólo de los bienes y derechos que la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo, sino de los que durante él adquiere por donación, herencia ó legado". También aboga por la supresión de la posibilidad de que las arras se entregasen constante matrimonio, F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 166, aduciendo para ello que en estas circunstancias nada las diferencia de las prohibidas donaciones entre cónyuges.

173 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1267]: "La dote constituida antes del matrimonio ó al tiempo de celebrarlo se gobernará por las reglas de las donaciones matrimoniales; la constituida con posterioridad, por las donaciones comunes". La razón aducida por F. García Goyena, *Concordancias*, p. 681, para esta diferencia de régimen es que ésta última ya no puede influir en un matrimonio que ya esta hecho, por lo que no merece recibir un trato privilegiado.

matrimonio, a favor de ambos o de uno solo de los esposos[174]. De donde se infiere que podrían ser efectuadas mutuamente por los propios integrantes de la pareja o en su beneficio por personas distintas a ellos, pero siempre con la justificación de un futuro enlace. Por lo demás, exceptuando aquellas especialidades señaladas por el propio código, se gobernarían por las reglas comunes a las donaciones en general[175]. Y entre esas peculiaridades que se apartaban del régimen uniforme hay que anotar la imposibilidad de su anulación o revocación por falta de aceptación, o por sobrevenir hijos del donante, o por existir causa de ingratitud[176]. Siendo, por el contrario, motivo de la pérdida de su eficacia el hecho de que el casamiento, cuya materialización era condición indispensable para su validez, no llegase, por cualquier razón, a celebrarse, si bien cuando no mediase culpa en su frustración por parte de la mujer, ésta tendría el derecho de retener la mitad de los regalos de boda[177]. Una regla, que suponía truncar definitivamente

174 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1245]: "Donaciones matrimoniales son las que se hacen en consideración al matrimonio y antes de celebrarse, a favor de los esposos o de uno de ellos".

175 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1246]: "En cuanto no se halle especialmente determinado en este capítulo, las donaciones matrimoniales se gobiernan por las reglas comunes a las donaciones en general". En palabras de F. García Goyena, *Concordancias,* p. 671: "Las donaciones en abstracto son el género; las matrimoniales una especie de este género; y es natural que se gobiernen por las mismas reglas en cuanto lo permita su especialidad o lo favorable de su naturaleza (...)". Según su análisis de concordancias, este sometimiento al régimen general suponía una traslación de los artículos 1081 y 1082 del Código francés.

176 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1247]: "Las donaciones matrimoniales no pueden ser anuladas ni revocadas por falta de aceptación"; [1250]: "Las donaciones matrimoniales no se anularán por sobrevenir hijos del donador"; [1251]: "Tampoco podrán ser revocadas las donaciones matrimoniales por causa de ingratitud". Apelando al carácter oneroso del matrimonio y, por tanto, digno de la mayor consideración, en sus comentarios a los artículos 1250 y 1251, F. García Goyena, *Concordancias*, p. 672, se pregunta cómo cabe negar a las matrimoniales la cualidad de irrevocables que es reconocida, en general, a todas las demás donaciones a título oneroso.

177 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1248]: "Quedarán sin efecto las donaciones, si el matrimonio, en cuya consideración fueron hechas, dejara de verificarse por cualquier causa; pero si no hubiere mediado culpa de parte de la mujer, retendrá ésta para sí la mitad de los regalos de boda". F. García Goyena, *Concordancias*, p. 671, cree descubrir en la primera parte de este precepto una conexión con *Partidas*, [IV, XI, XVIII] y [IV, XI, XIX], que J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 96, rebate, aludiendo a que ambas leyes se refieren a la dote, y que sólo la primera subordina a la verificación del matrimonio la validez de esta aportación. Por su parte, Mª. J. Collantes, *Donaciones matrimoniales*, p. 779, entiende que en este precepto aflora la mentalidad de la época en cuanto a la consideración personal y social de la mujer.

la larga trayectoria de vigencia ante estos supuestos de la ley del ósculo[178], aunque aún persistía la desigualdad del trato dispensado al esposo, pues del silencio guardado a este respecto por el precepto parece que cabe deducir que en análogas circunstancias éste no podría quedarse con nada[179]. Situación distinta sería, sin embargo, la que se produciría si, después de haber tenido lugar el matrimonio, éste fuese declarado nulo, dependiendo aquí de la buena fe con la que hubiese obrado cada uno de los contrayentes para la subsistencia de las donaciones que hubiesen recibido respectivamente, o bien para el traspaso de las mismas a los hijos, si se diese el caso de que en la actuación de alguno de ellos hubiese intervenido mala fe[180]. Una solución que no dejaba de mostrar concomitancias con la interpretación doctrinal mayoritaria suscitada en torno a la ley 52 de Toro, que, como hemos visto, también se ocupaba de estas donaciones[181]. Por último, se establecía que la inoficiosidad de estas liberalidades estaría sujeta a las disposiciones comunes aplicables a las demás donaciones, pero con una importante diferencia: al donatario o a sus herederos, siempre que se hubiese hecho inventario de los bienes, se les permitía escoger el momento de evaluar si existió exceso en su cuantía entre la época en la que se verificó la entrega y la del falleci-

178 El carácter fallido de este código explica que todavía varios años más tarde, aparezca en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 9 (1857), 53-55, un abreve nota dedicada al «Origen de la ley 52 de Toro», con el subtítulo «Del ósculo esponsalicio».

179 Para F. García Goyena, *Concordancias*, p. 672, que opone a las leyes donde se recogía la ley del ósculo, irónicamente tachadas de no pecar de pudibundas, al decoroso enunciado del artículo del proyecto de código, la explicación de esta discriminación es sencilla, pues "fúndase en que la muger desmerece algo siempre que se llega tan cerca del matrimonio, y en que suele ser mayor su sentimiento cuando se frustra". Con lo que, un tanto anacrónicamente, no se aparta sustancialmente de los argumentos manejados en siglos anteriores para responder a la misma cuestión. Por ejemplo, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fols. 310, núm. 4.

180 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1249]: "En el caso de ser declarado nulo el matrimonio, subsistirán las donaciones hechas a favor del cónyuge o cónyuges que obraron de buena fe. Si uno solo de los cónyuges hubiere obrado de mala fe, las donaciones que le hubieren sido hechas recaerán en sus hijos. Cuando la mala fe fue comun a ambos cónyuges, quedan sin efecto las donaciones". En sus observaciones a este precepto, la Audiencia de Zaragoza estimaría injusto que si uno solo de los cónyuges hubiese obrado de mala fe, las donaciones recayesen en sus hijos, porque podría servir de acicate el usufructo y la posible herencia a favor del culpable. J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, p. 269.

181 J. A. López Nevot, *La aportación marital*, p. 97. No haciendo alusión a este nexo de continuidad, F. García Goyena, *Concordancias*, p. 672, pone el precepto en directa relación con el artículo [93], que aunque éste fuese declarado nulo, otorga al matrimonio celebrado de buena fe todos sus efectos civiles, tanto para los cónyuges como para los hijos.

miento del donante[182]. Opción que la ley 29 de Toro también había ofrecido en relación con la valoración de la inoficiosidad de la dote. Resulta paradójico, no obstante, que se haya evitado toda mención a la fijación de límite alguno en cuanto al volumen de su contenido[183], ya que, si recordamos, sucesivas normas legales lo habían situado en la octava parte de la dote. Con todo, esta omisión podría ser suplida con la estimación contenida al tratar de la colación de los obsequios nupciales, en la que se colocaba el umbral de la inoficiosidad en la décima parte de la cantidad susceptible de ser destinada por testamento, lo que después pasará al Código civil[184].

182 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1252]: "(1) La inoficiosidad de las donaciones matrimoniales se regula por las disposicones comunes a las demás donaciones, con la diferencia de que el esposo donatario o sus herederos tienen la facultad de elegir la época en que se verificó la donación, o la del fallecimiento del donador, para que se haga el cómputo de si es o no inoficiosa. (2) Si no se hubiere hecho inventario de los bienes del donador al tiempo de la donación, no podrá elegirse la época en que ésta se otorgó". La regla general sobre la inoficiosidad de las donaciones venía contenida en el artículo [954]: "(1) Ninguno puede dar ni recibir por vía de donación más que lo que puede dar o recibir por testamento. (2) Las donaciones serán inoficiosas en todo lo que excedieren de esta medida". Según F. García Goyena, *Concordancias*, p. 673, el requisito de la realización de inventario había sido tomado de los países de Fueros y, en concreto del derecho navarro, constituyendo, por tanto, este artículo una especie de transación entre la legislación foral y la castellana.

183 En sus comentarios al artículo [1252], instituciones como la Audiencia de Sevilla y la Universidad de Zaragoza expresarían su desacuerdo con esta omisión, por temer que la absoluta libertad en esta materia podría provocar la repetición de las perniciosas consecuencias que históricamente había acarreado. Citado por J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, p. 269. En contraste, F. García Goyena, *Concordancias*, p. 673, alabará la supresión de esas tasas y restricciones, que califica de leyes suntuarias y que con anterioridad habían constituido "un manantial perenne de pleitos". Además, al analizar el [1258], p. 676, refuerza su argumentación diciendo que el favor de los matrimonios exige que los esposos tengan la libertad de hacerse las donaciones que estimen convenientes, de estipular sus derechos y las ventajas que quieran hacerse. Opiniones con las que coincide F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 166-167, quien considerando superadas las circunstancias que condujeron a su tasación, aboga por el sometimiento tanto de las arras como de las donaciones esponsalicias al régimen de las donaciones simples, sin otro límite que el de la facultad que tiene cualquiera para disponer de sus bienes a título lucrativo.

184 *Proyecto de Código civil de 1851*, [880]: "Los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipo, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento". En el *Anteproyecto de Código civil de 1882-188*, el espíritu de este precepto se mantiene, pero a partir del deber de colacionar el exceso del décimo, [1060]: "Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, serán colacionables cuando excedan, en un décimo o más, de la cantidad disponible". El *Código civil, edición reformada de 1889*, [1044] reproduce literalmente el [880] de 1851.

Otra particularidad digna de reseña estriba en la posibilidad que se contemplaba de la realización de donaciones matrimoniales con efectos diferidos hasta la muerte del donante, a quien no se permitía revocarlas, ni enajenar a título gratuito, salvo para ciertos fines y en pequeñas cantidades, los objetos que contuviesen, aunque sí podría desprenderse de ellos con carácter oneroso[185]. Resulta asimismo destacable que las mismas se declaraban subsistentes aun en el caso de que el donante sobreviviese al donatario, cuando éste dejase la descendencia en cuya consideración se hubiesen efectuado; pero en ausencia de prole, el concedente podría invalidarlas, incluso en forma testada[186]. Como también se admitía que fueran sometidas a la condición de que el receptor pagase las deudas indeterminadas del otorgante, o a cualquier otra dependiente de la voluntad de éste, teniendo, empero, cabida, en lógica contrapartida, la renuncia a su aceptación[187].

185 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1253]: "(1) Las donaciones matrimoniales pueden hacerse de los bienes que el donador dejare a su muerte. (2) El donador no podrá revocar esta clase de donaciones, ni enajenar, a título gratuito, los objetos comprendidos en ellas, si no es en pequeñas cantidades para recompensa de servicios, o por otras consideraciones atendibles; pero conserva la facultad de enajenar dichos bienes a título oneroso". Respecto a esta modalidad de donación matrimonial afirmaba F. García Goyena, *Concordancias*, p. 674, que era y sería rarísima en el futuro, aunque la práctica de las donaciones universales de bienes presentes y futuros era muy usada en las provincias de Fueros. También justificará la prohibición de la enajenación a título gratuito, porque, en otro caso se convertirían en revocables e ilusorias, así como la posibilidad de hacerlo a título oneroso, pues la reserva del donador no alcanzaba sólo al usufructo, sino también a la propiedad de las cosas. A su vez, F. Cárdenas, *De los vicios y defectos,* p. 169, expresará su disconformidad con esta excepción a la prohibición de las donaciones, alegando que "Dejando esta esperanza al donatario, no se evitará que medien entre los cónyuges tratos de interés que tienten su codicia, ni se prevendrán las seducciones y engaños que suelen turbar la paz y la armonía en los matrimonios. Por otra parte, las mujeres, ignorantes casi siempre de su derecho, creerán irrevocables las donaciones que hagan a sus maridos, y así aunque se arrepientan de haberlas hecho, morirán sin haberlas reclamado, ganando siempre los maridos el fruto de su indigna seducción".

186 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1254]: "(1) Estas donaciones subsistirán aun en el caso de que el donador sobreviva al donatario, siempre que éste dejare descendientes del matrimonio en cuya consideración hubieren sido otorgadas; pero si no los hubiere dejado, podrá el donador revocarlas, aunque sea por testamento. (2) Lo dispuesto en este artículo se entiende para el caso de que no se hubiere estipulado lo contrario". Aclara F. García Goyena, *Concordancias*, p. 675, que ello no significa que el donatario que sobreviva al donador no puede disponer libremente de los bienes donados, por estar obligado a reservarlos para los hijos. Por otra parte, J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, p. 269, da noticia de la crítica formulada a este precepto por la Audiencia de Sevilla, por entender que favorecía la codicia de los desposados y de sus parientes.

187 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1255]: "Las donaciones de que se trata

Por último, la sección tercera de este capítulo se ocupaba de las que eran descritas como «donaciones matrimoniales de un esposo a otro», en realidad, las únicas cuyo perfil era coincidente con las donaciones esponsalicias recogidas en el derecho tradicional castellano, donde estaban caracterizadas por poder ser otorgadas por cualquiera de los desposados –en el Fuero Real y las Partidas–, o sólo por el esposo –en la ley 52 de Toro–, pero no por otras personas distintas a ellos. A tenor de lo establecido en el proyecto, estas donaciones podrían cruzárselas los esposos recíprocamente, o bien hacérselas el uno al otro, y siempre con anterioridad al matrimonio, frente al breve plazo posterior al enlace concedido en la citada ley de Toro, pudiendo afectar tanto a sus bienes presentes como a los que le perteneciesen a su muerte. A lo que se añadía la precisión de que cuando alguno de los novios fuese menor de edad, sería necesaria la intervención en el pacto de quienes tuviesen que prestar su consentimiento para que pudiese contraer matrimonio[188]. Puesta, por tanto, la condición de su precedencia al casamiento, resulta coherente la nulidad proclamada de toda donación efectuada durante la vida marital, quedando únicamente excluidos de tal prohibición los regalos de menor entidad que –se decía– suelen ser intercambiados en las ocasiones festivas[189]. Como también

podrán hacerse con la condición de que el donatario pague las deudas del donador sin determinarlas, o con otras condiciones dependientes de su voluntad; y en tal caso tendrá aquél opción para cumplir la condición y el pago de las deudas, o para renunciar la donación". Para explicar esta regulación, F. García Goyena, *Concordancias*, p. 675, señalará que siendo el esposo donatario casi siempre hijo o heredero del donador, está en el orden natural que se someta a la voluntad del que tanto influye sobre su destino; y si el beneficio lo recibiese de un extraño, la condición que se le imponga no le restará atractivo para aceptarla.

188 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1258]: "Los esposos pueden hacer donaciones recíprocamente entre sí o el uno al otro, antes de contraer matrimonio, de los bienes presentes ó de los que dejaren a su muerte, siempre que en el caso de ser alguno de ellos menor, se observe lo dispuesto en el artículo 1241"; [1241]: "El menor que, con arreglo a la ley, puede casarse, puede también otorgar cualesquiera pactos matrimoniales, los cuales serán válidos, con tal que concurran a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesita el menor para contraer matrimonio". Recurriendo a argumentos ya utilizados en su comentarios a otros preceptos, F. García Goyena, *Concordancias*, p. 676, suscribirá la restricción de tales donaciones al período precedente al casamiento porque "Los sentimientos recíprocos están entonces en toda su energía; y todavía no ha tomado el uno sobre el otro aquel imperio que da la autoridad marital; o que es el resultado de la vida común".

189 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1259]: "(1) Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula. (2) No se comprenden en esta regla los regalos módicos que los cónyuges acostumbran hacerse en ocasiones de regocijo para la familia". La

se consideraba ficticia, y por consiguiente nula, la transferencia formalizada en este tiempo en favor de los hijos del otro cónyuge nacidos de diverso matrimonio, o de personas a cuya herencia estuviera presuntamente llamado el receptor en el momento de producirse la donación[190]. Además, se hacía extensivo a estas donaciones lo dispuesto respecto a la revocabilidad de las realizadas para después de la muerte en circunstancias de premoriencia del donatario y ausencia de la descendencia cuya prevista comparecencia ulterior las hubiese justificado[191]. Y aunque tampoco se eludía la fijación de una barrera insuperable para su cuantía, la cuestión se resolvía con una remisión indirecta a otros dos preceptos del propio código, que estando destinados a regular las facultades dispositivas de los padres y de otros ascendientes, situaban ese nivel máximo en función del importe de la legítima[192].

La evolución posterior de estas aportaciones maritales no ofrece grandes variaciones. De ellas se ocupará la Ley Hipotecaria de 1861, que fiel a la tradición jurídica anterior, exigirá el aseguramiento con una hipoteca legal tanto de las arras como de las donaciones esponsalicias, o de una sola de estas aportaciones, a elección de la mujer, realizada dentro del plazo de veinte días, si ambas le fueran prometidas, cuando lo fuesen

excepción de estos obsequios estaba ya en el *Digesto,* [24, 1, 31, 8]. Para F. García Goyena, *Concordancias*, p. 677, habría grosería y hasta barbarie en la prohibición a los esposos de estos inocentes presentes.

190 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1262]: "Se presume simulada y por consiguiente nula la donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quienes éste sea heredero presuntivo, en el tiempo de la donación".

191 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1260]: "Lo dispuesto en el artículo 1254 es aplicable a las donaciones de un esposo a otro". Ante la duda acerca de si está remisión era sólo aplicable a las donaciones referidas a los bienes que el donante dejase al morir, o también válida para las afectantes a los bienes presentes, F. García Goyena, *Concordancias,* p. 678, rebatiendo esta última interpretación, arguye que de admitirla se estaría destruyendo una tradición legislativa secular, y contradiciendo a todos los códigos modernos, al configurar estas donaciones con una peor condición que las comunes o generales.

192 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1261]: "Las donaciones entre esposos no pueden exceder de la medida fijada en los artículos 652 y 653". Dicen estos artículos: [652]: "Los padres y ascendientes pueden disponer en vida o en muerte en favor de cualquiera, aunque sea extraño, de todo lo que no sea legítima rigurosa de sus hijos y descendientes, según lo dispuesto en el artículo 642"; [653]: "Los padres y ascendientes pueden además disponer a favor de sus cónyuges en usufructo: 1.º De la cuarta parte de la legítima del hijo, si queda uno solo o descendientes que le representen. 2.º De un quinto de la legítima, si deja dos o más hijos o descendientes que le representen (…)".

en concepto de aumento de dote. Pero en caso distinto su constitución quedaba subordinada a la decisión discrecional del concedente, por acomodarse, entonces, su naturaleza a la de una mera obligación personal[193].

Su regulación recibiría, no obstante, nueva redacción en el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, donde el capítulo rotulado en el Proyecto de Código de 1851 «De las donaciones matrimoniales», pasaba a tomar como enunciado «De las donaciones por razón de matrimonio»[194], si bien tampoco presentaba modificaciones importantes en cuanto al contenido de la sección donde se formulaban las disposiciones generales[195]. Las más reseñables: en el supuesto de que el matrimonio fuese declarado nulo, si ambos contrayentes hubiesen obrado de mala fe, las donaciones ya no se dejarían sin efecto, sino que recaerían en los hijos, y si no los hubiese, lo donado revertiría al donante, añadiéndose, además, que cuando la donación se hubiese hecho conjuntamente a los dos esposos y careciesen de descendencia, si solamente fue uno de ellos el que actuó con torcida voluntad, sería únicamente la mitad de lo donado la que retornase al otorgante[196]; cuando las donaciones fuesen realizadas de padres a hijos

193 *Ley Hipotecaria de 1861*, [168]: "Se establece hipoteca legal: 1.º En favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos: Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fé de escribano; Por las arras ó donaciones que los mismos maridos les hayan ofrecido dentro de los límites de la ley; Por los parafernales que, con la solemnidad anteriormente dicha, hayan entregado á sus maridos; Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado á sus maridos con la misma solemnidad (...)"; [178]: "La hipoteca legal por razón de arras y donaciones esponsalicias, solo tendrá lugar en el caso de que unas ú otras se ofrezcan por el marido como aumento de la dote. Si se ofrecieren sin este requisito, solo produciran obligación personal, quedando al arbitrio del marido asegurarla ó no con hipoteca". Cito por *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución,* I, *Leyes de 1861 y 1869*, Madrid, Castalia, 1974, 337-395. Sobre esta cuestión, J. C. Monterde García, *Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de diciembre de 1861*, Madrid, Dikinson, 2008.

194 *Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888* (También editado por J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, II, pp. 609-740), libro IV, título III, capítulo II: "De las donaciones por razón de matrimonio", artículos [1344] a [1356].

195 Sobre la discusión suscitada en el seno de la Comisión de Codificación acerca de la difícil conciliación entre la disolución en esta categoría genérica de la donación *propter nuptias* y su importante vigencia en los derechos de Aragón, Navarra y Cataluña, véase J. F. Laso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, pp. 508-510.

196 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1348]: "(1) En el caso de ser declarado nulo el matrimonio, subsistirán las donaciones hechas a favor del cónyuge o cónyuges que procedieron de buena fe. Si uno de los cónyuges, o los dos hubiesen procedido de mala fe, las donaciones que se les hicieran recaerán en sus hijos. Si no los hubiere, lo donado revertirá al donante. (2) Cuando la donación se hubiere hecho a los dos esposos en junto

o viceversa, su importe debería colacionarse en el cómputo de la legítima de los donatarios[197]; finalmente, la carga de la prueba necesaria para obtener la declaración de inoficiosidad caería del lado de quien impugnase la donación[198]. Suprimida, además, la segunda sección, dedicada a las donaciones hechas para después de la muerte del donante, en la tercera, específicamente centrada en las donaciones nupciales entre los esposos, se introducían algunas adiciones sustanciales. Así, se precisaba que su cuantía se determinaría a todos los efectos legales al tiempo de disolverse el matrimonio y con sujeción a una serie de reglas que iban orientadas a reforzar la protección de las legítimas, a confirmar su carácter colacionable y a asegurar los derechos de los herederos del donatario, incluso sobre los bienes sobre los que el supérstite conservase el usufructo[199]. Y también se eliminaba la concesión a la mujer de la mitad de los bienes ya entregados cuando no tuviese culpa alguna en que el matrimonio no llegase a ce-

y no hubiere hijos del matrimonio, y sólo uno de los cónyuges hubiere procedido de mala fe, la mitad de los donado será lo que revierta al donante". Modifica el artículo [1249] del proyecto de 1851.

197 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1349]: "(3) Sin embargo cuando las donaciones sean de padres a hijos y viceversa, el importe de la donación habrá de colacionarse en los cómputos de las respectivas legítimas de los donatarios, y no serán válidas, aunque se hagan al cónyuge no descendiente o ascendiente, para dejar sin cumplir este artículo en lo relativo a las legítimas". Unifica y amplia los artículos [1250] y [1251] del proyecto de 1851.

198 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1350]: "(2) Para promover y obtener la declaración de inoficiosidad, quedará la prueba a cargo del que impugne la donación". Modifica el artículo [1252] del proyecto de 1851.

199 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1353]: "La cuantía definitiva de las donaciones a que se refiere el artículo anterior, se determinará para todos sus efectos legales, sólo al tiempo de disolverse el matrimonio, teniendo presente: 1.º Que de los bienes donados no quedará realmente bajo el dominio del esposo donatario sino lo que exceda del importe de las legítimas que del conjunto de todos los bienes del esposo donante deba satisfacerse como tales legítimas con arreglo a este Código, incluso lo que corresponda, según el mismo, a los hijos habidos fuera de matrimonio. 2.º Que en todos los casos en que tenga lugar la disolución del matrimonio al que hubieren precedido las donaciones mencionadas, se procederá a la separación y liquidación de las legítimas y a la deducción de lo que pueda corresponder al cónyuge superviviente por razón del usufructo de que habla el artículo 819, fijándose sobre el resto de los bienes, si lo hubiere, el importe inmediato, o el definitivo, de las donaciones transmisibles a herederos o derecho habientes en su caso. 3.º Que al cesar el usufructo, el capital o los bienes en que consiste, pasará a los derecho-habientes del donatario".

lebrarse, al ordenarse la revocación automática y absoluta de la donación cuando se diese esta circunstancia[200].

Atendiendo al mandato de la Ley de Bases de 1888[201], y bajo idéntica etiqueta que la formulada en el Anteproyecto de 1882-1888, «De las donaciones por razón de matrimonio», el texto definitivo del Código civil mantendrá, en sus dos redacciones sucesivas, la regulación unificada de todas estas liberalidades[202], siguiendo, pues, la línea anticipada por el Proyecto de 1851. Continuidad que queda puesta de manifiesto en la definición de tales donaciones justificadas en virtud del matrimonio[203], en su sometimiento a las reglas comunes a las donaciones[204], en la persistencia de su validez con independencia de su aceptación[205], y en la nulidad de las efectuadas durante la vida conyugal, con la excepción de los regalos módicos hechos en ocasiones especiales[206], así como la de las realizadas

200 *Anteproyecto Código civil de 1882-1888*, [1356]: "Las donaciones de bienes entre esposos por razón de matrimonio, sean las que fueren, quedarán nulas y sin efecto alguno si no se contrajere".

201 *Ley de Bases de 1888*, [24]: "Las donaciones de padres a hijos se colacionarán en los cómputos de las legítimas y se determinarán las reglas a que hayan de sujetarse las donaciones entre esposos durante el matrimonio".

202 Así lo interpretaba ya M. Falcón en sus comentarios al *Código civil español*, 4, pp. 143-144, entendiendo que el Código quería que desapareciesen las viejas diferencias de denominación.

203 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1327]: "Son donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y a favor de uno ó de los dos esposos". Coincide con el artículo [1245] del proyecto de 1851 y el [1344] del anteproyecto de 1882-1888.

204 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1328]: "Estas donaciones se rigen por la reglas establecidas en el título 2.º del libro tercero, en cuanto no se modifiquen los artículos siguientes". Aunque con distinto enunciado, coincide con el artículo [1246] del proyecto de 1851 y con el [1345] del anteproyecto de 1882-1888. Las principales excepciones de estas donaciones por razón del matrimonio respecto al régimen de las donaciones comunes son enumeradas por Mª. J. Collantes de Terán, *Donaciones matrimoniales*, p. 783, que menciona las siguientes: 1.ª No requieren la aceptación del donatario. 2.ª Pueden hacerlas los menores de edad con autorización de las personas facultadas para ello. 3.ª No pueden exceder de la décima parte de los bienes presentes cuando las hacen los desposados entre sí. 4.ª Pueden referirse a bienes futuros. 5.ª Deben entregarse los bienes libres de gravámenes. 6.ª No se revocan por causa de ingratitud ni por superveniencia de hijos. 7.ª Se revocan por el hecho de no celebrarse el matrimonio y por las demás causas especiales señaladas en el artículo 1333.

205 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1330]: "No es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones". Coincide, en lo esencial, con el artículo [1247] del proyecto de 1851 y el [1346] del anteproyecto de 1882-1888.

206 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1334]: "(1) Será nula toda donación

en favor de la descendencia del otro cónyuge que fuese fruto de un distinto nexo matrimonial, o de personas de quienes éste fuese heredero presunto al tiempo de la donación[207]. Sin embargo, simplificando notablemente el articulado del Anteproyecto de 1882-1888, también se incorporarán algunas destacadas novedades respecto al Proyecto de 1851. Así, se tasan las causas de revocabilidad, incluyendo el incumplimiento de la condición a la que se hubiese subordinado, y la no verificación del casamiento, no permitiéndose ahora a la mujer la retención de la mitad de los obsequios nupciales cuando no existiese culpa por su parte en la quiebra de lo pactado. Además, serán motivos de revocación la anulación del matrimonio concurriendo mala fe de alguno de los cónyuges y la falta del consentimiento para contraerlo cuando éste fuese necesario[208]. A este último tenor, se precisa, asimismo, que los menores podrán hacer y recibir donaciones en virtud de su contrato antenupcial siempre que cuenten con la correspondiente autorización de las personas encargadas legalmente de prestarla[209]. Pero lo que no se concreta es limitación alguna en la cuantía de estas donaciones, siéndoles, por lo tanto, de aplicación las disposiciones relativas a las donaciones ordinarias, salvo para los regalos de boda, que siguen sujetos al límite de la décima parte de la cantidad dis-

entre los cónyuges durante el matrimonio. (2) No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia". Concide con el artículo [1259] del proyecto de 1851 y el [1354] del anteproyecto de 1882-1888. M. Falcón, *Código civil español*, 4, p. 145 justifica esta excepción, argumentando que hubiera sido llevar demasiado lejos la suspicacia de la ley, haber prohibido también estas muestras de aprecio y consideración que en todos los pueblos cultos autorizan las costumbres. Añadiendo que es imposible fijar tasa a estos regalos, porque dependen de la fortuna, posición social, costumbres locales y circunstancias de las personas que los hacen.

207 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1335]: "Será nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó a las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación". Coincide, con ligeras variaciones con el artículo [1262] del proyecto de 1851 y el [1355] del anteproyecto de 1882-1888.

208 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1333]: "La donación hecha por razón de matrimonio no es revocable sino en los casos siguientes: 1.º Si fuera condicional y la condición no se cumpliere. 2.º Si el matrimonio no llegará a celebrarse. 3.º Si se casaren sin haber obtenido el consentimiento conforme a la regla 2ª del art. 50, ó, anulado el matrimonio, hubiese mala fe por parte de uno de los cónyuges, conforme al número 3.º del art. 73 de éste Código". Modifica los artículos [1248] y [1249] del proyecto de 1851 y [1347] y [1348] del anteproyecto de 1882-1888.

209 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1329]: "Los menores de edad pueden hacer y recibir donaciones en su contrato antenupcial, siempre que las autoricen las personas que han de dar su consentimiento para contraer matrimonio".

ponible por testamento, superado el cual incurren en inoficiosidad[210]. El donante está obligado, por otra parte, a entregar los bienes donados libres de gravámenes e hipotecas, menos en el caso de los censos y servidumbres, y a no ser que se hubiese expresado lo contrario[211]. Y por lo que atañe específicamente a las donaciones nupciales entre los desposados, se prevé que su determinación puede tener cabida en las capitulaciones matrimoniales, pero marcándose una importante diferencia en cuanto a su monto global entre las integradas por los bienes presentes, de los que no podrán afectar a más de la décima parte del patrimonio del otorgante –coincidiendo así con la cuota fijada para las arras en el Fuero Real y la ley 50 de Toro–, mientras que las referidas a los bienes futuros sólo serán eficaces a la muerte del concedente, quedando atadas a las pautas contenidas en el propio código para la sucesión testada, es decir, sin perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos[212]. Finalmente, aunque teñida de un notorio anacronismo, se conserva viva la posibilidad, que admitía el Proyecto de

210 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1044]: "Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo ó más de la cantidad disponible por testamento", que reproduce literalmente el [880] del proyecto de 1851. La confusa redacción de este precepto ha conducido a una intensa discusión doctrinal acerca de si la norma entra en materia de colación o de inoficiosidad. Puede seguirse en M. García-Ripoll Montijano, *La colación hereditaria*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 203-206.

211 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1332]: "El donante por razón de matrimonio deberá liberar a los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesen sobre ellos, con excepción de los censos y servidumbres, a menos que en las capitulaciones matrimoniales ó en los contratos se hubiese expresado lo contrario". Una disposición que carece de antecedentes, salvo en opinión de J. L. De los Mozos, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XVIII, vol. 1º, artículos 1315 a 1343, 2º ed. revisada y aumentada, Madrid, EDERSA, 1982, p. 256, en el *Proyecto de Código civil de 1851*, [1255]: "Las donaciones de que se trata podrán hacerse con la condición de que el donatario pague las deudas del donador sin determinarlas, o con otras condiciones dependientes de su voluntad; y en tal caso tendrá aquél opción para cumplir la condición y el pago de las deudas, o para renunciar la donación".

212 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1331]: "Los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes y respecto de los futuros, solo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes a la sucesión testada". Esta limitación constituía una excepción al artículo [634], que permitía que la donación incluyese todos los bienes presentes del donante, con tal de que este se reservase lo necesario para vivir adecuadamente: "La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad ó en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias".

1851, y recogía también el Proyecto de Ley de Bases de 1885[213], de que la dote sea constituida por el esposo en beneficio de la mujer, a condición de que lo hiciese antes de materializarse el enlace, y no con posterioridad al mismo[214].

6. Ajustes en la regulación de la dote femenina

a. Importe de la dote y vinculación a los derechos hereditarios

Decíamos, al introducir este apartado dedicado a estudiar las aportaciones nupciales, que la nota distintiva de la recepción bajomedieval del *ius commune* en lo tocante al sistema vigente en Castilla y en el resto de los territorios peninsulares residía en la recuperación de la dote clásica romana, sin duda facilitada por la influencia del derecho canónico[215], que aquí encuentra su punto de arranque en las Partidas, donde aparece definida como «El algo que da la muger al marido, por razón de casamiento (…) e es como manera de donacion, fecha con entendimiento de se mantener e ayuntar el matrimonio con ella»[216]. Concebida, pues, con la finalidad de contribuir al sostenimiento de la economía matrimonial, pero también, y sobre todo, de garantizar que la mujer pueda disponer de medios suficientes de subsistencia una vez disuelto el vínculo conyugal, en virtud de la

213 *Proyecto de Ley de Bases de 1885*, [Base XXIV]: "Las donaciones de padres a hijos se colacionarán en los cómputos de las legítimas, y las que se otorguen entre esposos deberán preceder al matrimonio, así como la dote que dé el marido, pero los padres y parientes podrán dotar a la mujer en cualquier tiempo".

214 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1338]: "(1) Pueden constituir dote á favor de la mujer, antes o después de contraer el matrimonio, los padres y parientes de los esposos y las personas extrañas a la familia. (2) También puede constituirla el esposo antes del matrimonio pero no después". Modifica en su redacción los artículos [1265] y [1266] del proyecto de 1851. Sin embargo, este precepto, junto con los demás relativos a la dote, ha sido suprimido en la reforma introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

215 En particular, de la regulación contenida en las Decretales y de la *Summa de Matrimonio* de Raimundo de Peñafort. J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 284.

216 *Partidas*, [IV, XI, I]: "Que cosa es dote, e donacion, e arra: e en que tiempo se pueden fazer.- El algo que da la muger al marido por razon de casamiento, es llamado dote, e es como manera de donacion, fecha con entendimiento de se mantener, e ayuntar el matrimonio con ella, e segund dizen los sabios antiguos, es como propio patrimonio de la mujer (…)".

obligación que pesa sobre el marido o sus herederos de devolvérsela íntegra al producirse su extinción, esta institución será merecedora de una tan detallada regulación en la magna obra jurídica alfonsina, que ello explicará que, tapados casi todos los resquicios, las leyes de Toro apenas se detengan en la modificación y actualización del régimen legal disciplinador de su constitución, su titularidad y administración y su destino.

Aunque ningún precepto toresano se para expresamente a determinar el volumen susceptible de alcanzar por la dote, sí encontramos, en la ya abordada ley 29, referencias que nos ayudarán a precisar dónde se sitúa el tope máximo que no está permitido superar. En realidad, tampoco las Partidas habían pasado de exigir –como sabemos–, un riguroso equilibrio entre su cuantía y la de las arras, ahorrándose cualquier otra aseveración sobre su monto global o sobre la porción del patrimonio de la mujer a la que debía, como máximo, equivaler. De hecho, se dejaba a la libre discrecionalidad de quien las constituyese dar lo que quisiera «por dote o por donacion que se face por razón de casamiento»[217], pero siempre bajo la condición de que, si fuesen hechas por el padre, no perjudicasen a la legítima de sus demás hijos[218]. Es más, la obligación de dotar solamente se predicaba respecto a la hija *in potestate* –la menor de veinticinco años–, en cuyo caso se recomendaba adecuar lo entregado a la fortuna de la novia y a la nobleza de su consorte[219]. En esta línea, desmarcándose

217 *Partidas*, [V, IV, IX]: "Fasta que quantía puede fazer ome donación de lo suyo, e de lo que de mas fiziere que sea reuocado.- (...) Otrosi dezimos, que todo ome puede fazer donacion, por carta o sin ella, dando quanto quisiere, para sacar catiuos, o para refazer alguna eglesia, o casa derribada, e por dote, o por donacion que le faze por razon de casamiento (...)".

218 En alusión a todo tipo de donación hecha a favor de un hijo, existiendo otros legítimos, se establece en *Partidas*, [V, IV, VIII]: "De las donaciones que se mueuen los omes a fazer por razon que non han fijos como valen despues que los han.- Mueuense los omes a las vegadas a fazer donaciones, porque non han fijos ni han esperança de los auer. E porende dezimos, que si alguno por tal razon, diesse a otro, todo lo suyo, o gran partida dello, que si despues ouiesse fijo, o fija de su muger legitima, con que casasse despues, que luego que los ha, es reuocada, porende la donacion, e non deue valer en ninguna manera. E si por auentura alguno que ouiesse fijos legitimos, quisiesse fazer donacion a otro, puede lo fazer, en tal manera, que toda via finque en saluo a los fijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte (...) E si el padre fiziere mayor donacion, pueden la reuocar los fijos, fasta en la quantia de la su parte legitima".

219 *Partidas*, [IV, XI, VIII]: "Quien deue dar las dotes.-. (...) Ca quier aya ella algo delo suyo o de otra parte, o non, tenudo es el padre dela casar, e dela dotar. (...) Pero si ella ouiere de quela dar, non es tenudo el abuelo dela dotar si non quisiere delo suyo, mas deue la dotar delo della. Esso mismo seria del visabuelo que touiesse visnieta en su poder";

de la opinión habitual entre los autores, Gregorio López llegará a afirmar que no pudiendo ser la dotación de entidad menor que la cuota de legítima de la hija[220], ni siquiera ésta debería suponer un límite insuperable en consideración al patrimonio paterno, las cualidades de la prometida y el número de hijos del otorgante[221]. Factores a considerar a los que la propia ley añadía la posición económica de los contrayentes[222]. Ahora bien, en estratos sociales más humildes tampoco estaba descartada la posibilidad de que la mujer carente de recursos acudiese al matrimonio sin nada que aportar al sustrato material de la naciente célula conyugal[223].

Claro que la traslación a la práctica de este injertado modelo dotal, asociado, además, a una formulación notarial ajena a la tradición castellana, requerirá de un largo proceso de adaptación en el que, probablemente, cumple una función indispensable su ensamblaje con formas autóctonas de aportación femenina, en particular el ajuar, que acabarán configuran-

[IV, XI, IX]: "Quales deuen ser apremiados de dar dotes alas mugeres, quando las casare e quales non.- (…) Otrosi qual qer ome que tenga en su poderio, o en su guarda alguna manceba, con todo lo suyo, que fuesse ya de edad para casar: pueden lo apremiar que la case, e quel establezça dote, segund fuere la riqueza que auia ella, e la nobleza de aquel con quien la casa. Ca si mas establesciesse por dote, de lo que ouiesse la manceba, non valdria (…)".

220 Glosas (b), «El padre», y (c) «Dotar» a *Partidas,* [IV, XI, VIII].

221 Glosa (c) «A otro» a *Partidas,* [V, IV, VIII].

222 *Partidas*, [VI, VII, V]: "(…) E otrosi, quando el padre quisiesse casar su fija, e la dotasse, segund la riqueza quel ouiesse, e segund que pertenesciesse a ella, e a aquel con quien la queria casar (…)". De la importancia de estos factores se harán eco I. Jordán de Asso y M. de Manuel, *Instituciones del derecho civil*, al aludir que en la fijación de la cuantía de la dote al constituyente, p. 53: "se le podrá apremiar a proporción de sus haberes y condición de aquel con quien casa", y que, p. 54: "la dote se debe regular a las riquezas de la muger, y condición del marido".

223 Eventualidad prevista en *Partidas*, [VI, XIII, VII], donde, además, para evitar el desamparo al que la falta de dote podría condenarla, a la viuda imposibilitada para sostenerse dignamente se le reconoce el derecho a heredar hasta una cuarta parte de los bienes del marido, siempre que su valor no sobrepasase la cantidad de 100 libras de oro, e incluso aunque existiese descendencia: "En quanta parte delos bienes del marido rico puede heredar la muger pobre si casasse sin dote, e non ha de que beuir.- Pagan se los omes alas vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, porende guisada cosa, e derecha es, pues que las aman, e las honrran en su vida, que non finquen desamparadas a su muerte. E por esta razon tuuieron por bien los sabios antiguos, que si el marido non dexasse a tal muger en que pudiesse bien, e honestamente beuir, nin ella lo ouiesse delo suyo que pueda heredar fasta la quarta parte delos bienes del, maguer aya fijos, pero esta quarta parte non deue montar mas de cient libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta ouiesse de lo suyo con que pudiesse beuir honestamente non ha demanda ninguna, en los bienes del finado, en razon desta quarta parte".

do la dote –que habitualmente aparece ligada a términos como «casamiento», que subrayan su carácter causal–, como un tipo de donación nupcial primordialmente dirigida a la subvención de las cargas matrimoniales[224]. Lo cierto es que, fruto, quizás, de una combinación de elementos de ambos sistemas, que vendría propiciada por la propia preferencia dada a la costumbre en las Partidas, pronto la realidad se mostrará esquiva a la pretensión niveladora manifestada en este cuerpo legal, ya que desde las últimas décadas del siglo XIII comienza a apuntar un fenómeno de progresivo y constante crecimiento del volumen de la dote, que va unido a un paralelo retroceso de las arras[225], y que terminará acercando los perfiles de esta, antaño principal, aportación masculina a los de un mero aumento de dote[226]. Esta imparable inflación la convertirá, por añadidura, en un mecanismo esencial dentro del diseño de las estrategias de alianza aristocráticas y, por extensión, en un símbolo de estatus, por lo que devendrá en un requisito imprescindible, y enormemente gravoso, para conseguir un matrimonio respetable. Tendencia que, incluso, prenderá entre los sectores sociales menos favorecidos[227], provocando abundantes problemas y un sinfín de pleitos suscitados por la morosidad o el incumplimiento de lo pactado entre las familias[228].

224 Son planteamientos que defiende con fiable argumentación J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 289-299.

225 Ya hemos mencionado como en referencia a los inicios del siglo XVI, P. Derasse Parra, *Mujer y matrimonio*, pp. 51-52, afirma que su valor suele ser ya cuatro o cinco veces inferior al de la dote. Datos similares los ofrecen I. Beceiro Pita y R. Córdoba de la Llave, *Parentesco, poder*, pp. 184-186.

226 Esta evolución ofrece estrechas concordancias con la descrita para Cataluña -y visible también en otros territorios de la Corona aragonesa- por J. Lalinde Abadía, «Los pactos matrimoniales catalanes (esquema histórico)», en *AHDE*, 33 (1963), 133-266, pp. 194-197.

227 En este contexto, se comprende la proliferación, en los distintos reinos hispánicos, de instituciones asistenciales creadas con el fin de proporcionar recursos a las numerosas mujeres de humilde condición que, de otra forma, nunca hubieran podido escapar al celibato. Acerca de su funcionamiento interesan, M. Rivera Garretas, «La legislación del "Monte delle Doti", en el Quatrocento florentino», en *Las mujeres medievales y su ámbito jurídico*, Madrid, Universidad Autónoma, 1983, 155-173. C. López Alonso, «Mujer medieval y pobreza», en *La condición de la mujer en la edad media*, Madrid, Casa de Velázquez, Universidad Complutense, 1986, 261-272. M. T. Vinyoles, «Ajudes a doncelles pobres a maridar», en M. Rius (dir.), *La pobreza y la asistencia a los pobres en la Cataluña medieval*. Barcelona, CSIC, Institución Milá y Fontanals, 1980, 295-362. R. Gonzálvez, «La fundación de don Alonso de Fonseca, arzobispo de Toledo, para casar doncellas», en *Revista Española de Teología,* 43 (1983), 199-213.

228 I. Beceiro Pita y R. Córdoba de la Llave, *Parentesco, poder*, pp. 184-189.

Obviamente, a medida que se acentuaba esta trayectoria ascendente en la cuantía de la dote, se hacía más necesario delimitar qué fracción del patrimonio familiar podía resultar afectado por ella. Asunto que –lógicamente, sin hacer referencia aún a la dote– había sido abordado en algunos fueros municipales extensos, entre ellos el de Cuenca, que habían determinado la imputación de todas las aportaciones nupciales a la masa hereditaria, apelando como justificación al restablecimiento de la situación de igualdad en las posiciones sucesorias de los hijos[229]. Y es este mismo propósito de equiparación entre los llamados a heredar, más que la simple recuperación de lo donado, el que prevalecía en el Fuero de Alcalá de Henares cuando disponía la entrega a los restantes hermanos de un obsequio compensatorio consistente en la mitad de lo que hubiese sido entregado al hijo varón en forma de gastos nupciales, o a la hija en concepto de ajuar[230].

Estudia estos pleitos, M. V. López-Cordón, «Esponsales, dote y gananciales en los pleitos civiles castellanos: las alegaciones jurídicas», en J. M. Scholz (herausg.), *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz 15. bis 20. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1994, 33-58, en especial pp. 44-46.

229 Es el caso del Fuero de Cuenca, que, no obstante, excusa el deber de colacionar en el supuesto de que el volumen del caudal relicto fuese suficiente para igualar al resto de los descendientes que no fueron dotados por adelantado. *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 22]: "De donis que pater aut mater filiis suis dederint in die nuptiarum.- Cun parentes filiis, aut filiabus suis nupcias fecerint, quicquid eis dederint, ratum habeatur, si ceteri fratres de tot reintegrare potuerint. Quia cum ad particionem uenerint, pariter debent habere ea que parentum decessorum fuerint. Si in die particionis alii fratres, qui nondum acceperant, non habuerint unde possint reintegrari, tradant ad particionem quantum de subera sui parentis pre aliis habuerant, ut ita parificari possint tamen prius omnibus debitis solutis, sicut dictum est". Preceptos similares en *Fuero latino de Teruel*, [331]. *Fuero de Zorita de los Canes*, [206]. *Fuero de Iznatoraf*, [199]; *Fuero de Béjar*, [255]; Fuero de Plasencia, [477]. *Fuero de Alcaraz*, [III, 96]. *Fuero de Alarcón*, [190]. *Fuero de Baeza*, [203]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [193]; *Fuero de Huete*, [164]. El *Fuero romance de Teruel*, [438], introduce la novedad de permitir la entrega de sólo la mitad, aplazando hasta la muerte del supérstite la obligatoriedad de completar la devolución: "(...) si aquellos hermanos que se deuieren entregar en la possesion del un padre muerto non se pueden entregar, assí que a los otros hermanos se puedan egualar, entreguen se tan solamientre de la meytad e por la otra meytad esperen se fasta la muert del padre biuo. Mas quando aquel padre biuo muriere, entreguen se de la otra meytad romanient".

230 En el caso de la hija, ésta deberá devolver la mitad de lo recibido al producirse el fallecimiento de cada uno de sus progenitores. Si el valor del ajuar no hubiera sido tasado, tendrá que llevarlo íntegro a la partición, pero si ya no dispusiese de los bienes que lo componían, su valor estimado será el que tenían en el momento de obtenerlas, siéndole detraída tal cantidad de su porción hereditaria con preferencia de los muebles sobre los raíces. *Fuero de Alcalá de Henares*, [76]: "Padre o madre que filia casare, lassuvar quel dieren, si fore apreciado e muriere padre o madre, entreguense los hermanos, cada uno en

Una solución que también se adoptará en el Fuero Real[231] y, con más desarrollada regulación, en el Fuero de Soria, donde, puesto en relación con el juego de las mejoras, que suponían la excepción a su aplicación, este régimen, aparentemente, se hacía extensible a otras donaciones no estrictamente ligadas al matrimonio y también a las transferencias materiales hechas de abuelos a nietos, las cuales eran acompañadas de medidas precautorias contra el posible empleo de este recurso como vía fraudulenta para mejorar al padre del receptor[232]. Por último, esta realidad también muestra su reflejo en la costumbre jurídica nobiliaria castellana, en la que, sin embargo, el trámite de la colación de estas donaciones no parece que fuese exigible en toda circunstancia, sino únicamente cuando así lo reclamasen los hermanos no dotados en el momento de la partición, por no ser suficientes los bienes divisibles para lograr el equilibrio entre ellos, si bien se abría un resquicio para la introducción de la mejora del hijo, pero en una cantidad no superior a cinco sueldos, y se aceptaba plenamente la

la meitad; e quando muriere el otro pariente, entreguense cada uno de los hermanos en la otra medietad; e si non fore apreciado, qual que fore, tal lo de a partición, si lo oviere; e si mal metido lo oviere e no lo oviere, quanto valie el día que levo tanto se entreguen los hermanos. Et cada entrega sea del moble; et si non oviere moble, exeat de la raiz (…)".

231 *Fuero Real*, [3, 6, 14]: "Toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fiios en casamiento sea tenido el fiio de lo adozir a particion con los otros hermanos depués de la muerte del padre o de la madre que ge lo dio; et si amos ge lo dieron de consouno e el uno dellos muriere, el fiio sea tenido de tornar a partición la meetat de lo quel dieron en casamiento, e si amos murieren, torne todo quantol dieron a partición con los hermanos".

232 *Fuero de Soria*, [330]: "Toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fijos en casamiento o en otra manera, saluo si gelo diere por meioria en aquella guysa que manda el fuero (…) sea tenido el fijo de lo adozir a partiçion con los otros hermanos despues dela muerte del padre o de la madre que gelo dio. Et si amos ge lo dieren de consuuno et el uno de ellos muriere, el fijo ssea tenido de tornar a partiçion la meatad (…) Et si amos murieren, todo quantol dieren tornelo a partiçion con los otros hermanos. Et si non lo ouiere de que tornar o non pudiere, ssea apreçiado segund la quantia del tiempo quel fue dado; et si ouiere y en que, entreguen se los otros hermenos en sendos tantos et lo otro que fincare partan lo segund el fuero (…) et si non ouiere de que, finque con aquello que leuo, et los otros hermanos partan lo que fallaren. Esto mismo ssea de lo que el auuelo o el auuela o amos en uno dieren a alguno de sus nietos en casamiento o en otra manera, el padre o la madre, de qual parte los ouieren los auuelos, seyendo muerto, que sea tenido de lo adozir a partiçion con los otros hermanos et con sus tios (…) Et por que de derecho los fijos egual mientre deuen heredar los bienes del padre et de la madre, et el padre et la madre non puedan dar mas al un fijo que al otro, si non por meioria en aquella quantia que dicho es. Los auelos entendiendo esto, danlo al nieto o alos nietos seyendo el padre biuo, a fuerça que finque con ello et que lo non tornen apartiçion si les fuere demandado; et por que esto tal es fecho engannosa mientre, si les dado fuere, non vala".

del nieto[233]. El Fuero Viejo de Castilla ofrece, además, la peculiaridad de que se autorizaba al padre o a la madre para que ampliase la dotación del hijo o de la hija que fuera a casarse o a oficiar su primera misa, con una suma en oro o en dinero no colacionable, pero con las condiciones de que el motivo de dársela no residiese en que se hallase enfermo y de que si la otorgase a la hora de la muerte, tal gratificación extraordinaria no excediese de su quinto de libre disposición[234].

Separándose de esta tradición, con las Partidas asistimos a la resurrección de la vieja distinción presente en el derecho justinianeo entre las donaciones simples, que no estaban sujetas al deber de colacionar, excepto cuando las realizadas a favor de otros hermanos en razón de su matrimonio les hubiesen sido contabilizadas a éstos en su respectiva porción hereditaria, y, por otro lado, la dote, las arras y la donación entregada por los padres a los hijos con ocasión de su casamiento, que sí habrían de entrar en el cálculo de su cuota hereditaria, a menos que el progenitor manifestase, oralmente o en su testamento, su voluntad contraria a que fuesen computadas, no debiendo tampoco volver a integrarse en la masa objeto de partición cuando a la herencia concurriesen personas extrañas a su círculo de parentesco[235]. De igual modo, la in-

233 *Libro de los Fueros de Castiella*, [125]: "Esto es por fuero. Que si padre o madre dan a fijo heredat o rropa en casamiento o coçedras o savanas o otra tal rropa o colchas o otra rropa que sea de yazer, e oviere otros fijos et otras fijas que sean tiempo (...) et viene a tiempo que muere el padre o la madre e demandan los otros fijos que adugan la heredat apartiçion o la rropa, o si non entérguese cada uno de senos tantos si oviere de qué; et si non oviere de qué, que aduga la heredat o la rropa a partiçion qual fuere usada e con su salva que aquella es la rropa e non an más de aquella. Ca non puede dar padre nin madre más a un fijo que a otro más de çinco sueldos; mas, puede dar a nietos o a nietas un donadío qual quisiere, sacadas las mejores casas. Et si non oviere más de unas casas, puede dar la meatad o el terçio o el quarto (...)".

234 *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 3, 6]: "(...) Mas, sy en casamiento dieren al fijo o a la fija oro o dineros o ayuda de escuela, o quando cantare misa, lo que el madre o la madre dieren en esta guysa a qualquier de los fijos dévelo aver al que lo diere por fuero, e non es tenudo de lo traer a partición. Et esto se entiende que lo pueda fazer el padre o la madre, seyendo sanos, e non despues que fueren alechigados de enfermedat, nin a la ora de la muerte; non puede dar más a un fijo que a otro ninguna cosa, salvo el quinto de todos sus bienes que pueda dexar por su alma a quien quisiere".

235 *Partidas,* [VI, XV, III]: "Quales ganancias es tenudo el vn hermano de partir con el otro.- Todas las cosas que el fijo ganare en mercaderia con el auer de su padre, seyendo en su poder, todas las deue aduzir a partición con los otros bienes que fueron de su padre, e partir las con los otros hermanos. Otrosi dezimos, que la dote o el arra o la donación, que el padre diere en casamiento a alguno de sus fijos se deue contar en la parte de aquel a quien fue dada: fueras ende, si el padre dixesse señaladamente quando gela daua,

vocación al respeto a la legítima de los coherederos formulada en este mismo texto legal tropezará con la resistencia de los juristas castellanos a suscribir dicha vinculación, que también resultará desmentida por la existencia de diversas noticias documentales que evidencian cómo la dotación de las hijas, a veces diferente en magnitud entre las hermanas, no siempre llevaba aparejada una exclusión compensatoria de la herencia[236], que, en contraste, si parece empezar a operar en las últimas centurias medievales entre las capas nobiliarias y las oligarquías urbanas, al cobijo de su adopción de pautas sucesorias de primogenitura masculina, protectoras de la indivisibilidad del patrimonio inmobiliario familiar[237].

La asociación de la dote a la cuota de legítima, defendida por la doctrina del *ius commune,* vendrá a ser confirmada por la ley 29 de Toro, que –como ya vimos–, impone a los hijos, o a sus herederos, el deber de

o en su testamento, que non queria que gela contassen en su parte. E esto ha logar quando los hermanos tan solamente heredan los bienes de su padre, o de su madre. Mas si otro extraño fuesse establescido con ellos por heredero, estonce las ganancias sobredichas, o las donaciones, o dotes que fuesen dadas a los hermanos: non las deuen meter en particion con los estraños, nin las deuen contar su parte con ellos"; [VI, XV, IV]: "Como las donaciones que el padre faze en su vida a algund su fijo si deuen ser contadas en su parte o non.- En su vida faziendo donación el padre a su fijo, que estuuiesse en su poder, si despues non la reuocare fasta su muerte, este fijo aura la donacion que desta guisa le fuere fecha libre e quita: e non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la particion: fueras ende, si el padre ouiesse dado en casamiento a los otros hermanos alguna cosa segund dize en la ley ante desta. Ca si este fijo atal quisiesse contar a los otros hermanos en sus partes, las donaciones que el padre les fiziera, en razon de casamiento: estonce dezimos, que sea otrosi contada en su parte la donacion que el padre fizo a el en su vida. E esto es por que se guarde egualdad entre ellos. Pero si el padre fiziesse tan grand donacion al vno de sus fijos, que los otros sus hermanos non pudiessen auer la su parte legitima, en lo al que fincasse: dezimos, que estonce deuen menguar tanto de la donacion, fasta que puedan ser entregados los hermanos de la su parte legitima que deuen auer".

236 J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 302-304. Datos que corroboran cómo las hijas dotadas podían, no solamente ser después llamadas a heredar, sino incluso mejoradas los ofrece J. Á. Solórzano Telechea, «La villa de las "buenas dueñas honradas": la condición de las mujeres en el Santander medieval», en *Edades. Revista de Historia*, 5 (1999), 23-46, pp. 29-33. Este mismo autor señala como su exclusión de la herencia podía ser evitada mediante el recurso a expedientes como el mayorazgo, la mejora del hijo primogénito o las cláusulas restrictivas del usufructo del viudo sobre la dote femenina.

237 Mª. C. Gerbet, *La noblesse dans le royaume de Castille. Etude sur structures sociales en Extremadure de 1454 à 1516*, París, 1979 (hay traducción castellana, Cáceres, El Brocense, 1989), pp. 178-184; Mª Carmen Carlé, «Apuntes sobre el matrimonio en la edad media española», en *Cuadernos de Historia de España*, 63-64 (1980), 115-177, p. 160; Mª. Asenjo González, «La mujer y su entorno social en el Fuero de Soria», en *Las mujeres medievales*, 45-57, p. 55.

traer a colación y partición la *donatio*, la dote y el resto de las donaciones recibidas de aquél ascendiente a cuya herencia hubiesen sido convocados, si bien también se les permite renunciar a esa llamada y retener dichas asignaciones; pero ello siempre que no fuesen tachadas de inoficiosas, por desbordar la frontera delimitadora de sus derechos hereditarios, que viene determinada por la suma de las cuantías de la legítima, el tercio de mejora y el quinto de libre disposición, en cuyo caso, el exceso deberá ser devuelto para ser repartido entre los coherederos. Un privilegio que, no obstante, beneficia a la hija dotada es la alternativa que se le ofrece de referir la valoración de la dote, a fin de poder comprobar su adecuación o no al límite señalado, bien al momento del fallecimiento del causante, como es la regla general respecto a las demás donaciones, o bien al de su constitución[238]. Conviene hacer alusión, además, aunque su contenido es más puramente sucesorio, a la ley 22, donde se dispone que si el padre o la madre u otro ascendiente hubiese prometido a alguno de los descendientes la mejora del tercio y del quinto por vía de casamiento, o por cualquier otra causa onerosa, estarán obligados a cumplir su palabra, teniéndose la mejora por realizada si a la hora de su muerte todavía no hubiese satisfecho su compromiso[239]. Y a su vez, la ley 17 perfila como irrevocable

238 *Leyes de Toro*, [29] "Quando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colación y partición la dote y donación *propter nupcias*, y las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar: pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inofficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que la recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes; puesto que sea durante el matrimonio, á tornar á los otros herederos del Testador aquello en que son inofficiosas, para que lo partan entre sí, y para se decir la tal dote inofficiosa, se mire á lo que excede de su legitima, y tercio y quinto de mejoria: en caso que el que la dio podia hacer la dicha mejoria quando hizo la dicha donación, ó dio la dicha dote, aviendo consideración al valor de los bienes del que dio ó prometió la dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dio la dicha dote, ó la prometió, do más quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida ó mandada: pero las otras donaciones que se dieren á los hijos: mandamos que para se decir inofficiosas se aya consideración á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte". *Nueva Recopilación*, [5, 8, 3]. *Novísima Recopilación*, [10, 3, 5].

239 *Leyes de Toro*, [22]: "Si el padre ó la madre, ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos, de no mejorar á alguno de sus hijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura publica, en tal caso no pueda hacer la dicha mejoria de tercio ni de quinto, y si la hiciere que no vala: y asimismo mandamos que si prometió el padre ó la madre, ó algunos ascendientes de mejorar alguno de sus hijos ó descendientes en el dicho tercio y quinto por via de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean

esta clase de mejora, a no ser que quien la instituyó se hubiese reservado expresamente en el contrato la facultad de invalidarla[240].

Estos tres preceptos resultarían, sin embargo, corregidos por la citada pragmática de 1534, que buscando evitar los perjuicios acarreados a los demás coherederos y, probablemente aún más, prevenir la ruina de las grandes familias, derogó taxativamente la posibilidad de mejorar a la hija, de manera expresa o tácita, en el tercio y el quinto por razón de dote o casamiento mediante un contrato *inter vivos*. Según Llamas y Molina, la petición de las Cortes había ido encaminada en el sentido de impedir que se pudiese dar en dote a las hijas más de lo que les correspondería en concepto de legítima, si al tiempo de su constitución se procediese a la partición de los bienes de quien las dotaba[241]. Pero no fue ésta la dirección de la solución arbitrada, consistente en acotar la cuantía de la dote en función de una escala, que era organizada –obviamente, pensando en niveles de fortuna propios de familias aristocráticas o muy acaudaladas–, en relación con la renta, estimada en metálico, producida por el patrimonio paterno en el momento de su entrega o de su promesa[242]. Lo que suponía

obligados á lo cumplir y hacer, y sino lo hicieren, que pasados los dias de su vida la dicha mejoria ó mejorias de tercio y quinto sean habidas por hechas". *Nueva Recopilación*, [5, 6, 6]. *Novísima Recopilación*, [10, 6, 6].

240 *Leyes de Toro*, [17]: "(…) ó el dicho contrato se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero asi como por via de casamiento, ó por otra cosa semejante, que en estos casos, mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar sin reservarse el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar, ó por alguna causa que según leyes de nuestros reynos las donaciones perfectas, y con derecho fechas se pueden revocar". *Nueva Recopilación*, [5, 6, 1]. *Novísima Recopilación*, [10, 6, 1].

241 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 29, pp. 558-559, núms. 153-154. Parece ser que el problema de las dotes desmedidas, constituidas por encima del valor de la legítima, denunciado ya en las Cortes de Burgos de 1515 y en las de Madrid de 1528 (*Cortes de León y Castilla*, 4, Cortes de Burgos de 1515, petición 3, pp. 251-252, y Cortes de Madrid de 1528, petición 118, p. 505), se había agravado en los años inmediatamente precedentes a la reunión de Cortes de Madrid de1534, tal como lo indicaba el propio Carlos I: "Atenta la desorden y daños, que somos informados que se han recrecido y recrecen de las dotes excessiuas que se prometen", *Cortes de Castilla y León,* 4, Cortes de Madrid de 1534, petición 101, p. 611, y *Nueva Recopilación*, [5, 2, 1].Véase J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 385.

242 Citaré por *Nueva Recopilación*, [5, 2, 1]: "(…) Mandamos, que de aqui adelante en el dar, y prometer de las dichas dotes se tenga, y guarde la manera y orden siguiente: Que qualquier Cauallero, o persona que tuuiere docientas mil marauedis, y dende arriba, hasta quinientas mil marauedis de renta, pueda dar en dote a cada vna de sus hijas legitimas hasta vn quento de marauedis, y no mas , y que el que tuuiere menos de las dichas doscientas mil marauedis de renta, no pueda dar, ni de en dote arriba de seiscientas mil

sustraer a la hija la facultad de elegir que su apreciación se realizase cuando aconteciese la muerte del padre, que le reconocía la ley 29 de Toro[243]. Además, el nuevo régimen implantado adolecía de serias deficiencias, ya que no se tenía en cuenta el número de hijas susceptibles de ser dotadas y, por otra parte, al supeditarla a un criterio tan variable y difícil de evaluar como la renta devengada en un período muy concreto, sembraba de complicaciones la fijación exacta del monto de la dote. Por eso, denunciando la ambigüedad de esta norma, que se prestaba a una amplia diversidad de interpretaciones y daba pie a abundantes controversias judiciales, provocadas, principalmente, por el frecuente recurso interesado a continuar considerando el volumen de la legítima respecto a aquél de los dos tiempos contemplados en la ley 29[244] en el que la dote adquiría un valor superior, en sucesivas reuniones de Cortes[245] se seguiría reclamando una aclaración de la contradicción fabricada por la coexistencia de ambos preceptos, que, para mayor confusión, fueron simultáneamente recogidos en la Nueva Recopilación. Solicitud que tampoco sería atendida en la mencionada

marauedis, y que el que passare de las dichas quinientas mil marauedis, hasta un quento y quatrocientos mil marauedis de renta, pueda dar hasta un quento y medio de marauedis, y que el que tuuiere quento y medio de renta, y dende arriba, pueda dar en dote a cada vna de las hijas legitimas que tuuiere la renta de vn año, y no mas, con que pueda exceder de doze quentos de marauedis, no embargante que la dicha su renta de vn año sea mas de los dichos doze quentos en qualquiera cantidad (...)". *Novísima Recopilación*, [10, 3, 6]. A partir de este precepto, podemos reconstruir, pues, la siguiente escala: 1. Para una renta inferior a doscientos mil maravedíes, se situaba el tope en seiscientos mil maravedíes. 2. Si estuviese entre doscientos y quinientos mil maravedíes, sería de un millón de maravedíes. 3. Cuando se hallase entre quinientos mil y un millón cuatrocientos mil, se fijaba en un millón y medio. 4. En rentas superiores al millón y medio de maravedíes, se podía dar a cada hija legítima la renta de un año, siempre que no excediese de doce millones. Con lo cual, como señala J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 389: "La dote en estos casos se convertía, de hecho, en una obligación dineraria tasada –un crédito a favor del marido-, lo que se comprende si se tiene en cuenta que eran estos grupos sociales los que contaban con patrimonios inmuebles amortizados por mayorazgo".

243 No obstante, Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 407, constata como en algunas cartas de dote por ella manejadas no es inusual que, pese a haber sido estimada según el valor de la legítima en el momento de celebrarse el matrimonio, si al fallecer el otorgante se comprobase que su entidad podría ser mayor a la entregada, se le abone la diferencia mediante una escritura de aumento de dote.

244 Todavía muy avanzado el siglo XVIII, J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 29, p. 175, se hacía eco de la persistencia de esta práctica fraudulenta.

245 Quejas de este tipo se plantearon en las Cortes de Valladolid de 1555 y 1558, *Cortes de León y Castilla*, 5, pp. 664-665, petición 74, y p. 750, petición 30, respectivamente. Citado por J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 408-409.

pragmática de 1623, en la que, simplemente, se ratificaba lo dispuesto en el año 1534, con el añadido, ya mencionado, de otras medidas orientadas a asegurar su acatamiento, incluida la exigencia de que el contenido de cada acuerdo de dote fuese escriturado ante un escribano público[246].

A la vista de las fisuras observables en la secuencia normativa destinada a fijar la cuantía de la aportación femenina, se antoja comprensible que su interpretación doctrinal tomase caminos divergentes, en ocasiones moviéndose, incluso, a contramano de lo dispuesto tanto en las leyes de Toro como en la pragmática de 1534. Extremo que, como hemos adelantado, ilustrará Gregorio López cuando, importando principios del *ius commune*, postule la subordinación de la dimensión máxima alcanzable por la dote al derecho de legítima, pero modulada por las virtudes de la hija, la fortuna paterna y el número de hijos llamados a heredarla[247]. Con lo que se apartaba de la opinión de Palacios Rubios, quien, aferrado aún a nociones jurídicas medievales, había identificado la dote con el derecho de alimentos que asistía a la hija que todavía se hallase sujeta a la potestad paterna, y que se proveía con cargo al patrimonio familiar, siendo objetivamente calculable a partir de la condición socio-económica del progenitor, quien sólo en el caso de que ella consintiese que se integrase con sus propias pertenencias –por él administradas–, podría eludir el deber que le competía de dotarla[248]. Desde los inicios del siglo XVI comienza a

246 Al respecto, advierte Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 407, que, pese a la existencia de este mandato, son escasos los contratos de constitución de dote conservados, debido a que la práctica habitual, cuando el arreglo no resultaba problemático, era formalizarlos privadamente, sin la participación del fedatario público.

247 Glosas (b), «El padre», y (c), «Dotar», a Partidas, [IV, XI, VII], y glosa (c), «A otro», a [V, IV, VIII]. La atención a criterios de esta índole no es exclusiva del célebre comentarista de las Partidas, ya que el propio A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fol. 316, núm. 19, refiriéndose a la dote prometida sin especificación de contenido, señala que su composición deberá ser decidida por el juez, en consideración a la calidad y el género de las personas, el lugar y las fortunas de los intervinientes. *Cfr*. Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, pp. 172 y 299-300.

248 Deber que descansaría en un doble fundamento: la necesidad, presente en toda obra piadosa hecha a favor de personas carentes de recursos propios, y la legalidad, que traslada al juez la tarea de exigirla de oficio ante la inhibición del padre. Pero que admitirá su excusación en dos supuestos: cuando la hija se casase a falta del consentimiento paterno, lo que era causa de desheredación, y cuando contase con bienes propios suficientes. J. López de Palacios Rubios, *Comentaria et Repetitio*, p. 331, núm. 9. Otros pasajes que interesan: p. 289, núm 18, p. 319, núm. 5, p. 320, núms. 8-10, p. 330, núm. 6, y pp. 324-326. Sobre este punto, J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 367-370.

vislumbrarse, sin embargo, como esta concepción va cediendo terreno[249] ante una conexión entre dote y legítima basada, sobre todo a partir de la obligación de colacionarla en el caudal relicto del padre impuesta por la ley 29 de Toro, en la presunción de que necesariamente habría de extraerse a cuenta de la parte que a la hija habría de tocarle en su herencia futura[250]. Y ello justifica la creciente presencia documental de renuncias, mediante juramento, a cualquier otra participación en la misma, protagonizadas, especialmente entre las élites aristocráticas y en salvaguarda de la riqueza territorial del linaje, por hijas ya casadas y dotadas[251]. Pues, en efecto, triunfa la idea de que la responsabilidad legal que pesaba sobre el padre, o sobre la madre viuda, o en última instancia sobre los propios poderes públicos, de detraer un lote sustancial de la propiedad familiar como contribución al sostenimiento material de la nueva sociedad conyugal formada por la hija no podía comportar un menoscabo de las expectativas sucesorias que, particularmente sobre el caudal de bienes raíces, albergaban los demás herederos. Otra cosa distinta es que el límite adscrito a la legítima resultase vulnerado debido a la propia generosidad en la concesión de dispensas por parte de la Cámara real[252]; o que algunos autores, como Ayerve de Ayora, entendiesen que cabía dotar en cantidad superior a la legítima estricta definida en 1534, hasta completar la denominada legítima larga, resultante de sumar a la anterior la porción equitativa que debía corresponderle a la hija, junto al resto de los herederos, del tercio de mejora, cuando éste no hubiese sido adjudicado por el padre a alguno de sus hermanos varones[253]. Proposición que sería tajantemente rebatida por

249 La diferencia entre ambas instituciones la percibe muy claramente A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fol. 317, núm. 23, al señalar que, mientras que los alimentos se prestan en subsidio al hijo que no tiene otra cosa de que mantenerse, la dote sirve a la utilidad pública de que las mujeres puedan casarse, no dependiendo, por tanto, de que tengan o no bienes propios, pues se entiende que debe sacarse siempre de las pertenencias paternas.

250 No faltará algún autor que admita que, existiendo un acusado desequilibrio en las respectivas fortunas de los padres a favor de la madre, será sobre las propiedades de ésta sobre las que debería recaer el pago de la dote. F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l. 51 [sic], fol. 244r, núm. 11.

251 No obstante, la eficacia de la renuncia era relativa, pues solamente se consideraba válida cuando ya era conocido el contenido del testamento, de tal modo que si con posterioridad a realizarla aumentase la legítima de la hija, ésta estaría facultada para reclamar la diferencia. F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l. 51 [sic], fol. 245v, núm. 25.

252 Abuso contra el que protestaron las Cortes de Valladolid de 1555, *Cortes de León y Castilla*, petición 5, pp. 664-665.

253 Si, por el contrario, el progenitor hubiese dispuesto del tercio de mejora, a

otro importante sector doctrinal, encabezado, en principio, por Gaspar de Baeza, que en su influyente comentario a la disposición regia de 1534, además de defender la universalidad de esta ley frente a quienes la creían aplicable solamente a la nobleza, negará cualquier posibilidad de mejora a través de la dote, por considerarla destructiva de las economías familiares y contraria a la moral publica[254]. Y después por Alfonso de Acevedo, que a tales razones añadirá el carácter fraudulento del acogimiento a la legítima larga y una precisión de notable trascendencia posterior, según la cual, la dote entregada como tal se imputaba a la legítima, mientras que si se hacía por vía de donación afectaba primero al tercio y el quinto, y únicamente en lo que sobrepasase a éstos, a la legítima[255]. Con todo, la pauta general fue, en adelante, progresivamente restrictiva, lo que no impidió que todavía a principios del siglo XIX se continuase mejorando a las hijas por el cauce testamentario, aunque sí parece que ganó en cumplimiento la prohibición de que se hiciese mediante contrato entre vivos,[256] lo que, indirectamente, significaba desairar lo establecido en 1534, al trasladar el momento de valoración de la dote al de fallecimiento del otorgante. Cuestión que, no obstante, todavía avanzado el siglo agitaba la polémica doctrinal[257].

Menos controvertida sería, en fin, la cuestión de si la reclamación del exceso de la dote inoficiosa por los hermanos de la mujer debía aplazarse hasta acaecer la disolución de su matrimonio, por constituir un contrato

su muerte la hija dotada debería retornar su dote a partición y restituir el exceso de su legítima estricta. A. Ayerve de Ayora, *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et filios ac haeredes forum*. Granada, Rene Rabat y Nicolás Hospin, 1586, q. 27, fols. 152v-153r, núms. 89-90. Citado por J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 411-412.

254 G. de Baeza, «De non meliorandis ratione dotis filiabus», en *Opera Omnia*, Madrid, Ludouicum Sanctium, 1592, cap. 2, fols. 12r-12v, núms. 25-27. Al propugnar la eficacia *erga omnes* de la pragmática (cap. 4, fol. 17r, núm. 4), ratificada luego en las Cortes de Madrid de 1573 (petición 37), venía a oponerse a posturas como la de Pedro Núñez de Avendaño, *De exequendis mandatis regum Hispaniae. Cum novissimi accesionibus et legum novae recopilatas quae rectoribus civitas dantur*, Nápoles, Tarquinio Longhi, 1620, cap. 17, núm. 7, para quien solamente iba dirigida a los grupos nobiliarios. Citas que tomo de J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 390, 404-405, 408.

255 A. de Acevedo, *Comentarii iuris*, III, NR, [5, 2, 1], fols. 34-35, núms. 15 y 17.

256 Así lo apuntaba S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 29, p. 560, núms. 157 y 161.

257 Lo prueba el artículo de C. Población Fernández, «De la dote inoficiosa», en *RGLJ*, 13 (1858), 61-72, en el que se concluía que el derecho de elegir contemplado en la ley 29 de Toro se había extinguido por completo con la ley de 1534.

oneroso para el marido, que había sido la postura imperante entre los tratadistas del *ius commune*[258], o bien, como se desprendía de la literalidad misma de la ley 29, podía ser planteada mientras aún permaneciese viva su relación conyugal, que será la interpretación casi unánimemente suscrita, con apoyo en diferentes argumentos, por los comentaristas de la ley[259].

b. Bienes que entran en su composición

Para cerrar este capítulo referido a las modificaciones introducidas en el régimen de la dote por el ordenamiento de Toro será necesario retomar la ley 53, relativa a la naturaleza de los bienes susceptibles de integrarla. Un asunto sobre el que no se habían pronunciado las Partidas, que aparentemente habían dejado al concedente una plena libertad de decisión, tanto respecto a los bienes muebles como a los inmuebles, con la única excepción de que quien la otorgase fuese una joven menor de veinticinco años, pues entonces, para incluir en la misma bienes raíces ésta precisaría una autorización judicial, bastando, por el contrario, si estuviese formada solamente por cosas muebles, la aprobación de la persona que la tuviese bajo su guarda[260]. Hay que destacar, además, el rescate de la antigua figura romana de la *aestimatio dotis,* consistente en el inventario

258 Pero de la que todavía se hace eco J. López de Palacios Rubios, *Comentaria et Repetitio*, III, p. 356, cap. 22, núm. 10, y cap. 24, núm. 3.

259 Por ejemplo, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 29, fol. 131, núm. 34, basará su alineamiento en esta posición en la idea de que los hermanos poseen, no un mero derecho de crédito sobre la dote, sino un auténtico derecho real sobre la legítima de su padres, que prevalece sobre el derecho del marido.

260 *Partidas*, [IV, XI, XIV]: "De que cosa se pueden dar las dotes.- Asignada o establescida puede ser la dote, tan bien en las cosas, que son llamadas rayz, como en las que son dichas mueble, de qual natura quier que sean. Pero si la muger quisiesse dar dote a su marido, de cosa que fuesse rayz, si ella fuesse menor de veynte e cinco años, non lo puede fazer por si maguer ouiesse guardador, amenos delo fazer saber al juez de aquel logar, que gelo otorgue. Mas si quisiesse dar la dote de las cosas muebles, puede lo fazer, con consentimiento de aquel que ha enguarda a ella, e a sus cosas, e non ha por que lo dezir al juez del logar": No obstante, Gregorio López, glosa (i) «Muebles», entenderá que también cuando estuviese compuesta de una importante suma monetaria o de bienes muebles de gran valor sería preciso un pronunciamiento judicial. En el concepto de bienes muebles entiende J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Dote», p. 725, incluidos semovientes, créditos, derechos y acciones, admitiendo incluso que en la dote se integrasen los créditos que la mujer u otra persona tuvieren contra el marido. A su vez, I. Jordan de Asso, M. de Manuel, *Instituciones*, pp. 52-53, admitirían, con base en Partidas [IV, XI; XIV], que

y la apreciación negociada de cada uno de los elementos que componen la dote en prevención de posibles fraudes o conflictos, o de futuros imprevistos que, amén de causar venta por el precio de valoración[261], tendrá como principal efecto el de traspasar de la mujer –sobre quien penderá en el caso de ser inestimada–, al marido el riesgo de la pérdida de esta aportación, a no ser que no existiese culpa por su parte, pues entonces, como recordase Gregorio López, la costumbre castellana determinaba que los deterioros que sufriese constante matrimonio se indemnizasen con cargo a los gananciales[262].

Precisamente, esta última advertencia nos permite conectar con el sentido de lo dispuesto en la ley 53 de Toro. Como en el siguiente capítulo analizaremos, la costumbre jurídica castellana bajomedieval había organizado su regulación del régimen económico matrimonial sobre la base de

la dote consista en una deuda a favor de la mujer, requiriendo al respecto que el deudor reconociese la deuda y prometiese pagarla al marido.

261 *Partidas*, [IV, XI, XVI]: "Quales dotes pueden ser apreciadas quando las dieren, e si ouieren engaño en el apreciamiento quando deue ser desfecho.- Apreciada puede ser la dote, quando la establesce, o puede ser que la non apreciaron. E apreciada seria, como quando dixesse el que la da: do vos tal casa, o tal viña en dote, e apreciola en cient marauedis. E non seria apreciada, como si dixesse simplemente, el que la da, do vos tal heredad, o tal casa en dote. E si la dote fuesse apreciada, segund que es sobredicho, e la apreciassen por mas, o por menos, delo que valiesse, si se sentiere por engañado alguno dellos, puede demandar que sea desfecho el engaño, tan bien el que da la dote, como el que la recibe. E esto se entiende que deue ser guardado enla dote tan solamente. Ca en quanto quier que sea fecho el engaño, en mas, o en menos delo que vale la cosa, siempre deue ser desfecho, mostrando el engaño, segund que es dicho, aquel que se tiene por engañado. Mas esto non es en los otros pleytos. Ca non es tenudo de desfazer el engaño el que lo fiziesse, fueras ende si montasse mas o menos dotro tanto del precio derecho que valia la cosa. E esto seria como si alguno vendiesse la cosa que valia veynte marauedis, por quarenta e vno o la que valia quarenta por diez e nueue". Como privilegio de la dote apreciada, señalaban I. Jordan de Asso y M. de Manuel, *Instituciones*, p. 53 que en todo tiempo podría ser restituido el daño padecido por error en el precio, tanto del que diese como del que recibiese. Por su parte, apartándose de los doctores del *ius commune*, que derivaban de la dote estimada la presunción de que mediaba compraventa por el marido, D. de Covarrubias, «De Matrimonio», *Opera omnia*, III, cap. 28, p. 622, núm. 3, consideraba imprescindible que ambos cónyuges manifestasen expresamente en el contrato su voluntad de justipreciar la dote. En igual sentido Gregorio López en su glosa (e), «Quando dixesse» a esta misma ley. Por el contrario, en pleno apogeo ya de una economía dineraria, J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Dote», p. 726, manejará la presunción contraria, al requerir la declaración explícita o virtual de los consortes de no desear el efecto de venta indefectiblemente ligado a la estimación de la dote para que éste no se presuponga.

262 Gregorio López, glosas (h), «El pro e el daño», y (b), «O estimada no fuesse» a *Partidas*, [IV, XI, XVIII].

la atribución de un carácter ganancial tanto a los beneficios devengados por la sociedad conyugal, como a las cargas y las deudas gravitantes sobre ella. Y en igual dirección apuntarán diversos preceptos legales enunciados a partir del presupuesto de la vigencia general de este sistema de copropiedad de lo adquirido. No en vano, como ha subrayado M. I. Cobo, los fines primordiales de la sociedad de gananciales descansan, de un lado, en el sostenimiento de los miembros de la familia, y del otro, en la asunción de las responsabilidades contraídas frente a terceros en atención al cumplimiento de dicho objetivo primordial[263], si bien –cabría añadir–, cuando su virtualidad se despliega en toda su extensión es cuando acontece su disolución. Naturalmente, de este planteamiento se deduce que entre tales obligaciones deben contarse la educación y el alimento de la prole y el pago de las arras y de la dote asignados a los hijos que se disponen a contraer matrimonio y a fundar un nuevo núcleo doméstico. Sin embargo, no encontramos en los textos legales declaraciones explícitas que ratifiquen este extremo. Así, la única vaga referencia que descubrimos en el Fuero Real alude a la posibilidad –y no al deber–, de que el padre, la madre o ambos «de consuno» diesen alguna cosa a uno de sus hijos en casamiento, demandándose que después fuese colacionada en la herencia del progenitor que se la entregó, o en la paterna y la materna por mitades cuando ambos lo hubiesen hecho conjuntamente[264]. Vaguedad que se convierte en silencio en las Partidas, donde el mecanismo dotal, concebido en su antiguo origen romano al servicio de unas pautas de separación de bienes, no presenta trabazón alguna con un régimen de gananciales de muy discutida presencia en este gran código alfonsino[265].

263 M. I. Cobo, *Los bienes gananciales en el reino de Castilla (siglos XIII al XVII)*, Logroño, IDECSA, 1989, p. 115.

264 *Fuero Real*, [3, 6, 14]: "Toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fiios en casamiento sea tenido el fiio de lo adozir a partición con los otros hermanos depués de la muerte del padre o de la madre que ge lo dio; et si amos ge lo dieron de consouno e el uno dellos muriere, el fiio sea tenido de tornar a partición la meetat de lo quel dieron en casamiento, e si amos murieren, torne todo quantol dieron a partición con los hermanos".

265 La ausencia de referencias a este sistema no comportaba según F. Cárdenas y Espejo, «Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio», en *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, P. Núñez, 1984, 63-116, pp. 98-99, que el legislador de las Partidas hubiese pretendido una abolición que resulta impensable, considerando su enorme arraigo y generalidad. Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 244-246, apoya su creencia en la subsistencia de su presencia en las alusiones indirectas que encuentra en *Partidas*, [IV, XI, XXIV]: "Acontece muchas vegadas que quando casan el marido e la muger, que ponen pleyto entre si, que quando muriere el vno

Pretendiendo, seguramente, colmar este enorme vacío legal, la ley 53 aborda directamente la cuestión, al establecer que la promesa de dote o de donación *propter nuptias* hecha por los padres al hijo común durante el matrimonio deberá ser cubierta a cuenta de las adquisiciones conjuntas, lo que será pacíficamente aceptado por sus comentaristas, considerando que se trata de una deuda contraída mientras perdura la convivencia marital[266]. Ahora bien, si los bienes gananciales fuesen insuficientes, agrega la norma –en congruencia con el párrafo precedente–, habrán de completarlos por mitad con sus respectivas pertenencias[267]. Por último, si el progenitor hubiese actuado en solitario al ofrecer la dote o la donación, ésta se satisfará también con los gananciales, y en su defecto, exclusivamente con sus bienes propios, respetándose los de la madre[268], que, en

que herede el otro la donacion o el arra que dan el vno al otro por el casamiento, o fazen su abenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno(...)", y [VII, XVII, XV]: "(...) Otrosi dezimos, que si alguna muger casada saliesse fuera de casa de su marido, e fuyesse a casa de algun ome sospechoso contra voluntad de su marido, o contra su defendimiento, si esto pudiere ser prouado por testigos, que sean de creer, que deue perder porende la dote, e las arras, e los otros bienes que ganaron de consuno, e ser del marido (...)". Presencia que niega J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 360, para quien el sistema dotal es únicamente un medio con el que sostener las cargas matrimoniales.

266 Con común apoyatura en *Fuero Real*, [3, 20, 14]: "Todo debdo que marido e mugier fizieren en uno, páguenlo otrosí en uno, et si ante que fuessen ayuntados por casamiento alguno dellos fizo debdo, páguelo aquel que lo fizo et el otro non sea tenido pora pagarlo de sus bienes", y *Leyes del Estilo*, [208]: "Que si alguno face donacion à otro por quita de deuda con condicion que la haya un fijo del creedor, que aquel la ha de haber, y los otros no se la pueden contar en su parte.- Es à saber, que si alguno que es casado le deben deudas, è aquel que le debe la deuda le dá alguna cosa en donadío, en tal manera que lo herede su fijo el mayor, ò con otra qualquier condicion le quita la deuda que le debía, vale la condicion, y el donadio. Otrosí, vale el quitamiento de la deuda, è los otros hermanos, fijos deste que quito el deudo, ni la muger dél, ni la muger dél, no ha demandar ninguna cosa despues de vida de su padre en la donacion que fue fecha con condicion que la heredase su fijo el mayor, ni les finca demanda en razon del quitamiento de la deuda, que el marido es señor de las deudas que deben, è de los frutos, è del otro mueble que ganaron en uno marido, è muger, por mantener la casa, è a su muger, è à su compaña, è puede dello facer lo que quisiere, en tal que no sea destruidor: ca estonce puede demandar la muger al Juez que las sus arras, è los sus otros bienes sean puestos en poder de otro porque se gobierne el marido, y ella de los frutos". Por todos, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fols. 318, núm. 24.

267 Punto éste que tampoco merecerá mayor discusión entre los autores. Solamente S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 53, p. 287, núm. 4, se preguntará si es adecuado afectar a este propósito los bienes parafernales, encontrando más apropiado servirse de los bienes dotales, por traer origen del matrimonio y reputarse destinados a soportar las cargas de éste.

268 *Leyes de Toro*, [53]: "Si el marido, y la muger durante el matrimonio casaren

cualquier caso, está facultada por la ley 60 para liberarse de las deudas, y por tanto de esta carga, renunciando a su parte de los gananciales[269]. La concordia reinante entre los autores respecto a lo estrictamente dispuesto por la ley vendría, sin embargo, a romperse, al plantearse el interrogante de a cargo de qué bienes habría que pagar la dote cuando el padre la ofreciese después de disuelto su matrimonio. Polémica en la que iban a decantarse dos grandes corrientes de opinión[270]. La primera, representada por juristas como Diego del Castillo, Antonio Gómez, Ayerve de Ayora y Llamas y Molina, defenderá que debería ser extraída de los bienes privativos del concedente, basándose en la literalidad del precepto, que especificaba «durante el matrimonio»[271], y en el principio de que, fallecido uno de los

algun hijo comun, y ambos le prometieren la dote, ó donacion *propter nuptias*, que ambos la paguen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimonio: si no los oviere que basten á la paga de la dote, y donacion *propter nuptias*, que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenescieren en qualquier manera: pero si el padre solo durante el matrimonio dota, ó hace donacion *propter nuptias* á algun hijo comun, y de tal matrimonio oviere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que en las ganancias cupiere: y si no la oviere que la tal dote, o donación *propter nuptias* se pague de los bienes del marido, y no de la muger". *Nueva Recopilación*, [5, 9, 8]. *Novísima Recopilación*, [10, 3, 4]. Sin negar la justicia de lo dispuesto en esta última parte de la ley, J. González Serrano, *Comentario histórico,* II, pp. 257-258, se mostrará partidario de que también las propiedades de la mujer pudiesen resultar aplicadas a la dote, con el fin de mantener la igualdad entre los cónyuges. A su vez, J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Dote», p. 727, sostendrá que si el marido afirmase la promesa de dote exclusivamente vinculada a la legítima paterna, los gananciales quedarán exentos de su pago, por colegirse que se ha querido preservar la mitad correspondiente a la mujer, aunque sí habría que recurrir a ellos cuando los bienes del padre se evidenciasen insuficientes. Del mismo modo que se planteará la hipotética circunstancia de que para cumplir la promesa de dote hecha por ambos cónyuges se entregase a la hija una finca propia de cualquiera de ellos, entendiendo que no por ello deberá sacarse su importe de los gananciales, a menos que su propietario como cosa suya hiciese de ella donación irrevocable. Por último también contemplará la posibilidad de que después de realizada la promesa la madre renunciase a su participación en los gananciales, opinando que habiendo adquirido el compromiso con anterioridad, si con estos no alcanzase a cubrirlo, sus bienes propios continuarían ligados al deber de su satisfacción.

269 *Leyes de Toro,* [60]: "Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio". *Nueva Recopilación* [5, 9, 9]. *Novísima Recopilación*, [10, 4, 9].

270 Controversia doctrinal que analizan Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 305-307, y J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 362-365.

271 Alegato que fue combatido por Gaspar de Baeza, *De non meliorandis*, cap., 11, fols., 59r-59v, núms. 110 y 111, con el argumento de que la ley había utilizado esta expresión para referirse al caso más dudoso, el de la dote conformada constante matrimonio, no

cónyuges, los gananciales habrán sido ya divididos entre el supérstite y los herederos del muerto[272]. Mientras que la segunda, a la que se adscriben Covarrubias, Gregorio López, Baeza, Matienzo y Acevedo, apostará por la prolongación de la adscripción a este fin de los gananciales, apelando a que esa misma era la línea seguida en la práctica judicial, y a que, con independencia de que se saldase una vez extinguida la vida conyugal, el deber de dotar se reputaba nacido en el transcurso de ésta[273]. Lo cierto es que los datos de los que disponemos revelan como hasta bien entrado el siglo XIX la presunción de ganancialidad de los bienes dotales tiende a ser proyectada más allá del término de la relación matrimonial[274].

c. Evolución y transformación de la dote en el proceso codificador

Lo cierto es que la difícil inserción de la dote en un régimen económico de gananciales, al que por su naturaleza y orígenes era ajena, había dado lugar a no pocos problemas de ensamblaje legal y a numerosas dudas y discusiones doctrinales. Por ello, aunque el peso de la tradición representada por las Partidas y las propias leyes de Toro todavía marcará la pauta de su formulación codificada, se hará necesario abordar una tarea de

creando, por el contrario, problemas el empleo de los gananciales después de extinguirse el lazo conyugal. Al tiempo que aducirá que así se evitaría la posibilidad de que el padre tuviese que dotar a la hija enriquecida con la herencia materna. Solución en la que J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 363, detecta la presencia de la condena católica de la usura.

272 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 53, fol. 181v, núm. 1; A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 50-53, fol. 318, núm 24; A. Ayerve de Ayora, *Tractactus de partitionibus*, 40, fol. 129v, núm. 41; S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 53, pp. 288-290, núms. 7 a 12.

273 D. de Covarrubias, «De Matrimonio», *Opera omnia*, III, cap. 19, p. 377, núm. 3; Gregorio López, glosa (a), «Comunales» a Partidas, [V, X, VI]; J. Matienzo, *Comentaria*, glosa VII a NR [5, 9, 8], fol. 263r, núms. 8 y 9; A. de Acevedo, *Comentarii de iuris*, III, NR, [5, 9, 8], fol. 309, núm. 6.

274 Al menos, esa es la noticia que transmite, tanto respecto a la dote otorgada por el viudo como a la hecha por la viuda, E. Tapia, *Febrero novísimamente redactado*, p. 44, núm 12, quien, además, entiende que la renuncia a los gananciales no libera a la mujer del compromiso de dote contraído con anterioridad (p. 43, núm. 19). Su opinión no es, sin embargo, compartida por J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Dote», p. 727, pues juzga agotada la ganancialidad con la conclusión del matrimonio, alegando, además, que la dote debe pagarse de los bienes privativos, incluso aunque los gananciales no hayan sido divididos, ya que la ley 53 de Toro sólo quiere que se saquen de los mismos cuando se prometen durante el matrimonio, pues una vez disuelto éste pasarán a ser propios por mitad del cónyuge supérstite y los herederos del difunto.

clarificación de aquellos aspectos que mayor confusión generaban o que peor se adecuaban a un panorama social que, obviamente, había conocido profundos cambios en los siglos transcurridos[275]. No obstante, lo que no se cuestionara todavía será la pervivencia de una institución, que sigue considerándose esencial para la constitución y el buen funcionamiento de la familia[276].

Bienes dotales y parafernales

No incluyendo su regulación el Proyecto de Código civil de 1821, la descripción que de la dote proporcionaba el Proyecto de Código civil de 1836 no se apartaba de los contornos que había recibido con anterioridad, al definirla como aquella porción de bienes dada por la mujer o alguien en su nombre al marido para contribuir a subvenir las cargas matrimoniales y que éste estaría obligado a restituir a la disolución del lazo conyugal a la mujer o a sus herederos[277]. Por otro lado, bajo la denominación de extradotales se mantenía el reconocimiento de otra masa patrimonial perteneciente a la mujer[278], que adoptando la terminología justinianea, las Partidas habían cataloga-

275 Mª. J. Collantes de Terán, «La dote en el panorama de la codificación civil española», en *Revista crítica de derecho inmobiliario,* 652 (mayo-junio 1999), 791-831, pp. 791-792.

276 Conclusión a la que llegaba M. Danvila Collado, «De la dote», en *RGLJ*, 16 (1860), 382-394, después de plantearse si las dotes fomentaban el matrimonio o deberían abolirse para que el interés no tuviera ningún peso en este "negocio de puro amor". En todo caso, lo que habrá que hacer, sostendrá, será regenerar a la mujer por la religión, y no suprimir una institución esencial, cuyo objeto es garantizar el cumplimiento de las obligaciones inexcusables del matrimonio.

277 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1520]: "Llámase dote a aquella porción de bienes que la mujer u otro en su nombre da al marido para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio, con el gravamen de responder de ellos y quedar obligado a restituirlos en especie o en dinero disuelto el matrimonio, ya a la msima mujer ya a quien por derecho corresponda".

278 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1530]: "Llamánse bienes extradotales todos aquellos que fueren propios de la mujer y sobre los cuales no se hubiere constituido la dote". El proyecto no se pronunciaba, sin embargo, acerca de a quién correspondía la administración de estos bienes. Asunto que en el Código civil elaborado por iniciativa privada suya, J. Gorosabel, *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación. Escrita bajo el método de los códigos modernos*, Tolosa, Viuda de Lama, 1832, resolvía por la vía tradicional derivada de las Partidas, [364]: "(…) la administración de estos bienes corresponde a la misma mujer, á no ser que haya concedido ésta expresamente al marido, pues en duda se presume reservarla la misma mujer".

do como bienes parafernales, reconociendo a su propietaria la potestad de retener su administración o de optar por cedérsela al marido mientras se prolongase la convivencia conyugal[279]. Una atribución que un sector de la doctrina había pretendido derogada por la ley 55 de Toro, que impedía a la mujer casada contratar sin licencia de su marido, a pesar de que ésta misma norma dejaba abierta la puerta para que celebrase contratos cuando estos resultasen beneficiosos, y de que la ley 57 facultaba al juez para que cuando conociese la existencia de una causa legítima instase al marido a concedérsela, o incluso para autorizarla él en su lugar, si aquél se mantuviese en su negativa[280].

Este esquema va a sufrir, no obstante, una profunda evolución con el Proyecto de Código civil de 1851, en el que asistimos a la desaparición como entidad autónoma de los parafernales, producto de una imbibición en la figura de la dote, resultante de la integración en ésta, no solamente

279 *Partidas,* [IV, XI, XVII]: "De los bienes que ha la mujer apartadamente que non son dados en dote aque dizen en latin paraphernales.- Paraferna son llamados en Griego todos los bienes, e las cosas, quier sean muebles o rayzes, que retienen las mugeres para si apartadamente, e non entran en cuento de dote, e tomo este nome a para que quiere tanto dezir en griego como a cerca, e ferna que es dicho por dote, que quier tanto dezir en romance, como todas las cosas que son ayuntadas e allegadas a la dote. E todas estas cosas que son llamadas en griego paraferna, si las diere la muger al marido, con entencion que aya el señorio dellas, mientras que durare el matrimonio auer lo ha bien assi como de las quel da por dote. E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entención que aya el señorio en ellas, siempre finca la muger por señora dellas. Esso mismo seria quando fuessen en dubdas, si las diera el marido o non. E todas estas cosas que son dichas paraferna, han tal preuilejo como la dote ca bien assi como todos los bienes del marido son obligados ala muger, si el marido enagena, o mal mete la dote, assi son obligados por la paraferna aquien quier, que passen. E maguer que tal obligación como esta, non sea fecha por palabra, entiende se que se faze tan solamente por el fecho. Ca luego el marido rescibe la dote, o las otras cosas que son llamadas paraferna son obligados por ende ala muger, todos sus bienes, tambien los que ha estonce, como los que aura despues".

280 *Leyes de Toro*, [55]: "La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido como no pueda hacer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningún contracto que á ella toque, ni dar por quito á nadie del, ni pueda hacer quasi contracto, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por si, ó por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere". *Nueva Recopilación,* [5, 3, 2]. *Novísima Recopilación*, [10, 1, 12]. [57]: "El Juez con conoscimiento de causa legítima y necesaria compela al marido que de licencia á su muger para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido, et si compelido no se la diere, que el juez solo se la pueda dar". *Nueva Recopilación,* [5, 3, 4]. *Novísima Recopilación*, 10, 1, 13. La doctrina partidaria de la vigencia de la diposición de Partidas sería repetidamente confirmada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, en las que se detiene J. Escriche, *Diccionario razonado,* II, voz «Bienes extradotales», 83-86, pp. 84-85.

de los bienes y derechos aportados por la mujer al matrimonio al tiempo de su institucionalización, sino también de los que durante la pervivencia del mismo pudiese adquirir por donación, herencia o legado[281]. Ampliación que comportaba que, salvo estipulación en contrario, la totalidad de los bienes del patrimonio femenino pasaban a compartir la calificación de dotales, participando, por tanto, de un mismo régimen, incluida la asignación de su gestión al marido. La justificación de tan importante cambio puede buscarse en la argumentación del propio García Goyena, que tanto protagonismo cobraría en la redacción del proyecto[282], pudiendo deducirse de su alegato a favor de su supresión, que la facultad conferida a la mujer de retener su administración chocaba con la tendencia dominante a sustituir la antigua potestad paterna por un reforzamiento de la autoridad marital, en la que no tenía cabida la sustracción a su control de un estimable caudal de propiedades, del que la mujer estaría en posición de disponer en contradicción con la situación de dependencia absoluta que, en general, le impedía contratar sin la licencia de su marido[283]. No faltarán, sin embargo, opiniones contrarias a esta trascendental transformación, como lo fue la formulada por F. Cárdenas, para quien esta medida suponía sustituir el derecho común por el excepcional aplicable a la dote, mucho más propicio para el encubrimiento de fraudes frente a los deudores, por lo que para hacerlo efectivo reclamará la introducción de dos factores de corrección: la facultad de los cónyuges para derogarlo en virtud de estipulaciones particulares, y la supresión de los privilegios dotales en cuanto que pudiesen

281 *Proyecto de Código Civil de 1851*, [1272]: "La dote se compone no sólo de los bienes y derechos que la mujer aporta al matrimonio, al tiempo de contraerlo, sino los que durante él adquiere por donación, herencia o legado".

282 Aunque, probablemente, no de tanta magnitud como tradicionalmente se le ha atribuido al presentarle como artífice del proyecto. Sobre la participación en la autoría de otros destacados juristas, véase J. Baró Pazos, *La codificación del derecho civil*, pp. 107-109.

283 F. García Goyena, *Concordancias*, comentario al artículo [1240], p. 668: "En nuestro Código no se reconocen bienes parafernales como en el Romano, de Partidas y modernos (…) Esto es sencillo moral y necesario para mantener el orden y disciplina en la familia: *uir est caput mulieris*: nada mas natural y justo que la máxima proclamada por la ley 9 Romana y 29 de Partida, aunque ambas la conculcaron en la parte dispositiva con lastimosa contradicción: ¿es posible concebir la dependencia ó sumisión personal de una mujer que administra sus bienes, y goza de sus rentas con absoluta independencia de su marido?[.] Yo no sé si habrá estado jamas en uso la citada ley 17 de Partida sobre bienes parafernales, pero la he tenido siempre por incompatible con las recopiladas 11 y siguientes, título 1, libro 10 (55 etc. de Toro) y la 7 del título 2". Sobre este particular, Mª. J. Collantes de Terán, *La dote*, pp. 794-795.

perjudicar a terceros[284]. En cualquier caso, tampoco parece que, frustrado el proyecto, este criterio fuese de estricta aplicación, dado que el Tribunal Supremo siguió manejando la presunción del carácter de parafernales de los bienes heredados, a no ser que expresamente se señalase su valor como aumento de dote[285]. Tendencia que resultaría consagrada en la Ley Hipotecaria de 1861, al establecer que el marido sólo estaría obligado a constituir hipoteca por los bienes parafernales cuando le fuesen entregados para su administración mediante escritura pública firmada ante escribano[286]. Hay que mencionar, además, que también se atribuía la condición de dotales a los inmuebles legalmente adquiridos constante matrimonio mediante permuta con otros bienes raíces de esta naturaleza, por derecho de retracto perteneciente a la mujer, por donación en pago de la dote y por compra efectuada con dinero sacado de la misma con autorización de la dotada[287].

La aparente coincidencia literal entre el artículo 1365 del Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 y el 1272 del Proyecto de Código civil de 1851, que consagraba la absorción dentro de la dote de los parafernales, escondía, sin embargo, una sustancial novedad, al reiterar la calificación como dotales de los bienes adquiridos después del casamiento por donación, herencia o legado, pero con el añadido de un breve coletilla, «con el propio carácter», que venía a significar que para cobrar tal consideración sería precisa una declaración expresa en este sentido[288]. Mª. J.

284 F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 155-156.

285 B. Gutierez Fernández, *Códigos o estudios,* I, p. 432, cita una sentecia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1858. Esta tendencia resultaría consagrada en el artículo 180 de la Ley Hipotecaria de 1861, al establecer que el marido sólo estaría obligado a constituir hipoteca por los bienes parafernales cuando le fuesen entregados para su administración mediante escritura pública bajo fé de escribano.

286 *Ley Hipotecaria de 1861*, [180]: "(1) El marido no podrá ser obligado a constituir hipoteca por los bienes parafernales de su mujer, sino cuando éstos le sean entregados para su administración por escritura pública y bajo fé de escribano". Véase, al respecto, J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad,* p. 420.

287 *Proyecto de Código Civil de 1851,* [1273]: "Se hacen dotales los bienes inmuebles, adquiridos durante el matrimonio en forma legal: 1.º Por permuta con otros inmuebles dotales. 2.º Por derecho de retracto, perteneciente a la mujer. 3.º Por donación en pago de la dote. 4.º Por compra hecha con dinero de la dote, previo consentimiento de la mujer". La asimilación como dotales de los inmuebles adquiridos por derecho de retracto es criticada por G. Burón García, *Derecho civil español*, p. 382, principalmente porque supone otorgar al marido facultades sobre ellos sin contar con la voluntad de la mujer. Citado por Mª. J. Collantes de Terán, *La dote,* p. 797, nota 14.

288 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1365]: "La dote no solo se formará de los bienes y derechos que la mujer aporte al matrimonio, con el carácter dotal, al

Collantes ha llamado la atención, además, sobre como, confirmando este extremo, el artículo 1419 englobaba en la categoría de los bienes propios de la mujer, no solamente la dote, sino cualquiera otro que conforme a la regulación del texto le perteneciese a ella[289], rescatándose incluso en otro pasaje su identificación como parafernales[290], si bien su naturaleza aparecía alterada, ya que era al marido a quien se adjudicaba la administración de la totalidad de los bienes de ambos cónyuges[291]. Reaparición que no era secundada por el Proyecto de Ley de Bases de 1885, en el que se optaba por su supresión y su sujeción a las estipulaciones previstas para la sociedad conyugal[292]. Es más, las noticias que nos llegan insisten en la existencia entre los juristas de una opinión mayoritaria favorable a su desaparición[293].

Sin embargo, de manera un tanto sorprendente, en la redacción definitiva del Código civil se coló dentro del título dedicado a los bienes ma-

tiempo de contraerle, sino de los que durante el mismo matrimonio adquiera por donación, herencia o legado, con el propio carácter".

289 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1419]: "Serán bienes propios de la mujer los que según este Codigo le pertenezcan, incluso los que constituyan la dote; y del marido, los que formen su capital, también con sujeción a las disposiciones de este Código". Este precepto modificaba el [1314] del proyecto de 1851, que decía: "Son bienes propios de la mujer los que constituyen la dote y del marido los que componen el capital marital (...)". Mª. J. Collantes de Terán, *La dote,* p. 795. El artículo [1366], que completa el anterior coincide con el [1273] del proyecto de 1851.

290 *Anteproyecto de código civil de 1882-1888*, [191], relativo a la tutela de los pródigos: "(2) La mujer administrará los dotales y los parfernales y los de los hijos comunes. Para enajenarlos necesitará autorización judicial".

291 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1332]: "(1) La mujer no podrá privar al marido, por las capitulaciones, de la administración de los bienes todos de los dos cónyuges". Mª. J. Collantes de Terán, *La dote,* pp. 795-796.

292 *Proyecto de Ley de Bases de 1885*, [Base XXI]: "(...) se considerará constituida la sociedad conyugal bajo el régimen dotal y gananciales, suprimiéndose las diferencias de la dote estimada e inestimada y la condición de los bienes parafernales que quedarán sujetos a lo que en la sociedad legal se estipule".

293 En esta dirección se manifestaba el propio M. Alonso Martínez, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, P. Núñez, 1884-1885, II, p. 177. La cuestión llegó incluso a someterse a votación en el mencionado Congreso jurídico de 1886. Abordada en la sesión del 3 de diciembre, el dictamen presentado por Silvela, Díez Macuso y Dato Iradier abogaba por la supresión de las diferencias entre la dote estimada y la inestimada y del concepto de parafernales, punto este último, al que se opuso J. Montaut, notario de Barcelona. R. Sanchéz Ocaña, *Congreso jurídico español*, pp. 589-596. Durante la propia discusión del texto definitivo del Código, dentro de su tono crítico habitual, también abogó por su supresión Manuel Dánvila Collado. Noticia facilitada por J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, p. 613.

trimoniales todo un capítulo destinado a regular los bienes parafernales, situándolos bajo el dominio de la mujer[294]. Inclusión que era consecuencia directa de la presión ejercida por los foralistas catalanes, encabezados por Durán y Bas, que se mostraban absolutamente reacios a admitir que se prescindiese de una institución tan arraigada en su derecho, con el consiguiente drástico recorte de las atribuciones de la mujer sobre el patrimonio conyugal[295]. En la concreción que se hacía de los bienes que entraban en la composición de la dote volvían a integrarse los adquiridos por la mujer durante el matrimonio a título de donación, herencia o legado, cerrándose esta relación con similar apostilla indicativa de la necesidad de especificación de dicha consideración, «con carácter dotal», a la que aparecía en el Anteproyecto de 1882-1888[296]. Ello unido a la descripción que se hacía de los parafernales permite concluir que su asociación a una u otra categoría dependía exclusivamente de que se decidiese, o no, agregarlos a la dote, aunque tuviesen esta misma procedencia; lo que, paradójicamente, a falta de pronunciamiento expreso, convertía en régimen común su presunción como parafernales. E igualmente seguían recibiendo la calificación de dotales los inmuebles incorporados mientras permaneciese vivo el matrimo-

294 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, libro IV, título III, capítulo IV, artículos [1381] a [1391]. Para intentar explicar esta inclusión, a pesar de afirmar que la posición de la mujer en el régimen económico vigente difícilmente justificaba su subsistiencia, M. Falcón, *Código civil español*, 4, pp. 171-176, hallaba su fundamento en el principio de libertad absoluta de contratación entre los esposos consagrado en el Código, que permitía el acogimiento a un pacto de separación de bienes, aunque lo hacía, objetaba, sin atreverse a sacar del mismo todas sus consecuencias, pues al definirlos como, [1381] " (...) los bienes que la mujer aporta al matrimonio sin incluirlos en la dote y los que adquiere después de constituida esta, sin agregarlos a ella", la única diferencia que presentaban con la dote inestimada era que la mujer retenía su dominio, [1382]: "La mujer conserva el dominio de los bienes parafernales", pero con la restricción de que sus frutos pasaban a formar parte de la sociedad conyugal, [1385]. Por lo que, concluía, en vista de tan pobre resultado no merecía la pena haber conservado esta vetusta institución de las leyes romanas.

295 En esta cuestión se detiene Mª. J. Collantes de Terán, *La dote,* pp. 796-797.

296 *Código Civil, edición reformada de 1889*, [1336]: "La dote se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante él adquiera por donación, herencia o legado con el carácter dotal". La inclusión de esta coletilla, la juzgará innecesaria y generadora de confusión M. Falcón, *Código civil español,* 4, pp. 149-150, que interpretará que la intención del codificador había sido la de aplicar la presunción de que cuantos bienes aportase la mujer al matrimonio entrarían en concepto de dotales, pero sin negarle el derecho de reservárselos mediante pactos solemnes como parafernales, lo que traerá como resultado que todo lo que pertenezca a la mujer, y ésta no retuviese expresamente como tales, ingresará en la sociedad conyugal con la denominación y el régimen de los dotales.

nio por las mismas vías ya previstas en el Proyecto de 1851: permuta de otros bienes dotales, derecho de retracto perteneciente a la mujer, dación en pago de la dote y compra con dinero proveniente de ésta[297].

Cuantía y relación con la legítima

Tampoco en lo relativo a la cuantía de la dote se pronunciaba el Proyecto de Código civil de 1836[298], salvo en su confirmación de la necesidad de ajustarla al importe de la legítima de la dotada[299]. Una vinculación que, en la línea marcada por la ley 29 de Toro, venía ratificada por la exigencia de traer a colación todo lo recibido en vida del testador en razón del casamiento, aunque no los frutos devengados de la cosa donada[300]. Sin embargo, para evitar fraudes y en garantía de su restitución se imponía su plasmación en escritura pública o privada, no admitiéndose la demora en el cumplimiento de este trámite más allá de una treintena de días después de la materialización del enlace[301]. Pasado este plazo y durante la vigencia del matrimonio a la mujer le estaría permitido aumentar la dote, presumiblemente para

297 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1337]. Es copia literal del artículo 1273 del proyecto de 1851.

298 Sin embargo, sí se hacía en la Exposición de Motivos, donde aludiendo al deseo de evitar el posible abuso que el hombre podría hacer de la inexperiencia y debilidad de su consorte, dejándola expuesta a la indigencia, se proponía que la mujer, sus padres u otras personas pudiesen constituir como dote una parte o todos los bienes que llevasen al matrimonio. J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, II, p. 114.

299 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1546]: "La dote no podrá exceder de lo que corresponda a la hija por su legítima. Lo mismo se entenderá respecto de la donación que se hiciese al hijo en razón del casamiento". Vinculación que años más tarde F. Cárdenas, *De los vicios y defectos,* p. 166, reconocerá de rigurosa justicia, si bien como medida suntuaria la tachará de anti-económica e insostenible.

300 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [2424]: "Deberá traerse a colación: 1.º Lo recibido en vida del testador con motivo del casamiento y por título lucrativo, pero no los frutos que hubiere producido la cosa donada (…)".

301 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1523]: "La dote se ha de constituir precisamente en escritura pública o privada firmada por tres testigos"; [1524]: "La escritura de que se trata en el artículo anterior habrá de otorgarse, a más tardar, treinta días después de celebrado el matrimonio. Pasado este tiempo no podrá constituirse dote". A falta de escrituración de la entrega, no se tendrá por válida la dote meramente prometida o reconocida por el marido: [1527]: "No se tendrá por dote la meramente prometida, ni aun la confesada por el marido entre vivos, si no constare la entrega de ella por la escritura pública o privada de que se habló en el artículo anterior".

compensar la exigüidad de su montante[302], pero únicamente podría hacerlo a cargo de otros bienes propios suyos o de los que hubiese adquirido mediante sucesión o donación, ya que éstos no eran susceptibles de integrarse en la sociedad conyugal, lo que además excluía la posibilidad de que fuese mejorada por la vía de la dote[303].

Más preciso en este punto que su precedente[304], a pesar de equiparar su régimen jurídico al de las demás donaciones matrimoniales[305] –libres de toda limitación–, el Proyecto de Código civil de 1851 optará por situar como tope para la dote la mitad de la que era denominada legítima rigurosa presunta; es decir, se adelantaba su estimación al momento de su otorgamiento. No obstante, si la hija tuviese bienes propios con los que cubrir esta cuantía, desaparecería la obligación de constituirla, salvo para completar la cantidad que faltase hasta alcanzar dicha proporción. Además, con el fin de evitar los problemas o posibles discusiones que su determinación podría generar, se encomendaba al juez la realización de esta valoración, no pudiendo contar en su investigación con otro apoyo que el testimonio prestado por los padres de la dotada y por uno de los parientes más próximos de cada una de sus líneas filiativas, que fuesen varones y mayores de edad[306].

302 Circunstancia que había sido contemplada en su proyecto de código privado por J. Gorosabel, *Redacción del Código Civil*, [342]: "(...) la cantidad de dote que está obligado a dar el padre a la hija, ha de ser proporcionada a la riqueza y circunstanncias del novio y de la novia. Sin embargo, la hija no puede reclamar contra lo que el padre le señalaré, a no ser que la cantidad ofrecida sea excesivamente pequeña en proporción a la riqueza de éste". Véase, Mª. J. Collantes de Terán, *La dote*, p. 805.

303 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1525]. "Tampoco podrá la mujer aumentar la dote durante el matrimonio sino con otros bienes propios suyos o adquiridos por sucesión o donación, que no entra en la sociedad conyugal (...)"; [1526]: "Este aumento de dote deberá hacerse en instrumento público o privado con la misma formalidad que la constitución de dote".

304 Decisión alabada por F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 152, debido a que al haberse dejado esta cuestión al arbitrio de los tribunales se suscitaban, al respecto, disputas que turbaban la paz de las familias y que debería evitar el legislador.

305 *Proyecto de Código Civil de 1851,* [1267]: "La dote constituida antes del matrimonio o al tiempo de celebrarlo, se gobernará por las reglas de las donaciones matrimoniales; la constituida con posterioridad por las donaciones comunes".

306 *Proyecto de Código Civil de 1851,* [1269]: "(1) El padre y la madre, o el que de ellos viviere, están obligados a dotar a sus hijas legítimas, fuera del caso en que, necesitando su consentimiento para contraer matrimonio con arreglo a la ley, se casaren sin obtenerlo. (2) Esta dote consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta. (3) Si la hija tuviere bienes equivalentes a la mitad de su legítima, cesará esta obligación; y si el valor de sus bienes no llegare a la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que faltare. (4) El

La tasación del máximo contemplado en este proyecto suscitaría, sin embargo, la oposición en los informe elevados sobre el mismo de la Audiencia de Mallorca, la Universidad de Salamanca y R. Ortiz de Zárate, a título particular, por considerar todos ellos que unida a otras circunstancias podría resultar excesivamente gravosa para los padres, y proponiendo como alternativa que se fijase en un tercio de la legítima y con referencia al día de celebración del enlace[307]. En directa conexión con esta remisión a la legítima hay que entender también la obligada colacionabilidad no de las propias cosas dadas en dote, sino de su valor al tiempo de la donación, que habría de ser calculado aunque entonces no hubiera sido estimado, recayendo la carga y el riesgo de la reparación de su menoscabo o de su pérdida completa, ya fuese fortuita o culpable, sobre el donatario[308]. Es digna de reseña, por lo demás, la tácita eliminación de la prohibición de mejorar por el cauce de la dote o el casamiento que, derogando la permisividad consagrada en las leyes 17 y 22 de Toro, había instaurado la conocida pragmática de 1534[309].

Juez hará la regulación sin más investigaciones que la declaración de los padres dotantes y la de los parientes más próximos de la hija que sean varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna". Sobre este último apartado manifiesta su aprobación F. García Goyena, *Concordancias*, p. 683, sosteniendo que los juicios para esta averiguación eran largos, difíciles, de mucho coste, y sobre todo odiosos, lo cual podía ser evitado mediante esta atribución al juez del papel de amigable componedor. Por otra parte, afirma que existía acuerdo entre los autores en tomar por tipo la legítima presunta en el momento de su constitución.

307 Además, Ortiz de Zarate era de la opinión de que la dote calculada para la primera hija que se casaba debía valer para las demás, y de que si los padres se empobreciesen debería poder ser reducida sin necesidad de acudir a mayores averiguaciones. Al igual que sugería la creación para los hijos que se casaran de un haber marital de un cuarto de la legítima como medida de fomento de los casamientos. J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación Civil*, I, pp. 269-270.

308 *Proyecto de Código Civil de 1851*, [887]: "(1) No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiere hecho entonces su justiprecio". (2) El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida total, causal o culpable, será a cargo y riesgo del donatario". Asumiendo su responsabilidad personal en la adopción de esta solución, F. García Goyena, *Concordancias,* p. 445, admitirá que la retracción de la estimación al momento de realización de la donación era contraria a toda la legislación precedente, justificando, empero, su pertinencia por considerarla más sencilla y conveniente, y opinando que la única dificultad que presentaba era la de estimar los inmuebles no justipreciados al tiempo de la donación.

309 Silencio alabado por F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 66-67, quien

De las pautas generales marcadas por el Proyecto de 1851 apenas se apartaba el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, que como principales novedades aportará la precisión de que la indagación del juez acerca del valor de la legítima debería concretarse en un acto de jurisdicción voluntaria, facultándosele, además, para que, a falta de parientes mayores de edad, basase su decisión exclusivamente en la información proporcionada por los padres[310]. Del mismo modo que resultan dignas de reseña las reglas establecidas para proceder a la devolución del exceso de la dote inoficiosa, consistentes en que cuando ambos padres la hubiesen constituido conjuntamente, ésta se tomaría equitativamente de los bienes propios de cada uno de ellos o en la proporción reflejada en la escritura dotal, mientras que si hubiese sido entregada por uno sólo de los cónyuges, debería repercutir enteramente sobre sus pertenencias personales[311]. Precepto, este último, que no será recogido en el Código civil de 1889, que mantendrá la subor-

se planteará que mantener esta vía de mejora y no excluir al mismo tiempo que se hiciese por medio de cualquier otra forma de donación era como limitar la prohibición a que el padre expresase la causa de la mejora, ya que podría perfectamente ocultarla y convertirla con ello en viable. Por eso encuentrará mucho más razonable lo establecido en el artículo [657]: "Ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar. (2) Además para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos o de ambas", por considerar que así "se concilia la libertad del padre para procurar la colocación de sus hijas, supliendo las desigualdades que pueda haber entre sus hijos sin menoscabo de la legítima correspondiente a los menos favorecidos". La primera parte de este precepto aparece reproducida en el *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [810]. La posibilidad de mejorar a la hija por vía de dote y al hijo varón mediante donación matrimonial la contemplará J. González Serrano, *Comentario*, l. 29, pp. 50-51.

310 *Anteproyecto de código civil de 1882-1888,* [1362], que modifica el artículo [1269] del proyecto de 1851:"(3) El Juez competente hará la regulación en acto de jurisdicción voluntaria, sin más investigaciones que la declaración de los padres que hubieren de asignar la dote y la de los parientes más próximos de la hija que sean varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna. (4) A falta absoluta de parientes mayores de edad, bastando para estimarla el dicho de los padres, el Juez resolverá con su prudente arbitrio, sin más que la declaración de aquellos." También el artículo [1061], relativo a la colación de los bienes dotales, concuerda estrictamente con el [887] del proyecto de 1851.

311 *Anteproyecto de código civil de 1882-1888,* [1364]: "Siempre que los cónyuges constituyan la dote para sus hijas se observarán las reglas siguientes: (...) 3.ª En todo lo que la dote exceda de la mitad de la legítima rigurosa presunta debida por los padres, si éstos constituyen la dote conjuntamente, el exceso se tomará por mitad de los bienes propios de cada uno de ellos, o en la proporción que señalen en la escritura dotal; y si la constituye

dinación de su importe a la legítima y la exigencia de traer a colación y partición el valor que tenían las cosas dadas en dote en el tiempo de la donación[312], al igual que reproducirá el procedimiento fijado en los proyectos anteriores para su evaluación[313], con los añadidos de insistir en el carácter voluntario de la colaboración en la indagación judicial mediante la proscripción de la pesquisa de la fortuna de los padres, y de introducir el requisito de que los parientes consultados residiesen en la misma localidad o partido judicial[314].

Composición

Acerca de la composición de la dote, el Proyecto de Código de 1836[315] admitía, inicialmente, que pudiese constituirse tanto en bienes, como en derechos y acciones[316]. Pero más adelante, guardando concordancia con las directrices fijadas en la ley 53 de Toro, se precisaba cuál podría ser su

por sí solo uno de los cónyuges, el exceso se tomará de los bienes que exclusivamente le pertenezcan (…)".

312 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1045], que repite el artículo [887] del proyecto de 1851.

313 Tomando la cita de Mª. J. Collantes de Terán, *La dote,* pp. 806-807, en sus comentarios a los artículos [1340] a [1343], J. M. Manresa Navarro, *Comentarios al Código Civil español,* 6ª ed. revisada por M. Moreno Mocholi, Madrid, Reus, 1969, t. 9, pp. 360-361, entiende que, al simplificar este procedimiento estaba en el ánimo del legislador el deseo de evitar a los padres las molestias que podrían derivarse de la misma. Además, interpreta que la porción establecida por la ley no coincide necesariamente con la mitad del tercio de legítima, pues siempre habría que introducir el factor corrector del número de hijos del otorgante. Por su parte, M. Falcón, *Código civil español*, 4, p. 152, afirma que la dificultad no está en fijar la tasa, sino en averiguar el importe de la legítima, por lo que, por mucho que la ley haya querido suavizar los problemas, augura graves perturbaciones a las familias fruto de la intromisión que siempre supone esta intervención judicial.

314 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1341]: "(2) En todo caso queda prohibida la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote, y los Tribunales, en acto de jurisdicción voluntaria, harán la regulación sin más investiigación que las declaraciones de los mismos padres dotantes y la de los dos parientes más próximos de la hija, varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna, residentes en la misma localidad ó dentro del partido judicial (…)".

315 Sobre este punto, Mª. J. Collantes de Terán, «La economía del matrimonio en el Proyecto de Código Civil de 1836», en J. E. Pinard y A. Merchán (eds.), *Libro homenaje "in memoriam" Carlos Díaz Rementeria*, Huelva, Universidad de Huelva, 1998, 167-187, pp. 177-178.

316 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1521]: "La dote puede constituirse en cualesquiera bienes, derechos y acciones".

procedencia. En principio, y a reserva de otros pactos alcanzados por los otorgantes[317], siempre que existiesen gananciales la dote se satisfaría con ellos por mitad, exceptuando los casos de que la mujer hubiese renunciado a su parte de los mismos, o de que hubiese perdido sus derechos sobre ellos por haber cometido algún delito[318]. Sin embargo, a falta de bienes gananciales, cada uno de los consortes debería asumir el pago de la mitad con sus bienes propios, a no ser que alguno de los dos careciese de propiedades o de las suficientes, pues en este supuesto toda la carga gravitaría sobre el otro[319]. En coherente extensión de estas reglas, cuando ambos hubiesen dotado conjuntamente a la hija común sin expresión de la parte correspondiente a cada uno, se entendería que el reparto sería equitativo, tanto si se tratase de bienes integrados en la sociedad conyugal, como si se compusiese con su respectivos bienes privativos, reconociéndose, en este segundo caso, la facultad de repetir la mitad contra el otro cuando hubiese sido pagada exclusivamente con las propiedades de uno de los miembros de la pareja[320]. Por otra parte, en contraposición con la validez

317 Como ejemplo de este tipo de acuerdos, J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Dote», p. 727, alude a la posibilidad de que, al realizar la promesa de dote, el padre manifestase que la hace a cuenta de la legítima paterna, en cuyo caso, aunque hubiese gananciales, no debe satisfacerse con éstos, pues se entiende que ha querido relevar a su mujer de la obligación de contribuir a la dote con la mitad que le pertenece. Ahora bien, si la fortuna paterna fuese insuficiente, la madre deberá completarla con su parte de los gananciales, pero no de sus bienes propios. Solución que fundamenta en que al ser la dote una carga de la sociedad conyugal, no puede el marido eximir de ella a su mujer en perjuicio de su hija.

318 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1536]: "(1) Siempre que haya gananciales se pagará de ellos la dote por mitad excepto en los casos siguientes: 1.º Si la mujer renunciase a los bienes gananciales. 2.º Si hubiese perdido el derecho a ellos por delito. (2) En dichos dos casos la obligación de dotar es sólo del padre o de sus herederos". Ahora bien, aclara J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Dote», p. 727, a falta de gananciales suficientes, esta renuncia no la liberará de tener que contribuir con sus bienes propios si la promesa de dote hubiese sido hecha con anterioridad.

319 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1537]: "No habiendo gananciales, cada uno de los consortes tiene obligación de pagar la mitad de la dote de sus bienes propios, si ambos los tuvieren; pero si el uno careciese de ellos, la obligación de pagar toda la dote recaerá en el otro".

320 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1534]: "Si el padre y la madre hubiesen dotado juntamente a la hija común sin expresar la parte con que cada uno haya de contribuir, se entenderá haberla dotado por mitad ya se dé o prometa la dote en bienes de la sociedad conyugal, ya en bienes propios de los mismos padres"; [1535]: "En este segundo caso, si hubiere constituido la dote en bienes de uno de los consortes, tendrá este derecho de repetir la mitad contra el otro".

de la dote constituida por el padre a cargo de los gananciales sin contar con el beneplácito de la madre[321], a ésta le estaba vedado comprometer o pagar la dote a cuenta de este caudal común sin antes obtener la licencia de su marido, salvo cuando, siendo la hija mayor de veinticinco años, el juez ratificase dicho acto, aun a despecho de la disconformidad del padre con su casamiento[322]. Finalmente, adscribiéndose a la línea doctrinal preponderante en los siglos precedentes, el proyecto disponía que en el supuesto de premoriencia de uno de los consortes, y después de haberse producido la liquidación de la sociedad matrimonial, la dote que prometiese el superviviente se extrajese de sus propios bienes[323].

El espíritu de fidelidad al dictado de la ley 53 de Toro se mantendrá también en el Proyecto de Código civil de 1851, donde, de nuevo, se señalaba que el importe de la dote de las hijas u otros descendientes establecida conjuntamente por ambos cónyuges debería ser pagado por mitad o en la respectiva proporción que éstos hubieran acordado, mientras que si alguno de ellos la hubiese prometido por separado, debería satisfacerla con sus bienes propios sin tocar los del consorte[324]. Una solución que, aunque respetuosa con la tradición legal anterior, algunos autores, como Cárdenas, juzgarán ya inadecuada, por entender que, siendo la dote una carga imputable al matrimonio, y no habiendo un pacto contrario, cada miembro de la pareja debería contribuir a saldarla en relación con su propia disponibilidad material, con independencia de que su entrega hubiese sido comprometida por los dos o por uno solo de ellos[325]. No obstante, en

321 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1538] "Habiendo gananciales deberá satisfacerse de ellos la dote por mitad, aun cuando sea sólo el padre quien la constituya sin consentimiento ni beneplácito de la madre".

322 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1539]: "La madre no puede constituir ni pagar dote a su hija de los bienes ganaciales, sin licencia del marido; pero si la hija fuere mayor de veinticinco años y el padre pusiese obstáculo para su casamiento, la madre podrá dotarla y acudir al Juez para que autorice el acto".

323 *Proyecto de Código Civil de 1836*, [1540]: "Si muerto uno de los consortes prometiere dote al sobreviviente después de hecha la liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal, tendrá que pagar dicha dote de sus bienes propios".

324 *Proyecto de Código Civil de 1851,* [1271]: "(1) Cuando los dos cónyuges constituyeren juntamente la dote de sus hijas o descendientes deben pagar su importe por mitad o en la proporción en que respectivamente se obligaron. (2) Cuando alguno de los cónyuges lo hiciere por sí solo, deberá pagarlo con sus bienes propios. (3) Esta disposición ha de entenderse sin perjuicio de la contenida en el artículo 1330". La remisión al artículo 1330, según F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 154, introducía por innecesaria cierta confusión.

325 F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 153-154.

uno y otro supuesto sus respectivos bienes privativos únicamente se verían afectados cuando no existiesen bienes de la sociedad común con los que afrontar esta responsabilidad[326]. Y en cualquier caso, habiendo sido prometida la dote por sus padres o parientes, las pertenencias de la esposa dotada quedaban a resguardo de ser destinadas a este fin, a menos que al constituirla se hubiera expresado lo contrario[327]. Un aspecto que, sin embargo, no abordaba el legislador era el controvertido problema de la adscripción de la dote ofrecida por uno de los cónyuges después de la disolución del matrimonio[328].

Reglas que, con más afinada sistemática, eran reproducidas, en lo esencial, en el Anteproyecto de Código de 1882-1888[329]. Pero de las que, por el contrario, se distanciará significativamente el Código civil de 1889, que además de prescindir del precepto que dejaba a cubierto las propiedades de la hija cuyos padres o parientes hubiesen prometido la dote, y de mantener el reparto por mitad a cargo de los bienes gananciales y, en de-

326 *Proyecto de Código Civil de 1851,* [1330]: "También es cargo de la sociedad el importe de lo dado o prometido a los hijos comunes para su colocación por el marido solamente; o por el marido y la mujer de común acuerdo, cuando no hubiesen éstos pactado que se haya de satisfacer con los bienes propios de uno de ellos en todo o en parte".

327 *Proyecto de Código Civil de 1851,* [1268]: "Cuando la esposa tenga bienes propios suyos, y sus padres, parientes u otras personas le prometan dote, no ha de satisfacerse ésta con los bienes propios de la esposa, sino con los que pertenezcan a quien hiciere la promesa; a no ser que al hacerla se exprese lo contrario". Solución tomada del *Código*, [5, 11, 7], que no tenía precedentes en la legislación castellana.

328 Inhibición lamentada por F. Cárdenas *De los vicios y defectos*, p. 154, quien considera que la solución dependerá de si la dote se promete en mero cumplimiento de la exigencia legal de dotar que pesa sobre los padres, o es efecto de un compromiso voluntario, siendo necesario que el legislador se pronuncie sobre la verdadera naturaleza de dicha obligación.

329 *Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888*, [1364]: "Siempre que los cónyuges constituyan la dote para sus hijas, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Si existen bienes de la sociedad conyugal, de ellos se constituirá la dote, sea obligatoria o voluntaria. 2.ª Si no hubiere bienes de la sociedad conyugal, la dote obligatoria se constituirá con los bienes propios de cada uno de los cónyuges, en proporción de sus respectivos haberes. 3.ª En todo lo que la dote exceda de la mitad de la legítima rigurosa presunta debida por los padres, si éstos constituyen la dote conjuntamente, el exceso se tomará por mitad de los bienes propios de cada uno de ellos, o en la proporción que señalen en la escritura dotal; y si la constituye por sí sólo uno de los cónyuges, el exceso se tomará de los bienes que exclusivamente le pertenezcan. 4.ª Cuando por deficiencia de los bienes de la sociedad conyugal, éstos no alcancen a cubrir el importe de lo que los cónyuges deban señalar o señalen a sus hijas como dote, para la diferencia que suplan los bienes propios de cada uno se aplicará, según los casos, lo preceptuado en las reglas segunda y tercera". El artículo [1360] coincide con el [1268] del proyecto de 1851.

fecto de éstos, de forma equitativa o en la parte convenida de los propios, cuando se constituyese conjuntamente, contemplará la posibilidad de que fuese la madre la que asumiese individualmente la función de dotar –cabe deducir, al tratarse la provisión de dote de una obligación para los padres, que de modo voluntario o por haber desaparecido, o ser insolvente el progenitor–, recayendo, entonces, su materialización sobre su patrimonio privativo. Una medida que choca, por inequitativa, si se compara con la posición del padre que actuase por separado, ya que a partir de la presunción de que estaría obrando en su condición de administrador de la sociedad conyugal, se le aplicaban los mismos criterios que regían cuando ambos lo hacían de común acuerdo, quedando, por tanto, afectadas, a pesar de no haber intervenido ella, las pertenencias de la mujer[330]. Además, como novedad también reseñable, hay que mencionar que al otorgante se le permitía optar entre entregar el capital de la dote o abonar una renta anual como frutos o intereses del mismo[331].

330 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1343]: "Cuando el marido solo, ó ambos cónyuges juntamente, constituyeren dote á sus hijas, se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere se pagará por mitad, ó en la proporción en que los padres se hubieran obligado respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge. Cuando la mujer dotare por sí sola, deberá imputarse lo que diere ó prometiere á sus bienes propios".

331 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1342]: "Los padres pueden cumplir la obligación de dotar a sus hijas, bien entregándoles el capital de la dote, o bien abonándoles una renta anual como frutos ó intereses del mismo".

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

1. La comunidad de gananciales

a. Origen histórico y características de este sistema de organización patrimonial de la unidad matrimonial

El cumplimiento de los fines del matrimonio no solamente requiere la conformación de un soporte económico que garantice su viabilidad, sino el sometimiento del mismo a una serie de reglas estables que aseguren su conservación y su adecuada administración. Sabemos que en el derecho romano clásico imperaba un régimen económico[1] de separación, en el que cada cónyuge disfrutaba de un derecho absoluto de propiedad y de gestión sobre sus propios bienes, al tiempo que operaba la presunción de que todas las adquisiciones realizadas mientras persistiese el lazo connubial eran atribuibles al marido[2]. Sin embargo, son muchos los datos de los que

1 Acerca del uso de esta expresión advierte J. A. Álvarez Caperochipi, *Curso de derecho de familia,* I, *Matrimonio y régimen económico*, Madrid, Civitas, 1988, p. 189, que la noción de régimen económico del matrimonio refleja una visión moderna del régimen patrimonial familiar, que probablemente no se ajusta a su origen histórico.

2 Sobre el régimen económico en el matrimonio romano pueden consultarse, entre otros, G. Vismara, «I rapporti patrimoniali tra coniugi nell'alto Medioevo», en *Il Matrimonio nella società altomedíevale,* Settimane di studio del Centro Italiano de Studi sull' Alto Medioevo, 24 (22-28 aprile 1976), Spoleto, 1977, II, 633-700, y M. García Garrido,

disponemos que coinciden en confirmar que el modelo predominante en las sociedades hispanas medievales es el de comunidad de bienes, cuyo rasgo fundamental reside en que el conjunto o una parte de los bienes de la pareja se ponían en común y se negociaban conjuntamente.

Es cierto que también se ha defendido la posible existencia de otros sistemas. Así, el más discutido ha sido el llamado de unidad de bienes[3], que los primeros autores que se detuvieron en su peculiaridad, como Fernández Marina, F. Cárdenas y P. Merea, interpretaron como una variante del modelo de adquisiciones, en la que los cónyuges se comprometían contractualmente a retrasar el momento de la partición hasta la propia muerte del supérstite, a quien, en perjuicio de las expectativas de los herederos del premuerto, se otorgaba el dominio sobre todos los bienes, pero siempre que respetase la exigencia de mantener su viudedad[4]. Tesis que serían después rebatidas por J. Martínez Gijón, quien sostendría que los bienes propios no estaban sujetos a partición, pasando a integrarse inmediatamente en los canales sucesorios, y que también refutó la pretendida cesión recíproca de los gananciales, sosteniendo que lo que sucedía era justamente lo contrario, es decir, que desde un principio entraban a fundirse en una masa patrimonial única e indivisible, de la que el cónyuge viudo no podía ser despojado. Por tanto, en su opinión, no se trataría de

«"Ius uxorium". El régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano, en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, 9, Roma-Madrid, 1958, y «El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho vulgar romano-visigótico», en *AHDE,* 29 (1959), 389-446.

3 Este sistema estaría presente en el *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 36]: "De unitate uiri et uxoris. Quamuis superius sit dictum, quod post mortem mariti siue uxoris heredes cum supersitite diuidant, tamen si uir et uxor unitatem fecerint, sicut forum est, in uita utriusque nullus heres siue filius diuidat cum superstite, quandiu uixerit. Forum uero unitatis est, ut unitas sit stabilis et firma, oportet quod fiat in concilio, uel in collatione, et ab omnibus heredibus concedatur: ad omnibus dico, ita quod nullus heredum sit absens; quia sit aliquis heredum defuerit, uel aliquis presentium eum contradixerit, friuola habeatur et cassa". Un régimen similar estaría recogido en *Fuero de Zorita de los Canes*, [218]; *Fuero latino de Teruel*, [342], *Fuero romance de Teruel,* [450]; *Fuero de Iznatoraf*, [213], [214]; *Fuero de Plasencia*, [483]; *Fuero de Béjar,* [272]; *Fuero de Baeza,* [217]; *Fuero de Úbeda,* [XXII, 4]; *Fuero de Alcaraz,* [III, 110]; *Fuero de Alarcón,* [203]; *Fuero de Villascusa de Haro,* [205].

4 F. Martínez Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio*, Madrid, Hija de J. Ibarra, 1808, pp. 243-244, núms. 64-65. F. Cárdenas, *Ensayo histórico*, pp. 89-90. Merea, *Evoluçao dos regimes matrimoniais*, II, pp. 36-37.

una mera modalidad, sino de un verdadero régimen económico autónomo, del que también cuestionaba la presencia real en los fueros municipales utilizados como prueba de su existencia del requisito de la persistencia en la viudez apuntado por sus predecesores[5]. No obstante, la exigencia de diversas formalidades para su validación, como las de su realización en el concejo o en la parroquia, ante todos los herederos de ambos cónyuges y con su consentimiento, y su nula aparición en las fuentes documentales hacen dudar de su verdadera vigencia práctica.

Apartándose de la opinión de sus antecesores, que negaron su singularidad, Martínez Gijón aún defendió la existencia de un tercer tipo de régimen económico, que denominó «de mitad»[6], únicamente localizable en una ambigua referencia del Fuero de Alcalá de Henares[7], que muestra ciertos paralelismos en otros textos de la Extremadura leonesa y aragonesa[8]. Según su interpretación, además de no aludirse nunca al retraso de la partición hasta la defunción del cónyuge superviviente, su auténtica especificidad residiría en el hecho de configurar un modelo muy cercano a una comunidad universal de bienes, en la que la separación entre bienes pro-

5 J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 88-90. Este mismo sistema ha sido detectado en el ámbito leonés, en los fueros de Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes, por A. García Ulecia, *El régimen económico*, pp. 191-194, y por F. Arvizu y Galarraga, *La disposición "mortis causa" en el derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977, p. 69, en relación con el *Fuero de Muño y Pampliega*, 1209-I-31 (cito por G. Martínez Díez, *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Burgos, Caja de Ahorros Municipal, 1982, núm 30, p. 181), [11]: "Si uero inter virum et uxorem pactum fecerit, qualiscumque prius recesserit a saeculo ipse que remanserit in hoc saeculo tenendo castitatem vivat in hereditate et mobile omnibus diebus vite sue prestet et valeat; si autem aceperit alium virum uel virum acceperit aliam uxorem, revertatur hereditate atque mobile ad filios".

6 J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 91-95.

7 *Fuero de Alcalá de Henares*, [84]: "Todo ome qui meter quisiere a su mulier en medietad, o muger a so marido, si filios non ovieren, vengan IIIIº parientes de la una parte e IIIIº parientes de la otra, de los que ovieren a heredar, que foren en termino, et otorguen la carta en conceio mayor con elos, et preste; et si esto non ficieren non preste".

8 *Fuero de Coria*, [73]: "Marido e mugier que se permediar quisieren.- Marido e mugier que se permediar quisieren, haganlo al dia del domingo, exida de misa matinal en una collaçion de la villa, o al sabado a las biesperas, e sea estable. E se asi no lo hizieren, no les preste". *Fuero de Usagre,* [81]: "Marido et mugier que fizieren unidat.- Uiro et mulier que unitatem fecerint, faciant illam in die domingo, exida de la missa matinale in collacione de uilla, aut sabbado ad uesperas, et preste; sin autem non prestet". Igual en *Fuero de Cáceres,* [80]: "De unitate (...)". *Fuero de Daroca*, [86]: "(...) Maritus et uxor, si non habuerint filios, possint se ad invicem recipere in medietatem si voluerint. Hoc autem fiat in collatione sua die sabatto post vesperas, vel die dominica post missam".

pios y adquiridos se diluiría. Como consecuencia de ello, al no prohibirse la partición anticipada entre el viudo y los herederos, podría inferirse que ésta fuese la práctica normal. No obstante, el añadido de nuevos requisitos, como la carencia de hijos, la conformidad expresa de cuatro parientes por cada parte, en representación de los herederos susceptibles de ser perjudicados en sus derechos, su plasmación por escrito y su celebración en el concejo, o en la parroquia, con garantías de publicidad, unido a la ausencia de rastros documentales, incrementan todavía más, respecto al sistema de unidad, las dudas acerca de su verdadera aplicación, que sólo presenta un pálido reflejo en un precepto del Libro de los Fueros de Castilla que, afirmando obrar a fuero de Logroño, admitía la posibilidad de que los contrayentes fusionasen, repartiéndoselos por mitad, sus respectivos patrimonios mobiliarios[9]. La diferencia entre los sistemas de mitad y de unidad ha sido descartada con posteridad por E. Gacto[10].

Finalmente, habría que hacer alusión a los llamados «pactos de hermandad», que presentan grandes similitudes con el régimen de mitad, y cuya naturaleza es descrita en el Fuero Real, descansando sus principales novedades en que se reclama la ausencia de hijos presentes o futuros con derechos hereditarios, cuyo alumbramiento sobrevenido desactivaría el pacto realizado, y que su celebración se aplaza hasta después de transcurrido un año desde la fecha del casamiento[11]. Sobre estos pactos afirmaría E. de Hinojosa, que habían representado el modelo dominante en los siglos posteriores en otros territorios peninsulares, como Aragón, Cataluña,

9 *Libro de los Fueros de Castiella*, [289]: "Esto es por fuero de Logronno: Que el día que fuere el omne con su muger casado avrá la meatad de todo el mueble, el marido de la mujer, e la muger del marido. Et toda cosa que oviese cada uno dellos fecha por su cabo cada uno ante que casasen, ambos a dos lo abrían de pechar por medio; et depués que fuessen casados, otrosí".

10 E. Gacto Fernández, *La condición jurídica*, p. 160. Apoya esta conclusión en que no se hace distinción entre ellos en el *Formulario de Fueros,* [93]: "El marido e la mugier que non ovieren fijos en uno o los ovieren e s'quisieren meter en mehetat, no lo puedan fazer si a los herederos no ploguiere e que esten delant; e si les proguiere e que esten delant todos, faguanno en conceio o en la colation, e si no, no; ca si alguno menguasse o alguno contradixiesse, non valdrie la unidat". Justifica a Martínez Gijón, señalándo que no pudo tener en cuenta el Formulario, por no haber estado aún publicado.

11 *Fuero Real*, [3, 6, 9]: "Si el marido e la mugier fizieren hermandat de sos bienes des que fuer el anno passado que casaren en uno non auiendo fiios de consouno, nin dotra parte que ayan derecho de heredar, uala tal hermandat; e si después que fizieren la hermandat ouieren fiios de común, non uala la hermandat, ca non es derecho que los fiios por que son fechos los casamientos sean deseredados por esta razon".

Valencia y Mallorca[12]. Pero se trata, en todo caso, de formas organizativas de las que se ha debatido si son autónomas o constituyen simples variantes del régimen de gananciales. Por lo que, dada la ausencia de toda mención a las mismas en la legislación de Toro, seguramente derivada de su excepcionalidad, aquí no me ocuparé específicamente de ellas.

Para explicar el profundo cambio operado entre los esquemas romanos y los medievales, se ha recurrido a un presunto entronque germánico, ligado a la adopción inicial de pautas de absorción por el marido del usufructo y la gestión de las propiedades de la mujer, que habrían acabado deviniendo hacia una completa integración de ambos patrimonios, en la que se desvanecería por completo la memoria de la procedencia diferenciada de los bienes singulares, y que sería mantenida incluso a la disolución del matrimonio[13]. También se ha querido subrayar la influencia de la nueva visión cristiana acerca de la convivencia conyugal, que pasará a ser concebida como una unión plena, sustentada sobre los principios de igualdad y de reciprocidad, lo que apenas afectará a la relación personal, pero sí trastocará profundamente su vertiente material, al determinar que ninguno de los consortes pudiese disponer de sus bienes sin el acuerdo del otro, atándoles a la obligación de preservar el caudal común para la descendencia[14]. No obstante, es en el terreno jurídico mismo donde parece más conveniente buscar los procesos esenciales que irán jalonando esta evolución. Ya la política legislativa bajoimperial y justinianea, tendente a equilibrar la cuantía de las aportaciones nupciales masculina y femenina, introdujo una erosiva cuña en el sistema de separación, al propiciar, implícitamente, una mutua participación en los bienes del otro cónyuge y la segregación de una masa patrimonial sustraída a la capacidad dispositiva de ambos. Aunque la incidencia de este factor debe relativizarse, pues no hay que olvidar que el grueso de las normas legales dictadas en esta época en relación con la cuestión irán orientadas, precisamente, hacia la salvaguarda de la identidad independiente de las propiedades de cada uno de

12 E. de Hinojosa y Naveros, «Sobre la condición jurídica de la mujer casada en la esfera del derecho civil», en *Obras*, Madrid, CSIC, Ministerio de Justicia, 1955, II, 343-385, pp. 364-365.

13 Tesis a la que mostraron su adhesión algunos prestigiosos autores alemanes. Es el caso de Hans Planitz, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Barcelona, Bosch, 1957 (1ª ed. Berlín, 1931), pp. 305-307.

14 Una vieja teoría, que ya fue formulada por M. Roberti, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi,* Turín, 1919, pp. 202 y ss. Citado por G. Vismara, *I rapporti patrimoniali*, pp. 674-675.

los miembros de la pareja. Existe, finalmente, un destacado sector doctrinal que se inclina por localizar el eslabón decisivo en la cadena de fenómenos que marcan la transición hacia el sistema preponderante en los siglos medievales en la comunidad de bienes y adquisiciones que diversos autores han creído descubrir desarrollada en la legislación visigoda.

El hito fundamental en esta evolución se ha tendido a situarlo en la conocida ley *Dum cuiuscumque* de Recesvinto (*Liber Iudiciorum* 4, 2, 16), que, a pesar de su naturaleza eminentemente sucesoria, contenía tan importantes novedades que, aunque fuese indirectamente, venía a consagrar un régimen económico matrimonial distinto al preexistente[15]. En concreto, tres eran las principales modificaciones que introducía: la asignación de las ganancias postnupciales en proporción al volumen de la precedente aportación de cada consorte, si ésta hubiese sido desigual, y su distribución por mitad cuando la diferencia entre ambas fuese apenas apreciable; la admisión de otros criterios de reparto mediante pacto fijado por escrito entre los cónyuges; y la exclusión de los bienes ganados por el marido en la guerra, y de los obtenidos por cualquiera de ellos por donación del rey, del patrono o de otra persona con la que no tuviesen lazos de parentesco[16].

15 J. Lalinde, *Los pactos matrimoniales*, p. 136, quien ha subrayado la ausencia de intención del legislador de introducir un nuevo régimen económico matrimonial. Sin embargo, no todos los autores han suscrito esta conclusión. Así, J. Ficker, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, IV, Innsbruck, Wagner, 1899, p. 313, mantuvo que la legislación goda reproducía fielmente la tradición germánica de una absoluta separación de bienes. Otros, como F. Cárdenas, *Ensayo histórico*, p. 63-65, han retrotraido lo signos iniciales de su plasmación al Código de Eurico. Para Paulo Merea, «Sobre a comunhao de adquiridos do direito visigótico», incluido en «Estudos de Direito privado visigotico», en *AHDE*, 16 (1945), 71-111, pp. 109-110, la finalidad de esta norma era resolver la complicada liquidación de las ganancias postnupciales, valiéndose de la presunción legal de la concurrencia a su negociación de los patrimonios de los dos cónyuges. Por su parte, E. de Hinojosa, *Sobre la condición jurídica*, pp. 357-358, situó la génesis del sistema, que denominó "de gananciales", en la vieja costumbre, anterior a Recesvinto, de dar el marido a la mujer como dote la mitad de sus bienes presentes y futuros, asociándola con ello a sus ganancias, y facilitando su intromisión en la enajenación de lo inmuebles.

16 *Liber Iudiciorum* (cito por la edición de K. Zeumer, «Leges Visigothorum», en *Monumenta Germaniae Historica*, Legum sectio, I, t. I, Hannover, 1902), [4, 2, 16]: "Dum cuiuscumque dignitatis aut mediocritatis mariti persona uxori fuerit nobiliter adque conpetenter adiuncta, et pariter viventes aliquid augmentaverint vel in quibuscumque rebus quippiam profligasse visi fuerint, adque proveniat, ut unus ex his maioris rei et facultatis domminus sit, de omnibus augmentis et profligationibus pariter conquisitis tantam partem unusquisque obtineat, quantum eius facultatem fuisse omnis sibi debita vel habita possessio manifestat; ita ut, si equales habundantie domino sunt, pro parvis rebus contentionis intemperantia non adsumant; quia difficile est, ut in tanta equitate facultas eorum

Los cauces a través de los cuales este esquema habría dado luego lugar a las distintas variantes que cristalizan en la península representan una incógnita sobre cuya resolución todavía no han conseguido llegar a un acuerdo los expertos.

Sean cuales sean las vías por las que consigue su consolidación, lo cierto es que frente al predominio en los primeros siglos medievales de una concepción patrimonial familiar, fuertemente subordinada a la prioridad de conservar dentro del círculo de parentesco la riqueza inmobiliaria a través de unos mecanismos sucesorios ligados a fórmulas de transmisión forzosa, que apenas dejan margen a la discrecionalidad de la sucesión voluntaria[17], la imagen inequívoca emitida por un copioso volumen de fuentes documentales y por los fueros locales más desarrollados es la de la implantación generalizada de un modelo de funcionamiento económico intermedio entre los dos sistemas puros de la radical separación y de la absoluta integración, el cual, habiendo merecido muy diversas denominaciones[18], podríamos designar como comunidad de gananciales o de adquisiciones. Un régimen que, en cierta medida, vendrá a quebrar el principio de troncalidad y de vinculación familiar de los bienes de procedencia hereditaria, y que está caracterizado porque la explotación conjunta del sus-

possit equari, no in quicumque videatur una pars alteri superesse (...)". La redacción del precepto lleva, con todo, a interpretar que la adopción de este sistema era un privilegio de los matrimonios nobles, exigiéndose que las fortunas de los novios fuesen de similar entidad y que éstos conviviesen maritalmente. Véase, M. García Garrido, *El régimen jurídico*, pp. 443-445.

17 Sobre estas formas sucesorias, J. Martínez Gijón, «La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español», en *AHDE,* 27-28 (1957-1958), 221-303; F. Arvizu y Galarraga, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la alta Edad Media*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977. M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio,* parte IV, «Formas y organización de la transmisión hereditaria de la propiedad», pp. 453-685.

18 Por citar algunas de ellas: E. Hinojosa, *Sobre la condición jurídica*, p. 361, habla de «régimen de gananciales»; P. Merea, *Evoluçao dos regimes matrimoniais,* p. 3, se refiere a una «unión de bienes»; J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, p. 69, prefiere la expresión «comunidad de bienes adquiridos o ganados»; y H. Dillard, *Daugthers of the Reconquest. Women in Castilian Town Society. 1100-1300*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, p. 69, opta por la de «sociedad de adquisiciones». Lista a la que podría añadirse a R. Pérez Bustamante, «La communauté de biens en histoire du droit espagnol», en R. Ganhofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquite à nous jours*, Estrasburgo, 1992, 541-554, quien alude a un régimen de «communaute reduite aux adquets», y a J. Gilissen, *Introduction historique au droit. Esquisse d"une histoire universelle du droit*. Bruselas, Bruylant, 1979, p. 531, que utiliza la expresión «communauté des meubles et acquets».

trato material constituido por las aportaciones de ambos consortes, al que se suman las ganancias obtenidas durante la vigencia del matrimonio, no comporta la confusión de sus respectivos patrimonios, sino que persiste nítida la conciencia del origen diferente de los diversos elementos que lo componen.

Es decir, la masa patrimonial así configurada queda estructurada en tres secciones claramente singularizadas. La primera, está constituida por los respectivos bienes privativos, entre los cuales se comprenden todos los dones, incluido el ajuar, que cada contrayente recibió de sus padres o parientes en razón del matrimonio, con un límite marcado –cabe deducir–, por el respeto a las expectativas hereditarias de los coherederos, lo que comporta que sobre el beneficiario pesa el deber de llevarlos a colación en el momento previo a proceder a la partición del caudal relicto del donante, no pudiendo, por tanto, enajenarlos sin contar con la autorización de éste[19]. Además, el Fuero Real, enlazando con soluciones visigodas, adscri-

19 Entre otros textos, el régimen de esta clase de bienes aparece regulado en *Fuero de Alcalá de Henares*, [75]: "Padre o madre que filio varon ovieren a casar, quanto costaren los vestidos e la boda, después que muriere el padre o la madre, los hermanos entreguense, cada uno en la medietad"; [76]: "Padre o madre que filia casare, lassuvar quel dieren, si fore apreciado e muriere padre o madre, entreguense los hermanos, cada uno en la meitad; e quando muriere el otro pariente, entreguense cada uno de los hermanos en la otra medietad (...)". *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 22]: "De donis que pater et mater filius suis dederint in die nuptiarum.-Cum parentes filiis, aut filiabus suis nupcias fecerint, quid eis dederint, ratum habeatur, si ceteri fratres de tot reintegrare potuerint. Quia cum ad particionem uenerint, pariter debent habere ea que parentum decessorum fuerint. Si in die particionis alii fratres, qui nondum acceperant, non habuerint unde possint reintegrari, tradant ad particionem quantum de subera sui parentis pre aliis habuerant, ut ita parificari possint, tamen prius omnibus debitis, sicut dictum est". Preceptos muy similares en *Fuero de Zorita de los Canes*, [206]; *Fuero latino de Teruel*, [331], *Fuero romance de Teruel,* [438]; *Fuero de Iznatoraf*, [199]; *Fuero de Plasencia*, [477]; *Fuero de Béjar,* [255]; *Fuero de Baeza,* [203]; *Fuero de Alcaraz,* [III, 96]; *Fuero de Alarcón,* [190]; *Fuero de Villascusa de Haro,* [193], y *Fuero de Huete,* [164]. *Fuero de Soria,* [330]: "Toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fijos en casamiento o en otro manera, saluo si gelo diere por meioria en aquella guysa que manda el fuero (...) sea tenido el fijo de lo adozir a partiçion con los otros hermanos despues dela muerte del padre o de la madre que gelo dio. Et si amos gelo dieren de consuuno et el uno de ellos muriere, el fijo ssea tenido de tornar a partiçion la meatad de lo quel dieron en casamiento. Et si amos murieren, todo quantol dieron tornelo a partiçion (...)". *Fuero Real*, [3, 6, 14]: "Toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fiios en casamiento sea tenido el fiio de lo adozir a partición con los otros hermanos depués de la muerte del padre o de la madre que ge lo dio; et si amos ge lo dieron de consouno e el uno dellos muriere, el fiio sea tenido de tornar a partición la meetat de lo quel dieron en casamiento, e si amos murieren, torne todo quantol dieron a partición con los hermanos". *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 3, 6]: "Sy el padre o la

birá a esta misma categoría los presentes dados por el rey al marido o a la mujer por separado[20], el *donadio* proveniente del señor, de un pariente o de un amigo[21], lo ganado por él en la guerra, siempre que el equipamiento

madre dan a su fijo o a sua fija alguna heredat en casamiento o sin casamiento, o dan a la su fija rropa que sea de yazer o vaso de plata, e oviere ý otros fijos que sean de edat e non otorguen e non sean de edat, e vienen a tienpo que se muere el padre o la madre e demandan los otros fijos que aduga la heredat e la rropa e el vaso de plata a partición, dévela adozir la heredat a partiçion e la rropa e el vaso de plata; et sy non lo troxiere, dévese entregar cada uno de los hermanos en sendos ál tanto, sy oviere de qué, e sy non oviere de qué, adugan la heredat a partiçion e la rropa tal qual fuere usada el el vaso de plata, jurando que aquélla es la rropa e que non ovo ý mas de aquello. Mas, sy en casamiento dieren al fijo o a la fija oro o dinero o ayuda de escuela, o quando cantare misa, lo que el padre o la madre dieren en esta guysa a qualquier de los fijos dévelo aver al que lo diere por fuero, e non es tenudo de lo traer a partiçion (...)". Conviene tener presente la diferencia existente entre estos regalos y otra clase de donaciones realizadas o prometidas con ocasión de la boda a uno de los contrayentes o a ambos, que son asimilados a los gananciales y, por tanto, divididos equitativamente a la liquidación de la sociedad conyugal. Véase J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 70-71 y 84-85, y A. García Ulecia, *El régimen económico*, pp. 182-183.

20 *Fuero Real*, [3, 3, 1]: "Toda cosa que el marido e la mugier ganaren o compraren de souno, áyanlo amos por medio; e si fuere donadío de rey e lo diere a amos, áyanlo amos, marido e mugier, e si lo diere al uno, áyalo solo aquel a quien lo diere"; [3, 12, 8]: "Las cosas que diere el rey a alguno non ge las pueda toller nin otro ninguno sin culpa; et aquel a qui las diere faga dellas su uoluntat assí como de las otras sus cosas, et si muriere sin manda, ayánlo sus herederos e non pueda su mugier demandar parte dellas. Et otrosí el marido non pueda demandar parte en las cosas que el rey diere a su mugier". Concuerdan estos preceptos con *Fuero Juzgo*, [5, 2, 2]: "De la donacion del rey.- Las donaciones que el rey faze á algunas personas, ó que a fechas, deven seer en poder daquel á quien las fizo en tal manera, que aquel que las recibir faga dellas lo que quisiere (...). E si aquel que recibió la donacion muriere sin fabla, sus herederos lo deven aver, é nor debe seer desfecha si non fuere por culpa daquel que la recibió"; [5, 2, 3]: "De las cosas que da el rey al marido ó á la muier.- Nos establescemos especialmentre que de la donacion que el rey fiziere al marido, que la muier non pueda ende aver nada, fueras lo quel diere por amor. E otrosí lo que el rey diere á la muier, el marido non pueda ende aver nada, ni demandar despues de la muerte de la muier, si non lo que ella le diere".

21 *Fuero Real*, [3, 3, 2]: "Si el marido alguna cosa ganare de herencia de padre o de madre o de otro propinquo o de donadío de sennor o de pariente o de amigo (...) áyalo todo quanto ganare por suyo (...)". *Fuero Juzgo,* [4, 2, 17]: "(...) E si el marido ganare alguna cosa de algun omne estranno ó en hueste, ó quel dé el rey ó su sennor, ó su amigos devénlo aver sus fijos ó sus herederos después de su muerte, ó puede fazer dello lo que quisiere. E otrosí dezimos de las mujeres". También en *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 7]: "(...) E las ganançias que fizieron después que casaron en uno, quier de mueble o de rraýz, conprándolo o ganándolo en uno, dévenlo aver por meytat, salvo sy ganare alguno dellos alguna cosa, quel dan en donadio, asý conmo sennor a pariente o amigo que gelo dé, que esto es quito de aquél a quien fue dado e el otro non ha derecho ninguno".

militar no hubiera sido pagado conjuntamente por ambos cónyuges[22], y lo obtenido por permuta o con el producto de una venta de otros bienes de propiedad exclusiva de uno de los consortes[23]. Por último, merecen esta misma calificación las propiedades pertenecientes a cada miembro de la pareja casada, sea por haberlas conseguido antes de celebrarse el enlace, sea por haberlas heredado[24], o sea por haberlas recibido *intuitu perso-*

22 *Fuero Real* [3, 3, 2]: "(...) en hueste en que uaya por su soldada de rey o de otri, áyalo todo quanto ganare por suyo; e si fuere en hueste sin soldada a cuesta de sí e de su mugier, quanto ganare desta guisa sea del marido e de la mugier, ca así como la cuesta es comunal assí lo que ganare sea comunal damos (...)".

23 *Fuero Real*, [3, 4, 11]: "Si estando el marido con la mugier camiaren heredat que sea del uno dellos con otri, los esquimos daquellla heredat que fuere camiada áyanlos por medio e la heredat sea daquel cuya era la otra por que fue fecho el camio. Otrosí si estando en uno uendieren heredat que sea del uno dellos e del precio de la heredat compraren otra, los esquimos della sean damos comunalmientre e la heredat sea daquel de cuia hereat fue fecha la compra". En su glosa a esta ley, A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real*, p. 46, recuerda el requisito de que el precio de la venta del inmueble propio sea inmediatamente invertido en la adquisición de otro para conservar esta condición. En *Fuero Viejo de Castilla* [5, 1, 7], además de advertirse que si el dinero embolsado con la venta no fuese reinvertido en otra adquisición, dado su carácter mueble y genérico, tomaría la consideración de ganancial, se diferencia entre la enajenación efectuada por el marido de un bien propiedad de la mujer, para lo que se requiere su reconocimiento como tal, y la realizada con sus propias pertenencias, que además deberá ser probada: "Esto es fuero de Castiella: Que si el marido vende algún heredamiento que es de su muger, si él mesmo conosçe ante testigos rrogados que deste aver que ovo desta misma heredat, que vendió de su muger, conpró otro heredamiento, o otras cosas algunas; asý conmo esto que vendió era suyo della, asý deve ser todo lo otro que conpró deste mesmo aver suyo della. Et eso mismo es, sy vende él mismo de lo suyo e conpra alguna cosa, si se pudiere provar que suyo vendió e que de aquel mismo aver conpró para sý; mas non por conosçencia de la muger le faga, salvo si lo conosçiere en su testamento, yaziendo enferma. Mas, sy conmo el marido ha poder de vender de los bienes de su muger, que ella avié ante que casó con ella, asý ha poder de entregarla, si quisiere, conosçiéndolo ante testigos que aquello que vendió era suyo della, quier otorgándolo ella la venta, quier no (...)".

24 La percepción de la titularidad exclusiva de este tipo de bienes privativos resulta confirmada tanto por preceptos normativos como éstos del *Fuero extenso de Sepúlveda*, [64b]: "Otrossí, todo omne que mugier oviere, non aya poder el marido de vender raíz de su muger, si a ella non ploguiere", y del *Fuero de San Sebastián* (cito por A. Martín Duque, «El fuero de San Sebastián, tradición manuscrita y edición crítica», en *El Fuero de San Sebastián y su época,* San Sebastían, Eusko Ikaskuntza, 1982, 3-25), [3, 9, 10]: "Et si maritus facit donatium absque auctoritate mulieris de hoc quod pertinet mulieri, non valebit; sed si facit donatium de hoc qui sibi pertinet, valebit", que prohíben al marido vender las propiedades de su mujer sin consentimiento de ésta, como por los muchos otros que apartan al supérstite del control de las pertenencias del difunto. Y en idéntico sentido apuntan los numerosos testimonios documentales registrados en los que, a la hora de realizar cualquier negocio jurídico, uno de los cónyuges especifica el origen hereditario de los

nae[25], pudiendo disponer de todas ellas con entera libertad, si bien los frutos que produzcan tendrán la consideración de gananciales[26].

El segundo bloque lo componen las distintas aportaciones nupciales, las cuales están sujetas, en sus diferentes modalidades y regulaciones, a unos regímenes de titularidad, de administración y de restitución o atribución al llegar la disolución del matrimonio que son de una extraordinaria complejidad. Por ello, habiendo sido ya detalladamente abordadas algunas de estas cuestiones esenciales en el capítulo precedente, eludiré dedicar un tratamiento exhaustivo a aquellos otros aspectos que no se hallen afectados por las reformas legislativas de Toro[27].

La nota esencial del régimen económico que analizamos reside, con todo, como su propia forma de designación indica, en la existencia de una comunidad de dominio y de administración sobre un tercer grupo de bienes, los llamados gananciales[28]. Categoría en la que, como con meridiana claridad se señala en el Fuero Real, se incluyen todas las cosas

bienes gestionados, o justifica su actuación en solitario por ser de su dominio exclusivo. Al igual que los abundantes casos en los que descubrimos a los miembros de una misma pareja actuando en diferentes asuntos, unas veces conjuntamente y en otras por separado, en función de cuál sea la naturaleza de los bienes implicados. Y también cabe sacar la misma conclusión de aquellas situaciones en las que la mujer asume el protagonismo de alguna operación, a pesar de contar con la presencia del marido, en ocasiones supervisándola y otorgando expresamente su consentimiento, y en otras ejerciendo un mero papel convalidante. Diversos ejemplos de todas estas circunstancias en M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio*, pp. 210-219.

25 Supuesto, éste, propuesto por E. Gacto, *La condición jurídica*, p. 110, nota 86, a partir de lo dispuesto en *Fuero Viejo de Castilla* [5, 1, 6], respecto al usufructo del inmueble concedido a los cónyuges a título personal, de tal manera que, fallecido uno de ellos, el superviviente no estaría compelido a repartir los frutos y beneficios con los herederos del muerto: "Esto es fuero de Castiella. Que sy marido e muger an una heredat ganada para en sus días de algún monesterio e an fijos o fijas e muere el marido o la muger e demandan los fijos al pariente bivo, que les dé parte de aquella rrenta de aquella heredat, non les deve dar parte della fueras sy non fue puesto entre amos a dos, quando la eredat ganaron para en sus días, e mostrándola, conmo es derecho". Igual en *Libro de los Fueros de Castilla*, [197].

26 Así se establece en *Fuero Real*, [3, 3, 3]: "Maguer que el marido aya más que la mugier o la mugier que el marido, quier en heredat quier en mueble, los fructos sean comunales damos a dos; e la heredat e las otras cosas don uienen los fructos ayálos el marido o la mugier cuyas eran o sos herederos".

27 En cualquier caso, son temas que estudie en M. A. Bermejo Castrillo, *Transferencias patrimoniales*, pp. 124-128, 141-142 y 147-149.

28 Ganancias que según I. Jordan de Asso, M. de Manuel, *Instituciones*, p. 60, tienen su fundamento en la sociedad que nace entre marido y mujer a resultas del manejo mancomunal de los distintos bienes y aportaciones nupciales traídos por cada consorte al matrimonio. Lo que justificará su decisión de no incluir su tratamiento, como lo ha-

«que el marido e la mugier ganaren o compraren de souno, ayanlo amos por medio»[29]. Es decir, comprende las cosas ganadas por la pareja o por cualquiera de sus miembros a título oneroso, con dos excepciones: una, cuando el dinero utilizado para pagarlas perteneciera a uno sólo de los consortes, la cantidad invertida podrá sacarse de la masa ganancial, en la que, sin embargo, se integrará el bien adquirido; y la segunda, que lo obtenido por permuta con otros bienes privativos quedará bajo la pertenencia exclusiva del cónyuge que hubiese aportado el bien intercambiado o la suma monetaria empleada[30]. Asimismo, cobran tal calificación las demás adquisiciones comunes, entre las que se incluyen lo conseguido por el marido en las campañas militares a las que acudiese sin soldada y pertrechado con un equipo costeado con la contribución económica de la mujer[31],

bían hecho otros autores, entre los que citan a Ayerve de Ayora, al abordar el estudio del contrato de sociedad.

29 *Fuero Real,* [3, 3, 1]. En parecidos términos, *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 7]: "(…) E las ganançias, que fizieron después que casaron en uno, quier de mueble o de rraýz, conprándolo, o ganándolo en uno, dévenlo aver por meytat (…)". Son interesantes los comentarios que introduce A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real*, en su glosa a esta ley, pp. 22-24. Así, además de precisar que para que nazca la sociedad de gananciales se presupone que debe tratarse de una pareja ya casada y que lleva una vida de cohabitación, escudándose en diversos principios justinianeos defiende que el reparto por mitad no procederá cuando alguno de los contrayentes no aporta nada al matrimonio y tampoco tiene intención o posibilidad de contribuir al mismo con su trabajo, o cuando actúa con mala fe o con un ánimo defraudador. Aunque otra cosa distinta será si, existiendo una clara desigualdad de fortunas entre los consortes, el de menos solvencia compensase con su mayor esfuerzo este desquilibrio. Véase Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 96-97.

30 *Fuero Real*, [3, 4, 11]: "Si estando el marido con la mugier camiaren heredat que sea del uno dellos con otri, los esquimos daquella heredat que fuere camiada áyanlos por medio et la heredat sea daquel cuya era la otra por que fue fecho el camio. Otrosí si estando en uno uendieren heredat que sea del uno dellos e del precio de la heredat compraren otra, los esquimos della sean damos comunalmientre e la heredat sea daquel de cuia heredat fue fecha la compra". Es decir, sólo se reconocían la subrogación automática y por reempleo, pero no la subrogación por uso de dinero privativo no procedente de la enajenación previa de otro bien, sino aportado simplemente al matrimonio. J. V. Gavida Sánchez, *La atribución voluntaria de ganancialidad. Análisis crítico del precepto contenido en el artículo 1355 del Código civil*, Madrid, Montecorvo, 1986, p. 25.

31 *Fuero Real,* [3, 3, 2]: "(…) e si fuere en hueste sin soldada a cuesta de sí e de su mugier, quanto ganare desta guisa sea del marido e de la mugier, ca así como la cuesta es comunal assí lo que ganare sea comunal damos. Esto que es sobredicho de las ganancias de los maridos e esso mismo mandamos de las mugieres". Lo justifica A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real*, glosa a [3, 3, 2], p. 23, en el hecho de que si ambos afrontan el riesgo, es lógico que también compartan los posibles beneficios.

las donaciones efectuadas por el monarca a favor de ambos consortes[32], y los frutos, lucros y rentas derivados tanto de los bienes de titularidad compartida como de los privativos de cada cónyuge[33]. Mayores problemas

32 *Fuero Real*, [3, 3, 1]: "(...) e si fuere donadío de rey e lo diere a amos, áyanlo amos, marido e mugier, e si lo diere al uno, áyalo solo aquel a quien lo diere".

33 *Fuero Real,* [3, 3, 3] y [3, 4, 11] (notas 26 y 30). También en *Fuero de Soria,* [336]: "Maguer que el marido aya mas que la mugiere o la mugier mas que el marido, quier en heredat, quier en mueble, los fructos sean communales de amos ados (...)".

Un supuesto peculiar, contemplado en *Fuero Real*, [3, 4, 10], es el de los frutos producidos por heredades sembradas o plantadas mientras perdura el matrimonio, pero no recogidos hasta después de su disolución, en cuyo caso su calificación como gananciales, y su división por mitad, dependerá de si su aparición en el árbol o en la vid se produjo antes de la terminación del vínculo, pasando, en el caso de hacerlo después, en su totalidad al propietario o a sus herederos, aunque manteniendo el otro el derecho a percibir el importe de los gastos o mejoras realizados en ese tiempo. Mientras que si se tratase de una cosecha, bastará que la tierra hubiera sido sembrada con antelación a dicha quiebra; ahora bien, si la finca quedó en barbecho, el dueño deberá resarcir al otro de la mitad del coste de las labores hechas. Dice así: "Por que acaeçe muchas uezes que ante que los frutos sean cogidos de las heredades muere el marido o finca el marido e muere la mugier, estableçemos que si los fructos aparecen en la heredat a la sazón de la muerte, que se parta por medio entrel biuo e los herederos del muerto, e si non aparece, aya los fructos aquel cuya fuere la raýz e dé la missiones que fueren fechas al qui las labró. Esto sea si la raýz fuere uinna o árbores; ca si fuere tierra e fuer sembrada maguer que non aparesca el fructo a la sazón de la muerte, pártasse por medio quanto dent uiniere, e si non fuere sembrada e fuere baruecho, el que non á nada en la heredat aya la meetat de las missiones que fueren fechas en el baruecho". Una solución similar en *Fuero de Soria,* [342]: "Por que acahece mvchas uezes que ante que los fructos sean cogidos de las heredades muere la mugier et finca el marido, o muere el marido et finca la mugier, si los fructos apareçieren en la heredat ala sazon dela muerte, que se partan por meytad entre el biuo et los herederos del muerto; et si non apareçieren, ayan los ffructos, cuya fuere la rrayz; et de las missiones que fueren fechas en lauor, dela meytad a la otra parte (...) et si non fuere sembrada et fuere baruecho, el que non anada enna heredat aya la meytad de las missiones que fueran fechas en el baruecho". Para explicar la diferente regulación dispensada a uno y otro tipo de frutos, E. Gacto, *La condición jurídica*, p. 115, sugiere que podría justificarse porque en tanto que los árboles y las viñas requieren una inversión importante en el momento de su plantación, siendo luego menores los gastos de mantenimiento, en el caso de los campos de cultivo es preciso realizar un notable desembolso anual compartido por el no propietario.

Otra circunstancia especial es la prevista en *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 3, 10]: "De la partiçion que demandan los fijos después de muerte de sus padres al pariente. Sy un omne e una muger casan en uno, e el uno dellos aduze vacas o ovejas o puercos o cabras o yeguas o alguno otro ganado, e depués fazen fijos e muere alguno dellos, el padre o la madre, e dexan fijos, e demandan los fijos partiçion al pariente bivo, e dales partiçion desto del mueble e de la eredat, e non les quiere dar parte del ganado que avía ante que casasen nin de la criazón que fizieron, despues que casaron en uno, de los ganados que avían, ante que casase, el pariente vivo, mostrando cónmo es suyo, conmo es derecho, non dará

plantea, sin embargo, la adjudicación de este carácter a los bienes que la pareja casada se hubiese procurado a resultas de un arreglo o negocio en el que se hubieran visto afectadas las propiedades particulares de uno sólo de sus integrantes. Así, mientras que en algunos fueros de la Extremadura leonesa es indiscutible su valoración como gananciales[34], Martínez Gijón, y antes Merea[35], han rebatido –frente a la antigua opinión expresada por Cárdenas[36]–, que en la familia de fueros de Cuenca-Teruel tomen esta consideración[37], lo que entraría en concordancia con el Fuero de Soria,

partiçion a los fijos del ganado que él traxo, mas déveles dar partiçion de toda la criazón que fizo aquel ganado". Por tanto, se plantea la posibilidad de que habiendo llevado uno de los contrayentes algunas cabezas de ganado al casamiento, al producirse la muerte de uno de los cónyuges, los hijos comunes reclamasen la partición al sobreviviente, no estando éste obligado a dividir el ganado que ya le pertenecía antes de casarse, pero sí las crías nacidas con posterioridad.

34 *Fuero de Usagre*, [89]: "Qui comprar herencia o moble con su mulier.- Tod omme qui conprar herencia o mueble con su mugier de su auer, entre la mulier en medietate despues que fueren uelados o camiaren; et similiter si mulier conparare aliquam causam de suo auer o canbiare, otrosi entre el marido en la meatad". Igual solución en *Fuero de Coria*, [81]; *Fuero de Cáceres*, [88].

35 P. Merea, *Evoluçao dos regimes*, vol. II, p. 88, nota 3.

36 F. Cárdenas, *Ensayo histórico*, II, p. 78.

37 J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 76-78, justificará el error de Cárdenas aludiendo a que éste no pudo cotejar la versión «sistemática» del Fuero de Cuenca, única entonces conocida, con la «primordial», donde la inserción de la partícula *quamuis* basta para disociar dos elementos sujetos a igual solución, aunque distintos, pues con ella el giro *in radice alteris* pasa a referirse solamente a las tareas conjuntas efectuadas en la propiedad raíz de uno de los cónyuges, pero no a las transacciones que éstos pudieran acordar. Además, subrayará las influencias romanistas perceptibles en este texto, por ejemplo, en el empleo de la fórmula "alia radix redeat radicem" que constituye un trasunto del viejo principio de que el edificio cede al suelo, por lo que la propiedad pasará al dueño de la superficie y no al autor de la mejora. *Fuero de Cuenca*, forma primordial, [224]: "De sterilibus que insumul cambium uel comparationem fecerint.- Si uir et uxor steriles fuerint, et insimul cambium aut comparationem fecerint QUAMUIS in radice alterius, simul domos, aut molendinos, aut alium laborem uel plantationem fecerint, pariter diuidant illud cum necesse fuerit tam in uita quam in morte. Cum alter eorum decesserit, uiuus habeat medietatem predicti laboris, et propinquiores consanguinei defuncti aliam medietatem: alia radix redeat ad radicem". La única variación de la forma sistemática, [X, 21] es la omisión del referido adverbio quamuis. Similar en *Fuero latino de Teruel*, [330]. *Fuero romance de Teruel*, [437]. *Fuero de Iznatoraf*, [198]. *Fuero de Plasencia,* [476]. *Fuero de Béjar*, [254]: *Fuero de Alcaraz*, [III, 95] *Fuero de Alarcon,* [189]. Fuero de Baeza, [202]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [192]. *Fuero de Huete*, [163]. Curiosamente, este supuesto es omitido en el Fuero de Zorita de los Canes, [205], suscitando la duda de si es debido a un simple olvido o a una consciente aplicación de tendencias consuetudinarias contrarias.

que lo niega expresamente[38]. Divergencias de criterio que se multiplican en los distintos ordenamientos locales respecto a las mejoras o labores realizadas en esos bienes privativos, siendo el Fuero Real el que, adoptando una solución conciliadora, asentará definitivamente su condición de gananciales[39]. Finalmente, tampoco hay que olvidar que la gestión de esta sociedad no solamente reporta ventajas y beneficios, sino que también

38 *Fuero de Soria*, [343]: "Si estando el marido con la muger camiaren heredat que sea del uno dellos con otro, los esquimos daquella heredat que fuere camiada ayan los por medio, et la heredar ssea daquel cuya era la otra por que fue fecho el camio (...)". No obstante, en este mismo precepto se dispone que, cuando el negocio se hubiese saldado merced a un pago, total o parcialmente realizado en metálico, también el consorte que no fuese propietario tendrá derecho, en función del principio de unidad de gastos y beneficios, a disfrutar, en proporción a la mitad del precio entregado, de la cosa recibida: "(...) Otrossi si dieren heredat del uno dellos et dineros de mas (...) por heredat dotro, aquel que non auie ninguna cosa enla heredat primera aya en la otra heredat que reçibieron en camio tanto quanto montare la meatad de los dineros que fueron dados de mas sobre la heredat, et todo lo otro ssea daquel cuya eredat fuere dada en camio; et los esquimos de toda la heredat ayan los amos por meatad. Otrossi si estando en uno uendieren heredat que sea del uno dellos et del precio de essa misma heredat compraren otra, los esquimos della sean de amos communal mientre, et la heredat ssea dada aquel de cuya heredat fue fecha la compra".

39 Así, *Fuero Real,* [3, 4, 9] se ocupa de las mejoras o trabajos desarrollados en casas, hornos y molinos, decidiendo, en consonancia con la línea seguida en el Fuero de Cuenca y algunos de sus allegados, que el solar junto con la edificación queden en manos del dueño, debiendo abonar al otro cónyuge o a sus herederos la mitad del valor estimado de la obra realizada, por adherirse a la sociedad conyugal: "Si el marido e la mugier fazen casa en tierra que sea del marido o de la mugier e muriere el uno dellos, cuya fuere la raýz dé la meetat de la apreciadura a qui heredare su buena, quanto asmaren que costo la fechura, e finque cuya fuere la raýz con las casas; e si cuya fuere la raýz muriere antes, otrosí los que heredaren su buena den la meetat de la apreciadura assí como sobredicho es; e otrosí mandamos que esto mismo sea de los molinos e de los fornos". En contraste, *Fuero Real* [3, 4, 3] aborda la misma situación en relación con la plantación de una viña u otro cultivo, adoptándose aquí la solución inversa, al absorber lo accesorio a lo principal (la tierra), y adquiriendo también ésta la calificación de ganancial: "Quando el marido e la mugier ponen uinna en tierra que sea de qualquier dellos, cuya fuere la tierra tome el terrado segundo como pone las otras uinnas en aquel logar, e el uno parta lo al con los otros fiiios del muerto o con sus herederos si fiios non ouiere; e esto mismo sea en las otras lauores qualesquier que sean en el so logar del uno dellos". Según A. Ayerve de Ayora, *Tractatus de partitionibus*, I, X, fols. 78r-78v, núms. 1 y 2, la razón de esta diferencia de criterio estriba en que la casa, el horno y el molino son difícilmente divisibles, mientras que dividir la viña no ofrece complicación. Un análisis en detalle sobre esta cuestión en M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio*, pp. 223-225, y Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 101-104, que interpreta que en cualquiera de ambos casos la edificación, plantación o mejora sobre el terreno perteneciente a uno solo de los cónyuges da lugar a la constitución de copropiedad sobre el inmueble en su totalidad.

conlleva la generación de deudas, obligaciones y otras cargas, que gravitan de forma conjunta sobre los dos fundadores de la misma[40].

b. Presencia en los distintos ordenamientos jurídicos

Tenemos, por tanto, que desde el día mismo de la boda, la economía familiar queda sujeta a unas reglas que pivotan sobre la explotación compartida de esos recursos sobrevenidos después de celebrado el enlace. Sin embargo, es al llegar el momento de su liquidación cuando este modelo de organización del sustrato material de la célula conyugal, realmente, despliega por completo sus efectos. No se trata, desde luego, del viejo procedimiento visigodo –todavía vivo en aquellas localidades donde rige el Fuero Juzgo[41]–, de reparto proporcional a la aportación originaria de cada consorte, que aparte de potenciar el desequilibrio entre sus patrimonios, refuerza la posición preponderante del marido, el que aflora en la generalidad de los fueros municipales, ya que éstos optan por la división a partes iguales de los gananciales entre los cónyuges o, cuando el lazo se rompiese por causa de muerte, que es la circunstancia contemplada en la mayoría de los ordenamientos, entre el supérstite y los herederos del difunto. Así se constata ya en el derecho de algunas poblaciones septentrionales[42], aunque es en los grandes cuerpos normati-

40 *Leyes del Estilo*, [207]: "Todo el deudo que el marido, y la muger ficieren en uno, paguenlo, otrosi, en uno. Y es à saber, que el deudo que face el marido, mager la mujer no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es à la meytad de la deuda (…). E como quiere parte en las ganancias, asi se debe parar à las deudas (…)".

41 *Fuero Juzgo*, [4, 2, 17]: "De lo que gana el marido é la muier, seyendo casados en uno.- Quanto quequier que el marido sea noble, si se casa con la muier cuemo deve, é viviendo de so uno ganan alguna cosa, o acrecen, si alguno dellos fuere mas rico que el otro, de su buena é de todas las cosas que acreceren e ganaren en uno, tanto debe aver demas en aquello que ganaren en uno, quanto avie demas del otro en su buena: assi que las buenas dambos semeian equales por por poca cosa non tomen entencion. Ca de duro puede seer que sean asmadas tan egualmientre, que non semeie que la una es meior de la otra en alguna cosa. Mas si la una es mayor de la otra connoçudamientre, quanto fuere mayor, tanto deve aver mayor partida en la ganancia, assi cuemo es dicho de suso, cada uno despues de la muerte del otro (…)".

42 *Fuero de Carrión de los Condes*, 1109-IX-29 (J. Rodríguez Fernández, *Palencia*, núm. 7, pp. 222-223), [3]: "Et cavalleiro si de terra exierit et ad mauros fuerit éxito sive salito, ut sua mulier non perdet sua hereditate non suas medias comparationes, neque suo habere neque suas arras quae habuerit pro fide sine enganno". *Fuero de San Sebastián*, [3, 9, 1]: "Si maritus (illi moritur) et habet inde filios, et postea vult ducere alium maritum,

vos de las ciudades de la Extremadura castellano-leonesa donde con meridiana claridad aparece reflejado, a través de expresiones como «partan la por medio» o «dividant equaliter inter se»[43]. Hemos visto también, como la división por mitad, «ayanlo amos por medio», es una realidad que aparece en numerosos preceptos del Fuero Real, en particular en muchas de las leyes que abordan el trámite de la partición hereditaria[44], con declaración expresa de rechazo, incluso, al criterio visigótico de distribución ajustada a la contribución inicial de cada cónyuge[45]. E igualmente, se encuentra presente en las redacciones del derecho territorial castellano, tanto en diversos pasajes del Fuero Viejo de Castilla[46], como

mulier illa debet partire totum quantum examplavit cum suo marito primo, cum filiis, avere et honore, per medietatem".

43 *Fuero de Brihuega*, [285]: "Por buena de marido et mugier.- Toda buena que compraren o ganaren marido et mugier de mueble o de rayz: a la fin del uno partanla por medio". Análoga redacción en *Fuero de Fuentes de Alcarria*, [181]. *Fuero de Alcalá de Henares*, [66]: "Toda bona, de mueble o de raiz, que ganaren o compraren marido e mulier, por medio, la partan". *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 8]: "De separatione uxoris et mariti.- Cum maritus et uxor aliqua occasione abinuicem uoluerint separari, diuidant equaliter inter se quecumque simul adquisierint, et non aliud; et diuidant laborem, quem ambo in radice alterius fecerint. Et postquam unus eorum, qui in uita fuerint separati decesserit, ille qui superuixerit, nichil de bonis eius accipiat, set heredes, defuncti accipiant omnia bona sua et diuidant inter se". Redacción muy similar en *Fuera de Zorita de los Canes*, [192]; *Fuero latino de Teruel*, [320]. *Fuero romance de Teruel*, [428]. *Fuero de Iznatoraf*, [185]. *Fuero de Plasencia,* [464]. *Fuero de Béjar*, [235]: *Fuero de Alcaraz*, [III, 82]. *Fuero de Alarcon,* [179]. Fuero de Baeza, [189]. *Fuero de Úbeda*, [XXI, 5 (d)]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [178] y [179]. *Fuero de Huete*, [148] y [149]. *Fuero de Coria*, [81]: "Todo ome que comprar herençia o ovejas o qual cosa quier con su muger de su aver, entre la mugier en la mitad despues que fueren velados. E si la mugier comprar alguna cosa, ansi lo faga de su aver, aya el marido la meatad. E si alguna cosa camiaren, asi sea". *Fuero de Usagre*, [89]: "Tod omme qui conprar herencia o mueble con su mugier de su auer, entre la mulier en medietate depues que fueren uelados o camiren; et similiter si mulier conparare aliquam causam de suo auer o canbiare, otrosí entre el marido en la meatad". Similar en *Fuero de Cáceres*, [88]. Veáse, J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 72-85 y *La comunidad hereditaria*, 221-303.

44 Entre los preceptos en los que la existencia de este sistema es evidente podemos mencionar *Fuero Real*, [3, 1, 13]: "Ninguna mugier bibda non case del día que muriere so marido fata I anno complido; e si ante casare sin mandado del rey, pierda la meetat de todo quanto ouiere e áyanlo los fiios o nietos que ouiere el marido muerto (...)" y los ya citados [3, 3, 1]; [3, 3, 2]; [3, 4, 9] y [3, 4, 11].

45 *Fuero Real*, [3, 3, 3]: "Maguer que el marido aya más que la mugier o la mugier que el marido, quier en heredat quier en mueble, los fructos sean comunales damos a dos (...)".

46 La diversificación del destino reservado a los bienes propios y los adquiridos al ser traídos a partición con los herederos del difunto y el carácter igualitario de la

en el Libro de los Fueros de Castilla[47]. Por el contrario, en el Especulo los gananciales no se mencionan directamente en ninguna de sus leyes, aunque se incorpora un formulario para la redacción de las cartas de dotes y de arras, en el que se aconseja a los contrayentes que inventaríen sus respectivos caudales mobiliario y raíz, con el fin de facilitar la asignación de lo que «Dios nos diere a ganar de aquí adelante, e meioraremos en nuestro aver», si bien es verdad que no se concreta que la distribución deba hacerse por mitad[48]. Gracias a las Leyes del Estilo sabemos, en fin, que en la actuación de los tribunales regios, en oposición al derecho legal de raigambre romano-canónica, según el cual, conforme a la presunción muciana, todas las cosas que tuvieran el marido y la mu-

división se deducen de la conjunción de una serie de preceptos. *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 1]: "(…) Et, quando el marido muriere, puede ella levar todos sus pannos e sus lecho e su mula (…) et el mueble que troxo consigo en casamiento e la meytat de todas las ganançias que ganaron en uno". También, [5,1, 3]: "(…) E sy éste a quien lo vende lo toviere anno e día, gana el juro, e puédelo después desto éste que lo conpra vender a éste mesmo que ge lo vendió e a esta muger con quien casó, e avrá la meytad e su muger la otra meytatd (…)"; [5, 3, 10]: "(…) e muere alguno dellos, el padre o la madre, e dexan fijos, e demandan los fijos partiçion al pariente bivo, e dales partiçion desto del mueble e de la heredat (…)", o [5, 3, 2], que presenta la particularidad de que el cónyuge viudo no está obligado a atender la reclamación de partición que no fuese planteada por la totalidad de los herederos del muerto: "Sy algún omne demanda partiçion a padre o a madre o a padrastro o madrastra de buena del padre o de la madre o buena quel pertenezca de otro pariente qualquier (…) et sy esta rrazón dixiere el demandado, deve rreçebir el alcalle e dével mandar que ayunte sus parientes e que fagan la boz una; e ante non es tenudo de rresponder el demandado".

47 El *Libro de los Fueros de Castilla* dice aplicar el fuero de Cerezo cuando concede a la mujer la posibilidad de participar en las transacciones emprendidas por su difunto marido con sus bienes privativos, pero no lo hace adjudicándole una porción de lo adquirido, que pasa íntegro a los hijos del premuerto, sino reconociendo su derecho a obtener de éstos una compensación en metálico equivalente a la mitad del valor estimado de la cosa, [279]: "Título del Fuero de Çerezo de cómo deve tornar heredamento rraíz a rraíz.-. Esto es por fuero de Çerezo: Que si un omne es casado con una muger e compra una heredat. Et aquella heredat que compra es de sus parientes e viene de su heredamiento de aquel que la compra, et pertenesçe a él tanto por tanto. Et depues muere aquel omne que la heredat compró e demanda la muger la meitad de la heredat que compró su marido, non la deve aver; mas dévenla entergar en dineros los fijos de lo que costo la heredat, dela meitad, e aver los fijos la heredat".

48 *Especulo*, [4, 12, 39]: "(…) E deue ý nonbrar todo lo que á el marido e otrossí lo que á ella, atan bien mueble commo rrayz; e deue poner las arras della con lo ál que auía ante, para ssaber quanto avíe cada uno el día que ffezieron ssu casamient porque sse alguno dellos moriere, más ciertamente puedan ssaber ssus herederos quanto deue aver cada uno en las ganançias (…)".

jer se presumirán de propiedad del primero mientras ella no demuestre que son suyas[49], prevalece la práctica consuetudinaria que sigue discurriendo bajo su capa, seguramente sólo epidérmica, conforme a la cual «los bienes que han el marido et la muger que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente»[50]. Principio que siglos más tarde será confirmado por una pragmática de Felipe II del año 1566[51].

Compadeciéndose mal este modelo de organización económica con la fuerte influencia que las Partidas reflejan del derecho romano-justinianeo, vertebrado en esta materia –como sabemos–, alrededor de un régimen dotal de separación de bienes, no descubrimos en ellas título ni ley alguna que se detenga en su regulación específica ni, mucho menos, en la aclaración de su concepto. No obstante, a pesar de que no falta quien niega su presencia, podemos encontrar algunas referencias indirectas que hacen pensar que su reconocimiento, si no explícito, sí podría hallarse

49 Principio indirectamente abrazado en *Partidas,* [III, XIV, II]: "(…) E esto touieron por bien los sabios antiguos, por esta razon, por que sospecharon, que toda cosa, que fallassen en poder de la muger, que era de los bienes del marido, fasta que ella mostrase lo contrario (…)".

50 *Leyes del Estilo*, [203]: "Que los bienes que se hallan en poder del marido, y de la muger, se presumen comunes de ambos, salvo si alguno probare ser suyos.- Como quier que en el derecho diga que todas las cosas que han marido, è muger, que todas presume el derecho que son del marido, fasta que la muger muestre que son suyas. Pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido, y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probáre cada uno que son suyos apartadamente". En la misma dirección insisten las leyes [205]: "(…) maguer la mujer haya su meytad en aquella ganancia de lo que el marido habia ganado ò comprado", [206]: "(…) y esto es porque la muger quiere haber la meytad en todo lo que ha su marido (…) y es así en comunaleza, que haya el marido la meytad en los bienes de la muger", y [207]: "(…) Y es à saber, que el deudo que face el marido, mager la mujer non lo otorgue, nin sea en la carta del deudo, tenida es à la meytad de la deuda (…)". En su comentario a ley [203], Cristóbal de Paz, *Scholia ad leges regias styli,* Madrid, 1608, p. 607, ofrecerá una original imagen, cargada de significado, acerca de la proximidad que, a su juicio, presenta la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales con la de una sociedad, cuando afirma que como el marido y la mujer comunican sus cuerpos tienen que comunicar los bienes, lo mismo que los socios comunican los lucros de los bienes comunes. Citado por M. I. Cobo, *Los bienes gananciales*, pp. 28-29.

51 Muy fiel en su literalidad a la ley [203] del Estilo, será recogida en la *Nueva Recopilación,* [5, 9, 1]: "Como quier que el derecho diga que todas las cosas que han marido y muger, que todas se presume ser del marido, hasta que la muger muestre que son suyas: pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y muger, que son de ambos por medio, saluo los que prouare cada uno que son suyos apartadamente: y ansi mandamos que se guarde por ley", y la *Novísima Recopilación,* [X; IV, IV].

latente[52]. En concreto, cuando se somete a la costumbre del lugar del casamiento la fijación de las reglas que habrán de regir la administración de la dote, las arras y «las ganancias que fizieron», si bien frente a esa práctica arraigada tendrá preferencia el posible pacto que hubiesen alcanzado los novios al contraer las nupcias, pues: «Contece muchas vegadas: que cuando casan el marido, e la muger, que ponen pleyto entre si, que quando muriere el vno que herede el otro la donacion, o el arra que dan el vno al otro por el casamiento, o fazen su abenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno (...)»[53]. Otra importante innovación recogida en este magno texto legal reside, por otra parte, en la recuperación de la noción

52 Según M. I. Cobo, *Los bienes gananciales*, p. 16, aunque este sistema no tenía cabida en el derecho de la Recepción, ya que en el derecho romano el marido se hacía dueño de todo, las Partidas no podían prescindir de los gananciales, ya que por la vía de la costumbre reinaba en todos los municipios y fueros de España (sic). Afirmación que esta autora apoya en la opinión sostenida en su día en igual dirección por F. Cárdenas.

53 Esta ley regula el supuesto de que la pareja se trasladase a otra localidad donde rigiese una costumbre contraria al acuerdo que ellos hubiesen alcanzado. *Partidas*, [IV, XI, XXIV]: "Que deue ser guardado, quando casan algunos en una tierra, e fazen pleytos entre si. E despues van morar a otra en que es costumbre contraria de aquel pleyto.- Contece muchas vegadas: que quando casan el marido, e la muger, que ponen pleyto entre si, que quando muriere el vno que herede el otro la donacion, o el arra que dan el vno al otro por el casamiento: o fazen su abenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno. E despues que son casados acaesce, que vienen a morar a otra tierra, en que vsan costumbre contraria de aquel pleyto, o de aquella abenencia que ellos pusieron (...) E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se auinieron, ante que casassen, o quando cassaron; e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuesen a morar. Esso mismo seria, maguer ellos non pusiessen pleyto entre si; ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento deue valer, quanto en las dotes: e en las arras, e en las ganancias que fizieron, e non la de aquel lugar do se cambiaron". En su glosa (a), «Ganancias», a esta ley, Gregorio López sostendrá que esta norma debería entenderse aplicable únicamente a los bienes obtenidos en el lugar de celebración del matrimonio, no operando, excepto si se hubiera pactado lo contrario, respecto a lo adquirido en otro sitio al que la pareja hubiera trasladado su domicilio, donde habrían de atenerse a la costumbre allí vigente. Se detiene en este precepto Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 249-252, quien en pp. 244-246, encuentra también indicios de la presencia del sistema de gananciales en [VII, XVII, XV], relativo al perdón del adulterio: "(...) Pero si el marido la quisiere perdonar despues desto, puedelo fazer fasta dos años (...); e si la recibiere despues assi, dezimos que la dote, e las arras, e las otras cosas que tienen de consuno, deuen ser tornadas en aquel estado que eran ante que el adulterio fuese fecho (...) Otrosi dezimos, que si alguna muger casada saliesse fuera de casa de su marido, e fuyesse a casa de algun ome sospechoso contra voluntad de su marido, o contra su defendimiento, si esto pudiere ser prouado por testigos, que sean de creer, que deue perder porende la dote, e las arras, e los otros bienes que ganaron de consuno, e ser del marido (...)".

romana de parafernales para designar a las propiedades extradotales de la mujer, quien puede optar entre cederlos en administración al marido, que en garantía de los mismos verá sus propios bienes gravados con una hipoteca tácita, o bien retenerlos en su poder[54]. Mereciendo, también, ser destacado que, a diferencia de lo establecido en el derecho tradicional, vertido en el Fuero Real, los frutos producidos después de celebrado el matrimonio por los bienes conyugales gestionados por el marido, cualquiera que fuese su naturaleza, no son considerados gananciales, sino, por el contrario, de dominio atribuido a éste, con la condición de que con ellos atienda a las necesidades de la mujer y de los hijos[55].

54 *Partidas,* [IV, XI, XVII]: "De los bienes que ha la mujer apartadamente que non son dados en dote aque dizen en latin paraphernales.- Paraferna son llamados en Griego todos los bienes, e las cosas, quier sean muebles o rayzes, que retienen las mugeres para si apartadamente, e non entran en cuento de dote, e tomo este nome a para que quiere tanto dezir en griego como a cerca, e ferna que es dicho por dote, que quier tanto dezir en romance, como todas las cosas que son yuntadas e allegadas a la dote. E todas estas cosas que son llamadas en griego paraferna, si las diere la muger al marido, con entencion que aya el señorio dellas, mientras que durare el matrimonio auer lo ha bien assi como de las quel da por dote. E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entención que aya el señorio en ellas, siempre finca la muger por señora dellas. Esso mismo seria quando fuessen en dubdas, si las diera el marido o non. E todas estas cosas que son dichas paraferna, han tal preuilejo como la dote ca bien assi como todos los bienes del marido son obligados ala muger, si el marido en agena, o mal mete la dote, assi son obligados por la paraferna aquien quier, que passen. E maguer que tal obligación como esta, non sea fecha por palabra, entiende se que se faze tan solamente por el fecho. Ca luego el marido rescibe la dote, o las otras cosas que son llamadas paraferna son obligados por ende ala muger, todos sus bienes, tambien los que ha estonce, como los que aura despues".

55 Conclusión que se desprende de la correspondencia entre diversos preceptos: *Partidas*, [IV, XI, VII]: "(…) toda via el marido deue ser señor, e poderoso de todo esto sobre dicho: e de rescebir los frutos de todo comunalmente tambien delo que da la muger, como de lo que da el marido, para gouernar assi mismo, e asu muger, e a su compaña, e para mantener, e guardar el matrimonio bien el lealmente (…)"; [IV, XI, XVIII]: "(…) Mas si apresciada, o estimada non fuesse la dote, quando la diesse la muger al marido: estonce pertenesce el daño o el pro de la dote ala muger, en qualquier tiempo que venga; fueras ende los frutos; e la pro que viniesse por razon dellos, que lo deue auer el marido para mantener el casamiento (…)"; [IV, XI, XXVIII]: "(…) E como quier que despues que han fecho las bodas, deuen ser en poder del marido, tales frutos como estos, en vno con la dote; e los deue desfrutar, para sostener el matrimonio (…)". Pero para ello se requieren ciertas condiciones: la celebración del matrimonio, la toma de posesión de la dote y que asuma la gestión de la economía conyugal, [IV, XI, XXV]: "Quantas cosas a menester el marido para poder ganarlos frutos de la dote de su muger (…) La primera es, que el matrimonio sea fecho. La segunda es que sea metido en tenencia de la dote. La tercera, que sufra el embargo del matrimonio, gouernando assi mismo, e a su muger, e sus fijos e a la otra compaña que ouieren: e auiendo el marido porsi estas tres cosas sobre dichas deue auer los frutos de

A pesar de la poco relevante penetración de las Partidas en este campo, la gran diversidad de regulaciones y costumbres coexistentes suscitaba muchas dudas acerca del funcionamiento del sistema de gananciales[56]. Problema que Enrique IV quiso solventar, a petición de las Cortes de Nieva de 1473, con una declaración a favor de la vigencia de lo preceptuado en el Fuero Real y las Leyes del Estilo, en la que se catalogaban como tales gananciales la totalidad de los bienes adquiridos entre el marido y la mujer durante el matrimonio, con excepción de los castrenses, los oficios del rey y los *donadíos* que hubiesen sido obtenidos por uno solo de los cónyuges, aunque no de los frutos y rentas por ellos producidos, que también merecerían, como los devengados por los citados bienes ganados conjuntamente, esta calificación[57].

la dote, que le diere su muger, quier sea estimada o non (...)". No obstante, se exceptúan, recibiendo la calificación de gananciales, los frutos obtenidos de ciertas cosas entregadas como dote: así, los hijos de la sierva (IV, XI, XX); lo ganado por el siervo con su trabajo o con el dinero del marido (IV, XI, XXV); las crías del ganado (IV, XI, XXI), y los frutos de los árboles (IV, XI, XXVII). Véase, Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 247-248.

56 Y también no pocos pleitos, sobre todo, a la hora de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal. Ejemplos de los siglos modernos en M. V. López Cordón, *Esponsales, dote y gananciales*, pp. 46-53.

57 *Ordenanzas reales de Castilla,* [5, 4, 4]: "En las cortes que fizo el señor rey don Enrrique, nuestro hermano (...), en Nieva, entre los procuradores de nuestras çibdades e villas ovo altercaçiones e dubdas cómo se avían de partir los bienes ganados durante el matrimonio entre marido e muger; sobre lo qual el dicho señor rey nuestro hermano, declarando las leyes del fuero e lo contenido en el libro del estilo de corte, e las otras leyes que sobre esto disponen, mandó e ordeno: Que todos e quales quier bienes castrense e ofiçios de rey, e de señores, e donadíos, de los que fueron ganados e mejorados, e avidos durante el matrimonio entre marido e muger por el uno dellos que sean e finquen de aquel que los ovo e ganó sin que el otro aya parte dellos, según lo quieren las dichas leyes del fuero. Pero que los frutos e rentas dellos e de todos otros quales quier ofiçios, aun de los que el derecho ovo por quasi castrenses; e los bienes que fueron ganados o mejorados durante el matrimonio; e los frutos e rentas de los tales bienes castrenses e ofiçios, e donadios: que amos los ayan de consuno. E otrosi, que los bienes que fueren ganados e mejorados, e multiplicados, durante el matrimonio entre el marido e la muger, que non fueren castrenses nin quasi castrenses, que los pueda enagenar el marido durante el matrimonio si quisiere sin liçencia nin otorgamiento de su muger; e que el tal contrato de enagenamiento vala, salvo si fuere provado que se fizo cautelosamente por defraudar o dapnifizar a la muger (...)". *Nueva Recopilación*, [5, 9, 5]. *Novísima Recopilación*, [10, 4, 5].

c. El régimen de gananciales en las leyes de Toro

Tal vez por esta razón, tampoco en el ordenamiento de Toro descubrimos definición alguna referida a este régimen de gananciales, y ni siquiera precisiones acerca de qué bienes están envueltos en el mismo[58], en las que, sin embargo, si entrará la doctrina[59]. No obstante, del tenor de varias de sus disposiciones resulta fácil inferir que se parte del presupuesto de su efectividad, habiéndose limitado el legislador a intervenir en algunos aspectos muy puntuales, que habían sido descuidados o quedaban insuficientemente esclarecidos en las regulaciones precedentes[60]. En este sentido, ya

58 A pesar de ello, J. A. Álvarez Caperochipi, *Curso de derecho de familia,* I, p. 192, sitúa en las leyes 14 y 16 de Toro el inicio de la vigencia de la comunidad de bienes, precisamente al introducir una distinción entre la adquisición de los gananciales y las demás adquisiciones a título lucrativo, que están sujetas a la obligación de reservar.

59 Sin ánimo de entrar en un detalle que necesariamente se haría muy prolijo, podemos remitirnos a J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Bienes gananciales», pp. 86-87, que, con apoyo en las leyes y las opiniones doctrinales, incluye una extensa relación de bienes de dudosa naturaleza a los que se tiende a atribuir, o no, tal condición de gananciales.

60 De hecho, no faltan entre sus comentaristas pronunciamientos acerca de la naturaleza jurídica de esta forma de conducción de la economía marital, que, en lo esencial, coinciden con el concepto manejado en las fuentes analizadas. Por ejemplo, J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 14, fol. 38v, núm. 5, describe como gananciales los bienes ganados durante el matrimonio que provengan del trabajo e industria de los consortes, es decir, obtenidos a título oneroso. Caracterización repetida mucho después por S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 16, p. 305-306, núm. 37, que descartando que se trate de una sociedad universal, al no comprender todos los bienes presentes y futuros, como tampoco puede definirse como una sociedad particular sobre cosas determinadas, dice que se extiende genéricamente a cuanto adquieran los consortes por cualquier trabajo, industria o negociación, sin comprender lo que se obtiene a título lucrativo, como los legados, herencias y donaciones. Además, este autor intenta rebatir las tesis de T. Fernández Messia, *Prima pars*, l. 16, fol. 121v-122r, núms. 12 y 13, quien, aferrado al dictado del *ius commune,* había refutado que entre los consortes naciese sociedad alguna, con el argumento de que no podría ser válida una sociedad en la que uno de los integrantes se beneficiase de las ganancias y no participase de las pérdidas. Lo que, como sabemos, supone ignorar el principio esencial de comunicación de las deudas que rige en esta comunidad de adquisiciones. Sin embargo, el alegato contrario de Llamas, l. 16., p. 308, núms 48 a 50, apunta en el sentido de que, no teniendo la sociedad conyugal un carácter espontáneo y voluntario, sino que es una compañía legal y obligatoria, exclusivamente orientada a la subvención de las cargas del matrimonio, y en la que el marido se convierte en deudor necesario de su mujer en la mitad de los gananciales, no cabe presumir usurario el pacto que induzca a desigualdad, pues se compensa con el beneficio común que resulta de esta asociación. Incluso, añade, en ocasiones es el marido el que saca ventaja de ella, por ser más cuantiosos o los únicos los bienes aportados por la mujer. La vinculación de los supuestos

hemos analizado el alcance de la ley 53, que vinculaba la constitución de la dote y de la *donatio* a los gananciales[61]. Y también resulta pertinente la remisión a la ley 14, que abordaremos al tratar de la disolución del matrimonio, en virtud de la cual, una vez quebrado el vínculo que les unía, el marido y la mujer estaban facultados para disponer libremente tanto de sus bienes propios como de los gananciales, incluso cuando contrajeran nuevas nupcias, quedando exentos, por lo tanto, de la obligación de reservar a los hijos habidos en común la propiedad o el usufructo de los mismos[62].

Particular interés cobra en este apartado la ley 16, que con meridiana claridad establecía que la manda efectuada por el marido a favor de la mujer por causa de muerte o en testamento no le sería computada a ésta en la mitad que por derecho le correspondía de los bienes incorporados a la sociedad común durante el transcurso del matrimonio[63]. Sin embargo, a pesar de que el enunciado de la norma no ofrecía, aparentemente, lugar a dudas, un destacado sector de la doctrina, fuertemente imbuido de las categorías del *ius commune*, iba a enredarse en una estéril controversia, al creer descubrir que con ella se estaba buscando evitar la aplicación a este supuesto

abordados en la ley 16 al régimen de gananciales tampoco ofrece dudas a J. F. Pacheco, *Comentario histórico*, l. 16, pp. 241-242, núm. 3.

61 Sin embargo, en su comentario a esta ley J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 53, pp. 324-325, enumera cuatro excepciones a la regla de división por la mitad: 1.º Cuando los esposos lo fuesen de presente, aunque el matrimonio se hubiese consumado, si todavía no se hubiese iniciado la convivencia, la sociedad de gananciales no se considerará contraída. 2.º Cuando, acogiéndose a la ley 60, la mujer renunciase a los gananciales. 3.º La mujer perderá asimismo su derecho a los gananciales percibidos después de producido el divorcio o la separación, cuando ella fuese la responsable de la ruptura. 4.º Y también le será arrebatada su participación en las adquisiciones si incurriese en adulterio o mantuviese relaciones sexuales mientras permaneciese viuda.

62 *Leyes de Toro*, [14]: "Mandamos que el marido y la muger suelto el matrimonio aunque casen la segunda o tercera vez, ó mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque aya avido hijos de los tales matrimonios ó de alguno dellos, durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propriedad, ni usufructo de los tales bienes". *Nueva Recopilación*, [5, 9, 6]. *Novísima Recopilación*, [10, 4, 6].

63 *Leyes de Toro*, [16]: "Si el marido mandare alguna cosa á su mujer al tiempo de su muerte ó testamento, no se le cuente en la parte que la mujer ha de aver de los bienes mulltiplicados durante el matrimonio; mas haya la dicha mitad de bienes, y la tal manda, en lo que de derecho debiere valer". *Nueva Recopilación,* [5, 9, 7]. *Novísima Recopilación*, [10, 4, 8].

de la vieja figura romana de la compensación de deudas[64], que había sido rescatada por las Partidas, respetando su definición original: «e compensatio en latin, tanto quiere dezir en romance, como descontar un debdo por otro»[65]. El precepto no es, por tanto, superfluo, argüirá Palacios Rubios, ya que mientras que el Fuero Real (3, 3, 1) instaba al marido a dar a la mujer la mitad de los gananciales, convirtiéndole así, en deudor necesario suyo, en el derecho romano operaba la presunción de que el legado efectuado por el deudor se entendía ligado a la satisfacción del crédito, por lo que, pudiendo ser interpretada de esta manera la manda del marido, convenía dejar sentado que no se orientaba con ese propósito, dado que el pago a la mujer de su porción de los gananciales constituía, a su juicio, un acto voluntario, derivado del propio contrato de tácita sociedad suscrito a partir de efectuarse el casamiento[66]. Para Covarrubias, la razón de que se desestimase la posibilidad de compensar era otra, descansando en el hecho de que la mujer consolidaba su derecho sobre los gananciales de modo inmediato, y simultáneamente al marido, quien, por tanto, al destinarle su legado no podría actuar como su deudor[67]. Más sutil que los anteriores, Tello Fernández, que partirá del presupuesto de que la mujer no adquirirá hasta la quiebra del matrimonio la propiedad y posesión

64 El motivo de esta confusión lo sitúa Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 331, en el desconocimiento que en el derecho romano, acaparador de la atención de los juristas, había de la institución de los gananciales. La misma causa que había esgrimido J. F. Pacheco, *Comentario histórico*, l. 16, pp. 241-243, núms. 1, 2 y 8, quien entenderá que los problemas de interpretación generados por la ley, a su juicio, de muy fácil comprensión, tenían su arranque en el empeño en querer desenvolver este sistema mediante nociones que correspondían a sistemas diferentes.

65 *Partidas*, [V, XIV, XX]: "Como se puede desatar vna debda por otra, en manera de compensacion.- Compensacion es otra manera de pagamiento, por que se desata la obligacion de la debda, que vn ome deue a otro, e compesatio en latin, tanto quiere dezir en romance, como descontar vn debdo por otro. E esto seria, como si vn ome demandasse a otro en juyzio mil marauedis, e este a quien los demandasse dixesse, que queria prouar, que le deuia el otro tantos a el, e que pidia de derecho al judgador que le mandasse, que fuessen quitos los vnos por los otros, Ca estonce fallando el judgador en verdad, que assi es deue mandar que se quite el vn debdo por el otro, e son tenudos delo otorgar, e de fazer assi (..)".

66 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 16, fol. 42r-42v, núms. 2 y 3.

67 D. de Covarrubias, *Opera omnia*, I, cap. 14, pp. 74-75, núms. 2-8. Para Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 335-336, esta solución es la única que realmente se ajusta al sistema de gananciales, estando las demás viciadas por su supeditación a un derecho ajeno a la tradición castellana.

de la mitad que le tocase[68], recurrirá al argumento de que, pesando la deuda legal sobre el marido, ésta no será de cantidad –la mitad–, sino de todas las especies obtenidas durante la relación marital, no siendo, en consecuencia, susceptible de compensación[69]. Por su parte, Velázquez de Avendaño se abonará también a la opinión de que el marido asumirá una deuda legal hasta su muerte, pero aduciendo que en el momento de la ejecución del legado, la mujer ya se habría apropiado irrevocablemente de su mitad de lo ganado, no teniendo cabida, entonces, deducir que el finado hubiese pretendido compensar con ella la manda, sino lo contrario[70]. Finalmente, después de criticar la ociosidad de las disquisiciones suscitadas por una ley, a su parecer, de tan sencilla inteligencia[71], y de realizar un detallado repaso a las diversas posiciones de sus predecesores, Llamas y Molina concluirá que el objetivo de la disposición analizada era el de impedir que el marido transformase su función de administrador de los gananciales, que era la que daba nacimiento a su obligación con la mujer, en un dominio exclusivo de lo que en su mitad ya le pertenecía *ipso iure* a ella; luego, no cabría una compensación que, además, requería que existiese una reciprocidad en el débito que aquí no se daba, puesto que la mujer nada debería a su pareja[72].

d. Proceso codificador y quiebra de la exclusividad legal de la sociedad de gananciales

Adentrándonos ya en el análisis de la presencia de este régimen económico de gananciales en los textos que jalonan el proceso codificador, el carácter inconcluso del Proyecto de Código civil de 1821 determina que no descubramos en él trazos directos de su presencia[73]. En contraste, sirviéndose, seguramente, de los materiales entonces no utilizados, la cuestión será abordada en profundidad en el Proyecto de Código civil de 1836, en

68 T. Fernández Messía, *Prima pars*, l. 16, fol. 116r, núm. 9.

69 T. Fernández Messía, *Prima pars*, l. 16, fol. 123r-123v, núm. 16.

70 L. Velázquez de Avendaño, *Legum taurinarum*, l. 16, fol. 40r, núms. 21 y 22.

71 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 16, p. 298, núm. 2.

72 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 16, p. 313, núm. 72, y p. 315, núms. 79-80.

73 Estando destinada la regulación de la sociedad conyugal a tener cabida en el libro tercero de la primera parte del proyecto, el texto articulado no avanzó más allá del título IV del libro segundo.

cuya extensa Exposición de Motivos se describirá la evolución histórica de la denominada sociedad conyugal, en la que los consortes pondrán en común ciertos bienes «para soportar las cargas del matrimonio y participar en las ganancias que resulten de esta asociación». Sociedad que se describirá como comprensiva, por un lado, de todos los frutos, rentas e intereses vencidos o devengados durante la permanencia del lazo marital, bien producto de la industria de los cónyuges, o bien de los bienes muebles e inmuebles, incluidos los dotales[74], que cada uno hubiese llevado al matrimonio al tiempo de su constitución, y por el otro, de los bienes adquiridos con posterioridad por cualquier título, excepto por donación o sucesión, a menos que este acrecimiento se hubiese hecho en provecho común[75]. Pero que, sin embargo, será calificada como legal o forzosa y criticada como excesivamente rígida, al no poder ser alterada en ninguno de sus extremos por la voluntad de los contrayentes. Por ello, manifestando su deseo de conservar una práctica seguida durante siglos y de flexibilizar tan monolítico sistema, la comisión redactora introdujo la opción de que con carácter previo a la celebración del enlace, los consortes estableciesen estipulaciones particulares dirigidas a organizar la economía matrimonial, distintas a esta pauta general, que regiría en su defecto[76]. Una

74 Sobre los frutos de los bienes dotales disponía el artículo [1522]: "Los bienes dotales jamas entran en la sociedad conyugal, sino los frutos o rendimientos de ellos". Lo que completa el [1529]: "Los frutos de los bienes dotales percibidos antes de celebrarse el matrimonio se consideran parte de la dote; pero los pendientes que se recojan o perciban después de celebrado el matrimonio no son dotales y puede disponer de ellos el marido para atender a las cargas de la sociedad conyugal".

75 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1492]: "Pertenecen a la sociedad conyugal los bienes siguientes: 1.º Todos los frutos, rentas, intereses o emolumentos de cualquiera clase, vencidos y percibidos durante el matrimonio, ya procedan de la insdustria de los consortes, ya de los bienes muebles o inmuebles que les pertenecían al celebrarse aquél, o de los que hayan adquirido por cualquier título durante la unión conyugal. 2.º Todos los bienes muebles o inmuebles que durante el matrimonio adquieran los consortes a título oneroso"; [1493]: "Los bienes pertenecientes a cualquiera de los cónyuges al tiempo de celebrarse el matrimonio, o los que durante éste adquieran por título lucrativo, no pertenecen a la sociedad conyugal, a menos que hubiere estipulado en contrario o que se haya hecho la donación en beneficio de la misma sociedad". Por defecto, también se incluyen en la misma todos los no identificados como privativos, [1494]: "Se declaran pertenecientes a la sociedad conyugal todos los bienes cuando no se acreditare en debida forma corresponder su propiedad o posesión a cualquiera de los consortes".

76 Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil de 1836 (J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, II, 88-129, pp. 112-114). Sobre la misma, Mª. J. Collantes de Terán, *La economía del matrimonio*, pp. 171-172, y «Comunidad de gananciales y capitu-

decisión en la que Mª. J. Collantes percibe la influencia de los principios liberales de la economía política y de su reflejo en la proclamación del sagrado derecho de la libertad individual, así como una temprana muestra de sensibilidad hacia la vigencia en otros territorios peninsulares de regímenes de inspiración romana diferentes del castellano[77]. Y que sus artífices, a pesar de apelar a su raigambre consuetudinaria, no dudarán en calificar como la «innovación más notable que se ha hecho en esta materia», suscitando aquí la oposición de la citada autora, quien defiende que la posibilidad de la modificación del sistema de gananciales había sido ya amparada por diferentes vías en la legislación castellana, tanto a través de los pactos de hermandad contemplados en el Fuero Real (3, 6, 9), como en la preferencia dada en las Partidas (4, 11, 24) a los arreglos consensuados entre los novios frente a la costumbre del lugar, y en la propia documentada frecuencia del recurso a la plasmación en las llamadas capitulaciones matrimoniales del inventario de los bienes aportados por cada miembro de la pareja, y su sujeción a las reglas específicas de funcionamiento vertidas en este acuerdo[78].

laciones matrimoniales en la codificación civil española», en *AHDE*, 69 (1999), 389-426, pp. 391-394.

77 Mª. J. Collantes de Terán, *La economía del matrimonio*, pp. 172, y *Comunidad de gananciales*, p. 393. La prevención frente a la reacción que la imposición de un régimen general podría generar en Cataluña se manifestaba en la misma Exposición de Motivos, p. 114: "Esto, además de ser justo por las diversas combinaciones que puede haber de circunstancias e intereses, a que es difícil acomodar una ley general, concilia la legislación de Castilla con la de Cataluña, donde generalmente no se observa el sistema de gananciales, y tal vez se recibiría con suma repugnancia, si se tratase de establecer allí la práctica de Castilla".

78 En concreto, Mª. J. Collantes de Terán, *La economía del matrimonio*, p. 173-174, enumera como objeto posible de estos pactos: la obligación de celebrar el enlace concertado y la indemnización fijada por su incumplimiento; la relación de los bienes que se van a entregar a los hijos en razón de su casamiento, con expresión de su naturaleza, valor y momento de la dación; la promesa de arras del novio; la condición impuesta a éste de la entrega de carta de pago y recibo de la dote y la de los padres de la novia de extender una escritura de dote en la que consten los bienes aportados por el varón; el compromiso de los padres de ambos de no mejorarles en el tercio de sus bienes por contrato *inter vivos* ni disposición de última voluntad; y cualquiera otra que se estime oportuna. En refuerzo de estos argumentos acude, además, a la referencia de J. Matienzo, *Commentaria in librum,* glosa I a FR [5, 9, 2], fol. 253v, núm. 58, a como era habitual la exclusión de este sistema cuando existía una gran brecha entre la riqueza del marido y la pobreza de la mujer, y también a la mención de F. Sánchez Román, *Estudios de derecho civil*, V, vol. 1, p. 342, nota 2, a la excepción representada por la vigencia en los lugares subordinados al Fuero de Baylío de las denominadas costumbres cordobesas.

En todo caso, bajo este mismo rótulo de «capitulaciones matrimoniales»[79], lo que amparará este proyecto será que antes de la boda, y siempre respetando los buenos hábitos de conducta y sus propias disposiciones acerca de la patria potestad, la tutela y la sucesión de los descendientes[80], los esposos pudiesen: establecer la unificación como comunes de la universalidad de los bienes presentes y/o futuros, así como de las ganancias y las pérdidas[81]; convenir la aportación por cada uno de una cierta cantidad de bienes muebles o de dinero, que no se integrarían en la sociedad conyugal ni serían computables a la hora de la división a su disolución[82]; o, finalmente, fijar un criterio no equitativo en el reparto de los beneficios y las deudas[83]. Ahora bien, en defecto de estipulaciones en

79 A ellas se destinaba el capítulo VI del título X, dedicado a la sociedad conyugal. Su carácter preferente se consagraba, empero, en el artículo [1491]: "La ley declara que hay sociedad entre los consortes, siempre que no se hubiere estipulado lo contrario por medio de capitulaciones matrimoniales (…)".

80 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1510]: "(1) Las capitulaciones matrimoniales deberán hacerse antes de la celebración del matrimonio y de los contrario serán nulas. (2) En ellas no podrá pactarse cosa alguna contraria a las buenas costumbres ni a lo dispuesto en este Código acerca de la patria potestad, tutelas, sucesión de los hijos y demás derechos correspondientes a éstos y a sus descendientes".

81 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1511]: "Los consortes pueden establecer por medio de las capitulaciones matrimoniales una sociedad universal de sus bienes, así muebles como inmuebles, presentes y futuros, o solamente los presentes o solamente los futuros"; [1512]: "En la sociedad universal de los consortes, así como se comunican todos los bienes, son comunes también las cargas y deudas procedentes de éstos o afectas a ellos, y por consiguiente son también comunes las ganancias y pérdidas".

82 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1513]: "(1) Si pactasen los consortes que pondrán en la sociedad efectos muebles o dinero en tanta cantidad o valor determinado, serán deudores mutuamente a la sociedad y deberán acreditar que lo han puesto en ella"; [1514]: "Verificada la sociedad conyugal (…) sacarán los consortes, cuando aquélla se disuelva, el valor de sus bienes propios, que no hubieran entrado en la sociedad conyugal"; [1515]: "Para acreditar los bienes muebles que durante el matrimonio adquiera por cualquier título uno de los consortes, se formará inventario de ellos".

83 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1516]: "Los consortes pueden por medio de las capitulaciones matrimoniales variar lo dispuesto acerca de la partición igual de ganancias y pérdidas, estipulando: 1.º Que no se dé al esposo sobreviviente o a sus herederos sino una parte de ganancias menor que la mitad. 2.º Que no se le dé sino una cantidad fija por todos los derechos que pueden corresponderle en las ganancias de la sociedad conyugal"; [517]: "Si los consortes pactaren que uno lleve las ganancias, será éste responsable de todas las deudas contraídas en beneficio de la sociedad"; [1518]: "Cuando se estipule que uno de los consortes no haya de percibir de los gananciales sino una parte menor que la mitad, por ejemplo, la tercera o cuarta, no será responsable de las pérdidas y deudas de la sociedad sino en proporción a dicha parte, a menos que hubieren estipulado lo contrario";

contrario, entraría en funcionamiento el sistema de gananciales, basado en el posterior reparto igualitario de lo adquirido, con independencia de que los cónyuges hubiesen puesto, o no, capitales en común, o de que sus contribuciones iniciales al matrimonio hubiesen sido desequilibradas[84].

En la estela del intento que le precedió, el Proyecto de Código civil de 1851 consagraba con carácter general la aplicación de las reglas de la sociedad legal[85], a falta de pacto expreso en contrario[86]. Sin embargo, en una disposición posterior se precisaba que aunque los esposos acordasen no vincularse a este sistema común, si no se especificasen las reglas que lo sustituían, serían de aplicación las contenidas en el capítulo destinado a la regulación de la dote[87]. No obstante, aunque la apuesta por la continuidad como régimen ordinario del modelo de gananciales sería aplaudida[88], se

[1519]: "Pactando que a uno de los consortes se dé una cantidad fija por todos los derechos que pudieran corresponderle en los bienes gananciales, estará obligado el otro consorte o sus herederos a pagarle dicha suma, aun cuando no haya gananciales".

84 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1495]: "Las ganancias adquiridas en virtud de la sociedad conyugal se repartirán igualmente, o por mitad entre los consortes, aun cuando no hubieren puesto capitales en común, o los llevados al matrimonio fueren desiguales, siempre que no haya estipulación en contrario".

85 En su extenso comentario a este artículo, F. García Goyena, *Concordancias*, pp. 664-665, realiza un detallado repaso a los orígenes históricos de este sistema, subrayando, entre otras cosas, su identidad con el régimen común francés, excepto en que en éste los bienes muebles se comunican cualquiera que sea la forma en la que se adquieran.

86 *Proyecto de Código civil de 1851,* [1235]: "(1) Los bienes del matrimonio se gobiernan por las reglas de la sociedad legal, a falta de pacto expreso en contrario". Informa J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil,* I, pp. 217-218, sobre como este artículo fue introducido en la última revisión del título, modificando el que rezaba: "Los esposos pueden celebrar cualesquiera pactos que excluyan o modifiquen la sociedad legal, y hacer cualquiera otra estipulación acerca de los bienes del matrimonio, con las modificaciones señaladas en este título".

87 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1308]: "(1) Cuando los esposos hubieren pactado que no ha de regir entre ellos la sociedad legal, sin expresar las reglas con que han de gobernarse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el presente capítulo, y percibirá el marido, con las obligaciones que en él se expresan, todos los frutos que en el caso de existir dicha sociedad se reputan gananciales".

88 Sus ventajas serán subrayadas por F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 170, aduciendo que "Este régimen es el más conforme a la naturaleza y fines de la sociedad conyugal, pues la unión de las personas conduce naturalmente a la unión de los bienes; contribuye a la prosperidad del hogar doméstico por el afecto que normalmente tenemos a las cosas comunes; y es el mas conforme con nuestras costumbres". Menos jurídicas son las razones alegadas por F. García Goyena, *Concordancias,* p. 665: "el dotal es en verdad más sencillo, pero da compañeras más frías e indiferentes; el otro es más justo, y

trataba de una solución conciliadora que no iba a ser bien acogida por una parte de la doctrina[89], y en la que, sin duda, había pesado notablemente la previsible oposición de aquellos territorios peninsulares en los que éste era tenido por ajeno, por imperar un régimen dotal; lo que ocurría sobremanera, salvo en algunos lugares[90], en Cataluña. Ello explica que, para calmar los ánimos, a los pobladores de estas regiones se les permitiera mantener su práctica tradicional cuando así lo acordasen explícitamente[91]. Sin embargo, se prohibía una remisión genérica a los fueros y costumbres particulares de las diferentes provincias y comarcas[92], aunque se respetaba la sumisión a los mismos de las que se hubieran hecho antes

da compañeras más afectuosas, que por su propio interés trabajarán con mayor actividad para el buen éxito de los negocios del matrimonio".

89 Entre sus críticos menciona Mª. J. Collantes de Terán, *Comunidad de gananciales*, p. 395, a R. Ortiz de Zárate, *Observaciones*, pp. 158 y 283, quien, como derivación del principio de indisolubilidad del matrimonio, defenderá la imperatividad del régimen de gananciales, sin dejar espacio a otros pactos contrarios, que creerá más propios de una sociedad mercantil. Igualmente, se mostrará contrario a la apertura de esta opción al arbitrio individual B. Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios*, I, pp. 463-464, alegando que la ruptura con una larga tradición legal podría dejar ancho campo a la arbitrariedad. Por el contrario, F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 170-171, a pesar de alabar el carácter general atribuido al sistema de gananciales, admitirá que no sería justo imponerlo contra la voluntad expresa de los contrayentes, ya que ello perjudicaría la libertad necesaria en los contratos y pudiera ser innecesariamente gravoso para los cónyuges, hasta el punto de provocar que no se verificasen muchos casamientos".

90 En concreto, en Tortosa, Lérida, el Valle de Arán y el Campo de Tarragona, donde también regía el sistema de gananciales, pero con la denominación de asociación o acogimiento a compras y mejoras. En contraste, en sus comentarios al proyecto, la Audiencia de Mallorca manifestaría que en su territorio no se habían conocido nunca ni los bienes gananciales ni la sociedad conyugal. Citado por J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil,* I, p. 270.

91 Concesión que, además de en el artículo [1235], se repite en el [1236]: "Los esposos pueden celebrar cualesquiera pactos que excluyan o modifiquen la sociedad legal, y hacer otra cualquiera estipulación acerca de los bienes del matrimonio, con las modificaciones señaladas en este título".

92 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1237]: "No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino". Para F. García Goyena, *Concordancias,* p. 666, se trataba de una disposicíon totalmente coherente con el principio de unidad de códigos consagrado en el artículo 4º de la Constitución de 1845 y el artículo [1992] del propio proyecto, que derogaba todos los fueros, usos, leyes y costumbres anteriores a su prevista promulgación, por lo que admitir en este terreno su vigencia sería "echar nuevamente a los españoles al laberinto del que se les quiere sacar, y ensanchar el abismo que el Código civil debe cerrar".

de la publicación del Código[93], y se admitían las estipulaciones especiales ajustadas a esas peculiaridades forales, pero sólo a favor de quienes se casasen en los primeros diez años siguientes a la citada publicación, y de los descendientes en primer grado de estos matrimonios[94]. Consecuentemente con la introducción de este principio de libertad, y siguiendo también la pauta iniciada en el proyecto de 1836, se daba cabida a las capitulaciones matrimoniales, a las que, para ser válidas, se sometía a las condiciones de que se realizasen antes de la celebración del matrimonio, si bien podrían comprender los bienes adquiridos con posterioridad[95]; que no alterasen las relaciones de autoridad de los esposos dentro de la familia ni entrasen en contradicción con las leyes, las buenas costumbres, las disposiciones prohibitivas del propio Código y lo establecido en éste respecto al divorcio, la emancipación, la tutela, los privilegios de la dote y la sucesión hereditaria[96]; que en el caso de su otorgamiento por un menor concurrieran las

93 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1263]: "(1) Las capitulaciones matrimoniales, hechas en forma auténtica antes de la publicación de este Código, se regirán por las leyes y fueros vigentes cuando se hicieron. (2) Por las mismas reglas se gobernarán los derechos que, sin necesidad de ser estipulados corresponden por la ley ó fuero á los esposos que se hubieren casado antes de dicha publicación". F. García Goyena, *Concordancias,* p. 679, entendería justificada esta medida de preservación de derechos, atendiendo a la importancia que las capitulaciones tenían en las provincias de Fueros. Incluso opinaría que podría hacerse extensibles a los testamentos no revocados, ya que en ellos no habría que temer fraudes y falsedades.

94 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1264]: "En las provincias o comarcas donde hubieren regido fueros especiales que permitiesen estipular mayores ventajas en favor de los esposos o de sus hijos y descendientes que las que autoriza este Código, se podrá continuar haciendo iguales estipulaciones a favor solamente de las personas que contraigan matrimonio en los diez primeros años siguientes a la publicación del mismo Código y de los descendientes en primer grado del propio matrimonio; pero no podrán hacerse fuera de las capitulaciones matrimoniales, ni en provecho de otras personas". A diferencia de su parecer favorable al precepto anterior, F. García Goyena, *Concordancias,* p. 679, entenderá reprobable esta solución, ya que "por más vueltas que se diese (…) se venia siempre á parar en que el nuevo Código no regiría para la generación existente al tiempo de su publicación". Lo que, sostendrá, no se había visto nunca ni en los Códigos antiguos ni en los modernos.

95 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1238]: "Las capitulaciones o pactos matrimoniales se deberán hacer antes de celebrarse el matrimonio, so pena de nulidad; pero no podrán comprender los bienes que los cónyuges aadquieran después de celebrado". F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 171-172, alerta sobre los peligros de permitirlas después de celebrado el casamiento, pues podrían servir para encubrir donaciones entre cónyuges o dirigirse a defraudar a los acreedores.

96 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1239]: "Serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o buenas costumbres, los depresivos de la autoridad que

personas facultadas para dar el consentimiento a su casamiento[97]; y que se recogiesen en escritura pública[98]. Constituyendo, sin embargo, estas capitulaciones una realidad completamente ignorada en las leyes de Toro, a pesar de su presencia en las Partidas, una vez descrita la forma de su inicial implantación dentro de la legislación codificada, no me detendré más en las peculiaridades de su ulterior tratamiento en los distintos textos que van marcando este proceso[99].

Rigiendo, pues, en defecto de otro acuerdo, la sociedad legal, se precisaba como esencia y efecto de la misma el hacer comunes del marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio[100], empezando automáticamente a operar desde el día de su celebración[101], y

respectivamente les pertenece en la familia, y los contrarios a las disposiciones prohibitivas de este Código y a las reglas legales sobre divorcio, emancipación tutela, privilegios de la dote y sucesión hereditaria". Entre los ejemplos de pactos nulos que cita F. García Goyena, *Concordancias,* pp. 667-668, se encuentran aquél por el que la hija se contenta con la dote y renuncia a la herencia paterna, el que constituyese a la mujer en jefe y cabeza de la familia o le autorizase para obrar sin licencia cuando fuese necesaria, el que permitiese a los cónyuges hacerse donaciones recíprocas, o el que excluyese a alguno de los hijos de la sucesión.

97 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1241]: "El menor que, con arreglo a la ley, puede casarse, puede también otorgar cualesquiera pactos matrimoniales, los cuales serán válidos, con tal que concurran a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesita el menor para contraer matrimonio".

98 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1242]: "(1) Las capitulaciones matrimoniales deberán hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, salvo lo dispuesto en el articulo 1244". El párrafo (2) fijaba los requisitos para la validez de la alteración posterior de lo pactado, el [1243] especificaba que dicha escritura debía contener un inventario detallado de los bienes aportados por cada uno con indicación de su valor, o al menos de los muebles, y una nota expresiva de las deudas pendientes de cada contrayente; y el [1244], permitía eludir algunos de los requisitos formales anteriores cuando el valor global de los bienes fuese de una escasa entidad. Como señalará F. García Goyena, *Concordancias,* p. 670, el objeto y la ventaja de la escritura era la de hacer constar lo que cada uno de los esposos llevaba al matrimonio, pues dado que todo lo que se encontrase al disolverse la sociedad se presumiría adquirido durante el mismo, mientras no se probase lo contrario, sería necesario contar con esta información.

99 Evolución que puede seguirse en Mª. J. Collantes de Teran, *Comunidad de gananciales*, pp. 404-426.

100 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1309]: "Entre marido y mujer hay sociedad legal, cuyo efecto es hacer comunes de ambos por mitad las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio".

101 Lo que F. García Goyena, *Concordancias,* p. 705, considera irrelevante es si entre los cónyuges hay cohabitación efectiva, o no. Y en la misma línea, F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, 174, alega que si viviesen separados sin expreso permiso de la autoridad,

no siendo válida cualquier estipulación posterior que dispusiese lo contrario; es decir, el sistema adoptado no podría variarse después del enlace[102]. Esta sociedad se decía gobernada por las reglas del contrato de sociedad[103], y no cabría renunciar a ella sino en ocasión de separación judicial, debiendo quedar reflejada dicha decisión en escritura pública[104]. Y en su composición material se distinguían tres partes: las llamadas donaciones matrimoniales –en las que ya nos hemos detenido–, los gananciales, y los bienes propios de cada cónyuge[105], entre los que, con un tanto imprecisa redacción, se identificaban la dote, en la que se confundían los parafernales, en el caso de la mujer, y el capital marital, en el del hombre, sin aclararse mucho más acerca de su contenido, salvo en la mención a los bienes adquiridos por éste con dinero propio suyo cuando declarase en escritura fehaciente que los compraba para sí, pues en otro caso se conceptuarían como gananciales, si bien tendría derecho a la restitución del precio que hubiese pagado por ellos[106]. Además, al patrimonio de cada uno se ads-

la ley no puede presumirlo, y además, siendo esta situación contraria a las obligaciones derivadas del matrimonio, no cabe derivar de ella ningun derecho ni reconocimiento.

102 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1310]: "Esta sociedad empezará precisamente el día de la celebración del matrimonio: cualquier estipulación contraria será nula".

103 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1312]: "(1) La renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial. (2) Cuando se hiciere en este caso, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se otorgará en escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les señala en el artículo 831 (...)". La razón de que la renuncia no se permitiese durante el matrimonio era la de evitar que pudiese servir de amparo a una donación simulada entre los cónyuges, con lo cual quedaba resuelta, además, una cuestión largamente discutida por los autores. F. García Goyena, *Concordancias,* p. 706.

104 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1313]: "La sociedad legal se gobierna por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo expresamente determinado en este capítulo".

105 Curiosa la caracterización que de los mismos hace F. García Goyena, *Concordancias,* p. 707, al aludir a como toda sociedad para obtener ganancias necesita que antes se cubra el capital social, que en este caso está formado por las aportaciones iniciales realizadas por cada uno de los cónyuges.

106 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1314]: "(1) Son bienes propios de la mujer los que constituyen la dote, y del marido los que componen el capital marital (...) (2) Respecto de los bienes inmuebles adquiridos con dinero propio del marido, se observará lo dispuesto en el artículo 1324". Dice el [1324]: "Los bienes adquiridos por el marido durante el matrimonio con dinero propio suyo, se reputarán gananciales, a no ser que el mismo marido hubiere declarado en forma autentica, al tiempo de la adquisición, que los adquiría para sí, pero en el primer caso, el precio corresponderá al capital marital, en la cantidad que se sacó del mismo". Según F. García Goyena, *Concordancias,* p. 711, el artículo se funda en que el marido, jefe y administrador independiente de la sociedad, se presume que

cribían, y en la proporción determinada por el otorgante o, en su defecto, por mitad, los bienes donados o dejados en testamento conjuntamente a ambos cónyuges[107], así como los créditos pagaderos a plazos y las pensiones que les perteneciesen por separado[108], aunque los frutos e intereses devengados por éstas últimas durante la pervivencia de la sociedad serían considerados gananciales cuando fuesen perpetuas o vitalicias, y propios, con deducción de gastos, cuando no tuviesen tal carácter[109]. Del mismo modo, el importe de las cargas derivadas de las donaciones onerosas efectuadas singularmente se extraería de su respectivo caudal[110]. Mientras que en la relación que después se realizaba de los gananciales se incluían los siguientes: los adquiridos por título oneroso durante la vida conyugal a costa de la masa común, aun cuando su incorporación se hiciese para uno sólo de los cónyuges, los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los consortes, desapareciendo definitivamente la vieja excepción de los castrenses ganados al servicio del gobernante[111], los frutos rentas o inte-

adquiere para ella, no habiendo manifestado su voluntad en contrario. Persiste la duda, sin embargo, de si lo preceptuado para la compra es aplicable a la permuta. Por su parte, J. V. Gavida Sánchez, *La atribución voluntaria de ganancialidad*, p. 32, con este precepto se consigue algo parecido a la atribución voluntaria de ganancialidad, pues la voluntad de los cónyuges tiene cierto papel en la determinación del carácter de los bienes adquiridos a título oneroso.

107 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1316]: "Los bienes donados o dejados en testamento a los esposos conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecerán a la mujer como dote, y al marido como capital marital, en la proporción determinada por el donador o testador; y a falta de designación, por mitad, salvo lo dispuesto en el artículo 1256". Artículo que se refiere al derecho de acrecer.

108 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1318]: "En el caso de pertenecer a uno de los cónyuges algún crédito pagable en cierto número de años o una pensión vitalicia, se observará lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 para regular la dote y el capital del marido". El [1321] ratifica la adjudicación a la dote o al capital marital de las cantidades cobradas por los plazos vencidos durante el matrimonio.

109 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1322]: "(1) El usufructo o pensión pertenecientes a uno de los cónyuges perpetuamente o durante su vida, forma parte de sus bienes propios; pero los frutos e intereses devengados durante el matrimonio son gananciales. (2) Si el usufructo o pensión no fuesen perpetuos o vitalicios, los frutos e intereses, aunque sean devengados durante el matrimonio, son bienes propios del cónyuge usufructuario o pensionista, con deducción de los gastos suplidos por la sociedad (...)".

110 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1317]: "Si las donaciones fueran onerosas, se deducirá de la dote o capital del esposo donatario el importe de las cargas, cuando hayan sido soportadas por la sociedad". Se prescinde, por tanto, de las donaciones remuneratorias en conexión con la consideración que el proyecto hace de ellas como puras y simples.

111 F. García Goyena, *Concordancias,* p. 709, entenderá ligada su supresión al carácter general del deber de prestar servicio de armas, y lo cree propio de una época que,

reses percibidos de otros gananciales o de los privativos de cada uno de ellos[112], al igual que los que estuviesen pendientes al tiempo de disolverse la sociedad[113]. Tomando también está calificación los productos y rendimientos de profesiones, oficios o cargos[114], las impensas útiles hechas o los edificios construidos en las propiedades o el suelo propio de uno de los cónyuges[115], las cabezas de ganado que excediesen de las aportadas al matrimonio y los lucros logrados en el juego[116]. Se observa, por tanto, un espí-

dice, más que de guerra, es de paz, industria y comercio. F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 173, añade que este privilegio de lo obtenido en la milicia es injustificable, pues no son menos dignos de aprecio los servicios que en otras carreras pueden ser prestados al Estado.

112 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1319]: "Son bienes gananciales: 1.º Los adquiridos por título oneroso, durante el matrimonio, a costa del caudal común; bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de los esposos. 2.º Los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges, o de cualquiera de ellos. 3º Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges".

113 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1323]: "Serán gananciales los frutos del matrimonio pendientes al tiempo de disolverse la sociedad (…)". El resto del precepto establece el mecanismo de prorrateo para determinar los que corresponden a la sociedad.

114 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1320]: "Los productos y rendimientos de la profesión, oficio o cargo de cualquiera de los cónyuges son gananciales", pero no lo es "la propiedad de los mismos (…) a menos que hayan sido adquiridos durante el matrimonio, a costa del caudal común o por la industria de los cónyuges o de alguno de ellos". Lo que concuerda con la antes citada pragmática dictada en Nieva por Enrique IV en 1473, recogida en la *Nueva Recopilación*, [5, 9, 5], y la *Novísima Recopilación*, [10; 4, 5].

115 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1325]: "(1) Las impensas útiles hecha en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges, por anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer son gananciales. (2) Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges; abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenecía". Este segundo apartado era contrario al arraigado principio tradicional de que el edificio cede al suelo, ya que al dueño sólo se le reconocía el abono de la mitad de su valor. Novedad que F. García Goyena, *Concordancias,* p. 712, justificaba en razones de interés público, para promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones.

116 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1326]: "Cuando la dote o el capital marital se componga, en todo o en parte, de ganados que existan al tiempo de la disolución, se reputarán gananciales las cabezas que excedan de las aportadas al matrimonio"; [1327]: "Las ganancias hechas al juego por el marido o la mujer, o provenientes de causa torpe, que no sean restituibles, pertenecen a la sociedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal". Hasta este momento, los códigos habían evitado abordar la cuestión de las rentas del juego, lo que F. García Goyena, *Concordancias,* pp. 712-713, creerá motivado por pudor o respeto a la santidad el matrimonio, aunque este silencio había dado lugar a algunos escándalos que, en sus palabras, era conveniente prevenir".

ritu de continuidad con la tradición, que también aflora en la presunción, ya proclamada en las Leyes del Estilo, de que mientras que no se probase que pertenecían privadamente al marido o la mujer, todos los bienes del matrimonio se reputarían como gananciales[117].

Durante los largos y complicados trabajos que acabaron materializándose en la definitiva promulgación del Código civil, las discusiones sobre el mantenimiento del carácter general del régimen de gananciales se reprodujeron con intensidad en diversas ocasiones, ante los intentos de los representantes de aquellos territorios donde éste no había regido históricamente de introducir una mayor libertad de elección para los contrayentes[118], siendo sus repetidas demandas contestadas con el argumento de que la posibilidad de eludir el sistema legalmente establecido estaba ya garantizada por la vía de las capitulaciones matrimoniales[119]. Criterio, que indirectamente se ratificaba, al tiempo que se anunciaban reformas en la regulación de esta materia, en el Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1881, al prever la aplicación de tales medidas sólo en defecto de convenciones particulares[120]. Y de nuevo, con diferente formulación, en

117 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1328]: "Se reputarán gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer".

118 Quien más se significó por parte de los defensores de las tesis provenientes de los territorios foralistas, que reclamaban la eliminación de los artículos [1235] y [1395] del proyecto de 1851, donde se establecía la presunción del acogimiento al régimen de gananciales a falta de pacto expreso en contrario, fue el catalán Durán y Bas, férreo opositor a la codificación del derecho civil, con artificial, hábil y un tanto desvirtuada resurrección de los añejos postulados de la Escuela histórica alemana. Posición que volcaría en diversas obras, entre las que destaca *Escritos. Primera serie. Estudios Jurídicos,* Barcelona, Oliveres, 1888.

119 Algunos de los más jugosos debates, en los que junto a las reclamaciones foralistas no faltaron peticiones de imponer el sistema de gananciales como obligatorio, y de extenderlo a los propiedades privativas aportadas por los cónyuges al matrimonio, se escenificaron en el otoño de 1882, dando noticia de su desarrollo M. Alonso Martínez, *El Código civil*, II, pp- 156-171 y J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil,* I, pp. 507-512. También se hace eco del mismo, Mª. J. Collantes de Terán, *Comunidad de gananciales*, pp. 396-398.

120 *Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1881*, [Base 15]: "En el contrato de matrimonio sobre arreglo de intereses y clasificación y distribución de bienes, se introducirán las reformas oportunas para que la mujer conserve su dote, más sin establecer en su favor privilegios incompatibles con la sociedad legal; se clasificarán los bienes gananciales, determinando los derechos respectivos de ambos cónyuges; se fijarán límites prudentes a las donaciones permitidas, bajo distintos nombres a los esposos; y se declarará como regla y principio fundamental que todo lo anteriormente dispuesto se entiende y

el Proyecto de Ley de Bases de 1885, al someter el contrato sobre bienes ligado al matrimonio a la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, sin otra limitación que las señaladas en el código, entendiéndose que a falta o en deficiencia de dichos acuerdos, se constituiría la sociedad conyugal bajo el régimen dotal y de gananciales[121]. No obstante, también se confirmaba que carecería de validez cualquier pacto que fuese contrario a las leyes, las costumbres y las relaciones de autoridad entre los cónyuges dentro del núcleo familiar, u opuesto a las disposiciones prohibitivas contenidas en el código sobre condiciones del matrimonio, subsistencia del vínculo, divorcio, sucesión, tutela y sujeción a otras legislaciones[122].

El tenor de estas bases, que denotaban cierta permeabilidad a las reclamaciones contra la imposición como régimen legal del sistema de gananciales, se recogerá en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, que pareciendo abandonar esta pretensión, daba prioridad a las estipulaciones decididas por los contrayentes antes de casarse para organizar la sociedad conyugal, en lo tocante a sus bienes integrantes, mientras que solamente en defecto suyo entrarían automáticamente en aplicación el régimen dotal y la sociedad de gananciales[123]. Una libertad en la confi-

debe aplicarse en defecto de convenciones particulares, a las cuales se ajustará en primer término cuanto concierna al patrimonio de la familia". J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil,* I, p. 388.

121 *Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1885* (J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil,* I, p. 431), [Base 21]: "El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte el contrato o sea deficiente, se considerará constituida la sociedad conyugal bajo el régimen dotal y gananciales (…)". Nada conforme con el contenido de esta base, en el debate parlamentario B. Gutiérrez la calificaría de incongruente, por intentar insertar un principio de moderada libertad dentro de un régimen de sociedad, que aunque aparentemente voluntario, era estrictamente legal. Citado por Mª. J. Collantes de Terán, *Comunidad de gananciales,* p. 398, que toma la referencia de R. Herrero Gutiérrez y M. A. Vallejo Úbeda (eds.), *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889,* Madrid, 1989, I, sesión de 29 de abril de 1885, núm. 112, p. 2320. Sin embargo, la opinión mayoritaria de las Cámaras se inclinó a favor del contenido de la base.

122 *Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1885*, [Base 22]: "En armonía con los principios establecidos en la teoria general de las obligaciones, no se podrá pactar en la sociedad conyugal, ni se tendrá por válido nada contrario a las leyes, a las costumbres, ni depresivo a la autoridad que corresponda en la familia a cada uno de los cónyuges, ni opuesto a las disposiciones prohibitivas del Código sobre condiciones del matrimonio, subsistencia del vínculo, divorcio, sucesión, tutela y sujeción a legislaciones extranjeras o extrañas al fuero de los cónyuges".

123 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1328]: "(1). Los que se unan en

guración del contenido del contrato patrimonial que, para no incurrir en nulidad, seguía estando subordinada a las mismas limitaciones enunciadas en las bases de 1885, con la adición de las relativas a la emancipación y la legítima[124]. Manteniéndose, también, vigente la prohibición de hacer una remisión general a los fueros o costumbres que hubiesen regido, o que continuaran observándose, en las diferentes provincias, comarcas o ciudades del reino, o de otros lugares distintos[125]. Por tanto, respetándose estas condiciones, se dejaba amplio margen de maniobra en la elaboración de las capitulaciones matrimoniales[126]. Y sólo a falta de éstas, o cuando en ellas no se fijasen pautas expresas para el disfrute de los bienes y sus rendimientos, entraría en juego la comunidad de gananciales[127], que se describía basada en el reparto por mitad a la disolución del matrimonio de todas las ganancias obtenidas durante la pervivencia del mismo por cualquiera de los cónyuges [128], y que, como en el Proyecto de 1851, comenzaría

matrimonio podrán estipular, antes de celebrarlo, las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. (2) Cuando falte el contrato sobre los bienes, se entenderá que el matrimonio se contrae bajo el régimen dotal y el de la sociedad de gananciales".

124 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1329]: "En los contratos a que se refiere el artículo anterior, no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges"; [1330]: "(1) Tampoco podrán pactar: 1.º Contra las disposiciones prohibitivas de este Código. 2.º Contra las reglas legales para el divorcio, según los casos y condiciones del matrimonio que se celebre. 3.º En oposición a las que rijan sobre emancipación, tutela, privilegios de la dote en su caso, legítimas y sucesión hereditaria. (2) Toda estipulación que no se ajuste a lo preceptuado en este artículo, se tendrá por nula". El contenido de estos preceptos concuerda, en su contenido con el [1239] del proyecto de 1851.

125 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1331]: "(1) Se tendrá también por nulas, y no puestas en los contratos (…) las cláusulas por las que los contrayentes, de una manera general, pretendan establecer que sus bienes se regirán por los fueros o costumbres que hasta la promulgación de este Código se hayan observado en las diferentes provincias, comarcas o ciudades del Reino, o que hayan de continuar observándose para los naturales de las mismas. (2) Serán asimismo nulas las que, de un modo general también, determinen que los bienes de los cónyuges naturales de los lugares regidos por fueros o costumbres, se someterán a los fueros y costumbres de otros lugares distintos, y no a las disposiciones generales de este Código".

126 El régimen de estas capitulaciones se contiene en los artículos [1332] a [1343].

127 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [1414]: "La sociedad de gananciales existirá entre marido y mujer siempre que en las capitulaciones matrimoniales no se haya pactado lo contrario, o se haya omitido prefijar el régimen para el disfrute de los bienes y sus rendimientos".

128 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [1415]: "Mediante la sociedad de

a operar, bajo las reglas del contrato de sociedad, desde el día de celebración del enlace, siendo nula toda modificación adoptada con posteridad, al igual que la renuncia al propio sistema, fuera del caso de que se dictase separación judicial [129]. Como tampoco variaban, salvo en algunos aspectos puntuales, respecto a este ilustre precedente ni la identificación de los bienes de propiedad de cada consorte[130], ni la de los bienes gananciales[131].

Precedida por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en la que se mantenía la tónica de su precedente de 1885, en relación con la libertad de establecimiento de pactos entre los contrayentes[132], pero no en cuanto a la tasación de sus causas de nulidad, la redacción definitiva del Código civil se adherirá a la línea anticipada por estos antecedentes, y en especial por el Anteproyecto de Código de 1882-1888, al confirmar el carácter subsidiario del régimen de gananciales –aunque sin engarce ahora con el dotal–, frente a la preferencia otorgada a las estipulaciones referidas al funcionamiento de la sociedad conyugal, que en lo concerniente a sus bienes presentes y futuros, los novios pudiesen recoger, antes de casarse,

gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disoverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio". Se diferencia del [1309] del proyecto de 1851 en que en éste se decía que el efecto de la sociedad legal es hacer comunes de ambos por mitad las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio.

129 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1416], [1417] y [1418], que reproducen con mínimas variaciones de redacción o articulación el [1310], el [1312] y el [1313] del proyecto de 1851.

130 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1419] a [1423], que repiten, en lo esencial, lo establecido en los artículos [1314] a [1318] del proyecto de 1851. El cambio más importante reside en el [1419], donde se dice que son bienes propios de la mujer, no sólo la dote, sino los que según el Código le pertenezcan, incluso los que constituyen la dote; es decir, se alude a los extradotales.

131 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1424] a [1433], que coinciden con los artículos [1319] a [1328] del proyecto de 1851, con pequeños cambios de redacción, la mayoría irrelevantes. El más destacado se halla en que en el artículo [1429], para seguir considerando propios los bienes adquiridos por el marido con dinero de su propiedad se requiere justificación, seguramente de la condición privativa del dinero, y, como en el [1324] del proyecto de 1851, escritura pública. El [1431] no habla sólo de ganados, como en el [1326] de 1851, sino también de semovientes.

132 *Ley de Bases del Código civil de 1888*, [Base 22]: "El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte el contrato ó sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales".

en sus capitulaciones matrimoniales[133]. No obstante, se reducía el elenco de las limitaciones impuestas al contenido de estos pactos[134] a su respeto a las leyes, las buenas costumbres y la estructura de las relaciones de autoridad dentro de la pareja casada[135], amén de reiterarse la prohibición de su sujeción, con carácter general, a los fueros y prácticas consuetudinarias de las regiones forales[136]. En consecuencia, únicamente cuando las partes contratantes dejasen de manifestar su voluntad o cuando lo acordado resultase ineficaz, tendría cabida, como supletoria, la aplicación en concepto de sociedad legal[137] del modelo de gananciales, que, no obstante, podría ser objeto de exclusión expresa por los consortes[138], pero no de renuncia

133 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1315]: "(1) Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. (2) A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales". Modifica el artículo [1328] del Anteproyecto de 1882-1888. Este carácter subsidiario no impidió que entre la primera edición de 1888, coincidente en su tenor, y ésta reformada de 1889 siguiesen produciéndose discusiones sobre el sistema adoptado por el Código. Por ejemplo, la sostenida en el Senado entre Comas y Fabié, que relata J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, p. 600.

134 Las capitualciones son reguladas en los artículos [1315] a [1326] de ambas ediciones del Código.

135 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1316]: "(1) En los contratos a que se refiere el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges. (2) Toda estipulación que no se ajuste a lo preceptuado en este artículo se tendrá por nula". Este artículo añade el párrafo (2) al artículo [1329] del Anteproyecto de 1882-1888, del que se suprime el [1330].

136 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1317]: "Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código". Modifica el artículo [1331] del Anteproyecto de 1882-1888.

137 Sobre la importancia terminológica de que el Código utilice la expresión "sociedad conyugal" para la asociación pactada por los contrayentes, y la de "sociedad legal" en referencia a la que en defecto de pacto introduce el legislador se extiende M. Falcón, *Código civil español*, 4, p.135.

138 Así lo da a entender el artículo [1364]: "Cuando los cónyuges, en virtud de lo establecido en el artículo 1315, hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren a dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el presente capítulo, y percibira el marido, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad". Este precepto procede del [1308. 1] del proyecto de 1851.

durante la vida del matrimonio, salvo en el caso de separación judicial, y mediante escritura pública[139].

Por lo demás, la caracterización de la comunidad de gananciales se ajustará a análogos contornos a los que la definían en los proyectos de 1851 y 1882-1888[140]. Lo que sucede también respecto a la descripción que se hace de los bienes considerados propios de los cónyuges, si bien ahora la referencia genérica a las pertenencias de la mujer, incluida la dote, y al capital marital se sustituye por su desglose entre los aportados como tales por cada uno de los concurrentes al matrimonio, los adquiridos durante el mismo a título lucrativo o mediante el ejercicio de un derecho de retracto o una permuta que afectasen a otros bienes privativos suyos, y los comprados con el dinero exclusivo de uno de los cónyuges[141]. Y lo mismo ocurre con la sección dedicada a determinar qué bienes serán reputados como gananciales[142]. Aunque es reseñable la supresión de dos artículos referidos, respectivamente, a los productos, utilidades, beneficios, sueldos y rentas de los oficios, cargos o industrias de cualquiera de los consortes, y a la división de los frutos y rentas de la sociedad pendientes a la disolución

139 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1394]: "(1) La renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial. (2) Cuando la renuncia tuviere lugar por causa de separación, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se hará constar por escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el artículo 1001". Coincide con los dos primeros párrafos del artículo [1312] del proyecto de 1851.

140 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1392] a [1395]. La principal novedad se halla en que en el artículo [1394] se prescinde del párrafo tercero, relativo a la renuncia realizada por el español casado en el extranjero, que aparecía en sus precedentes.

141 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1396]: "Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: 1.º Los que aporte al matrimonio como de su pertenencia. 2.º Los que adquiera durante él, por título lucrativo. 3.º Los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges. 4.º Los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido". En realidad, lo que hace este artículo es extender al capital del marido lo que en los artículos [1336] y [1337] ha señalado respecto a la dote. Los artículos [1397] a [1400] coinciden en lo esencial con los artículos [1314] a [1318] del proyecto de 1851 y [1420] a [1423] del anteproyecto de 1882-1888.

142 No variando su redacción en ambas ediciones del Código civil, concuerdan con sus precedentes: el [1401] con el [1319] del proyecto de 1851 y el [1424] del anteproyecto de 1882-1888; el [1402] con el [1321] del proyecto de 1851 y el [1426] del anteproyecto; el [1404], aunque hable de expensas útiles, y no de impensas, con el [1325] del proyecto de 1851 y el [1430] del anteproyecto; y los artículos [1405], [1406] y [1407], con el [1326], el [1327] y el [1328] del proyecto de 1851, y el [1431], [1432] y [1433] del anteproyecto de 1882-1888.

del matrimonio[143]. Al tiempo que, al eliminarse el precepto que distinguía entre que el marido declarase, o no, con justificación y en escritura pública, que los compraba para sí, se viene a otorgar siempre la condición de propios a los adquiridos por el marido con el dinero de su propiedad[144].

2. Titularidad, administración y capacidad de disposición del patrimonio conyugal

a. Alcance y límites de las respectivas atribuciones de los integrantes de la pareja casada

La adopción de un régimen económico de gananciales comporta que, sin necesidad de fundir sus respectivos patrimonios en una masa única y homogénea, ambos cónyuges compartan un destino común respecto a una parte importante de los mismos. Ello implica también un cierto grado de coparticipación en su administración y en los beneficios obtenidos o, si las cosas se tuercen, en las pérdidas y las obligaciones contraídas. Lo lógico sería, pues, esperar que los dos sumen sus energías con el objetivo de preservar y, si es posible, ampliar la fortuna común. Por ello, cualquier contribución de la mujer, sea en trabajo, tiempo, bienes o dinero, será valiosa y le reportará unas consecuencias positivas, aunque su inversión no sea equiparable a la del marido[145]. No obstante, estas afirmaciones

143 Se trata, respectivamente, del [1320] y el [1323] del proyecto de 1851, concordantes con el [1425] y el [1428] del anteproyecto de 1882-1888.

144 Esto a tenor del artículo [1401] en relación con la desaparición del [1324] del proyecto de 1851, concordante con el [1429] del anteproyecto de 1882-1888, que establecía su carácter ganancial cuando faltase tal declaración. Además, el artículo [1403] del Código civil prescinde del párrafo segundo del [1322] del proyecto de 1851 y del [1427] del anteproyecto, que aludían a la condición de propios de los derechos de usufructo o capital de pensión no perpetuos o vitalicios.

145 En ocasiones, puede sorprender la magnitud del lucro obtenido en relación con la contribución realizada a su consecución. Por ejemplo, frente a la tajante exclusión reflejada en textos forales como el *Fuero de Cuenca*, forma sistemática [XXX, 6]: "Quod pueri et mulieres prohibeantur ab exercitu (…) neque habeant portionem", tanto en el *Fuero Real*, [3, 3, 2]. "(…) e si fuere en hueste sin soldada a cuesta de sí e de su mugier, quanto ganare desta guisa sea del marido e de la mugier, ca así como la cuesta es comunal assí lo que ganare sea comunal damos (…)", como en el *Fuero de Soria,* [335]: "(…) Et si fuere en hueste (…) si bestias o armas o otra cosa alguna leuare a cuestas de amos, quanto ganare desta guisa sea del marido et de la muger (…)", a la mujer se le permite enriquecerse con

pueden parecer difíciles de conciliar con la imagen tópica, y profundamente enraizada, de una sociedad medieval traspasada por un abrumador predominio masculino, que se proyecta no sólo al campo de la dirección económica familiar, sino al conjunto de las relaciones personales dentro del matrimonio. Situación a la que, contradiciendo sus propias proclamas exaltadoras de la igualdad en la pareja, coadyuvará decisivamente la Iglesia, que es la que proporciona cobertura ideológica al poder del marido, permitiéndole acaparar la titularidad de la gestión del sustrato material sobre el que se sustenta la célula conyugal y coartar la libertad dispositiva de su consorte, supuestamente afectada por una intrínseca debilidad –la *imbecillitas sexus*[146]–, que la hace peligrosamente vulnerable al Mal, aconsejando recortar sensiblemente su capacidad de obrar. Insistiremos en la cuestión más adelante.

Sin embargo, esta idea tan asentada acerca de la existencia de una indiscutible y absoluta jefatura del marido en la gestión de los asuntos domésticos debe ser sometida a ciertas matizaciones. Para empezar, es conveniente recordar que la atribución explícita de dicha función es verdaderamente excepcional en los textos normativos, ya que, si acaso, sólo contienen aisladas disposiciones que tratan de evitar que la mujer provoque con sus actividades un endeudamiento perjudicial para la estabilidad económica de la pareja, prohibiendo que compre, venda o empeñe cosa alguna sin contar con el consentimiento de su cónyuge o sin servir a su mandato[147], o bien determinando la nulidad de aquellos negocios que emprendiese sin haber obtenido tal autorización, de los que pudiesen derivarse efectos perniciosos para el caudal material común[148].

la mitad del botín logrado por su marido en sus campañas bélicas, cuando probase haber colaborado sufragando una parte de los costes de su equipo militar. Con ello, se colocará, además, en situación de participar en determinadas posesiones, como armas y armaduras, susceptibles de otorgar por sí mismas importantes privilegios y derechos. H. Dillard, *Daugthers of the Reconquest,* p. 75.

146 Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, 9, 2, 17 (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2004). Sobre la evolución de las concepciones acerca de las relaciones de autoridad en el seno de la familia en los siglos antiguos y medievales, M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio*, pp. 230-233.

147 Por ejemplo, *Fuero de Molina de Aragón*, [XI, 26]: "Muger que casada fuere, non aya poderío de uender nin de empennar ninguna cosa sin mandamiento de suo marido".

148 Es curioso el remedio previsto para evitar tales efectos perniciosos en el *Fuero Viejo de Castilla*, pues, diciendo recoger la costumbre castellana, para invalidar la compra de bienes inmuebles o la fianza prestada por la mujer a espaldas del marido, considera

Es verdad, también, que esto no significa que quepa cuestionar el papel directivo reservado al marido, cuyo radio de acción alcanza a diversos aspectos. Lógicamente, afectará a la gestión de sus bienes privativos y de los demás adquiridos por él mismo de modo individual. Sabemos asimismo que, con independencia de que su dominio pase a la mujer, la custodia, la administración y la percepción de los frutos de las arras,[149] al igual que ocurre con la dote, permanecen, en general, en manos del hombre durante la pervivencia entera del núcleo conyugal[150], aunque en el Fuero Real no se descartará la posibilidad de que las arras queden en manos de ella[151]. No obstante, en aras de la protección del principio general de reversión de cada una de las aportaciones nupciales a la parte concedente, o a sus respectivos herederos, la actuación de ambos consortes está condicionada por la prohibición que rige de vender, enajenar o disipar sus elementos integrantes[152], ni siquiera cuando contasen con el

suficiente que éste le propine una «pescosada» ante testigos, y que declare su oposición a dicha operación para que ésta se tenga por deshecha. [5, 1, 9]: "Esto es fuero de Castiella. Que ninguna duenna que marido aya, non puede conprar eredamiento nin puede fazer fiadura contra otro sin otorgamiento de su marido. E, sy lo fiziere, el marido mostrar quel pesa ante testigos, sil diere una pescoçada e dixiere que non quiere que vala esta conpra o fiadura que ella fizo, es todo desfecho e non vale por fuero".

149 Resulta muy difícil deducir, a partir de los ordenamientos municipales, hasta donde alcanzan las facultades dispositivas de la mujer sobre las arras mientras permanece casada, no existiendo datos suficientes que permitan confirmar que se trata del usufructo improductivo del que habla C. Segura Graíño, *Situación jurídica y realidad social*, p. 125.

150 Los derechos del marido sobre la dote alcanzan, según J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Dote», p. 729, a la administración de la dote estimada o inestimada y al derecho a percibir su frutos naturales, industriales y civiles, cuya amplia gama enumera en detalle, que hará suyos como verdadero usufructuario, adquiriendo asimismo, por tanto, las obligaciones de cuidado, conservación y restitución íntegra que como tal le corresponden.

151 *Fuero Real*, [3, 2, 4]: "El marido de mugier qualquier non pueda malmeter nin enagenar las arras que diere a su mugier maguer que lo ella otorgue. Otrosí ella non las pueda malmeter nin enagenar mientre que el marido uiuiere maguer que él lo otorgue, nin después de su muerte mientre que fiios del uiuo ouiere, fueras ende la quarta parte".

152 *Fuero Real*, [3, 2, 4]. *Partidas*, [IV, XI, VII]: "Que las donaciones e las dotes que son fechas por razon de casamientos: deuen ser en poder del marido para guardarlas e aliñarlas.- En possesion deue meter el marido a la muger de la donacion quel faze e otrosi, la muger al marido de la dote quel da, e como quier quel vno meta al otro en tenencia dello: toda via el marido deue ser señor, e poderoso de todo esto sobre dicho: e de rescebir los frutos de todo comunalmente tambien de lo que da la muger, como de lo que da el marido, para gouernar assi mismo, e a su muger, e a su compaña, e para mantener e guardar el matrimonio bien e lealmente. Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enajenar, nin mal meter mientras que durare el matrimonio, la donación que el dio ala muger, nin la

beneplácito del otro[153]. Impedimento que, en virtud del deber de restituir intacta la dote, pesará asimismo sobre el marido, a quien se atribuye su posesión, a no ser que ésta haya sido estimada[154], de tal manera que si la

dote que recibio della, fueras ende, si se la diere apreciada. E esto deue ser guardado por esta razon: porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque a cada vno dellos libre e quito lo suyo, para fazer dello lo que quisiesse, o a sus herederos, si se departiesse el matrimonio por muerte". Con las excepciones, advierte Alonso Díaz de Montalvo, de que la absoluta falta de otros recursos no le dejase otra salida que venderlas para procurar la subsistencia de los suyos; de que las arras hubiesen sido estimadas, con el compromiso de restituirlas en su mismo valor y cantidad; y de que estuviesen compuestas por bienes perecederos. *El Fuero Real*, glosa a [3, 2, 4], pp. 16-18.

153 Refiriéndose a la dote inestimada, J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Dote», p. 730, alude a la diferencia existente entre el derecho romano, también contenido en las Partidas, que no da valor al consentimiento o el juramento prestado por la mujer, porque un acto prohibido, y por tanto nulo, no puede cobrar valor por este medio, y el derecho canónico, que sí otorga validez a la enajenación hecha por el hombre con licencia jurada de su mujer. Por la misma razón, sostiene que tampoco podrá hacerlo la mujer con el permiso de su marido, porque siendo tan fácil inducirla a ejecutar por sí misma la enajenación como arrancarle el consentimiento para hacerla él, por las dos vías se llegaría al mismo resultado, lo que convertiría en ilusorio el veto impuesto al marido.

154 *Partidas*, [IV, XI, VII]. La doctrina entenderá que el marido podrá disponer libremente de la dote estimada solamente si actuando de buena fe la utiliza en interés del núcleo familiar, debiendo exigirse, en opinión de Gregorio López, vertida en su glosa (d), «Ni enagenar», a esta ley, que su estimación cause venta. Ya avanzado el siglo XIX, E. Tapia, *Febrero*, pp. 44-45, admitirá otros dos supuestos en los que no sólo la gestión, sino también el dominio sobre la dote pasará al marido: cuando viniera formada por bienes muebles consumibles por el uso y susceptibles de ser sustituidos, y cuando se le entregasen como vendidos por el precio en que fuesen valorados. Alineado en la misma dirección, J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Dote», p. 729, sostendrá que mientra en la dote estimada el marido hace suyo el incremento, la pérdida o el deterioro de las cosas de la dote, no estando obligado a restituir sino su precio tasado, en la inestimada, que no causa venta, sucede lo contrario, debiendo devolverlas de la misma especie y calidad, ya que sólo recibe un dominio civil, que es semejante al que tiene quien se halla gravado por substitución. Por otra parte, conforme a *Partidas*, [IV, XI, XXI]. "Ganados dan las mugeres en dote a las vegadas a sus maridos. E si por auentura quando establescen la dote en ellos, non los aprescian, el peligro que y auiniere sera dela muger, e leuara el marido los frutos dellos, para sostener el matrimonio mientra que durare (...)", el marido tendrá sobre la dote no estimada pleno derecho a la percepción de los frutos, en este caso las crías de ganado, siempre que los aplique a ese mismo destino. Contemplan otros supuestos en los que, mediando el consentimiento de la mujer el marido está habilitado para enajenar los bienes de la dote, *Partidas*, [III, XVIII, LVIII], que contiene el modelo de carta que ésta debe redactar cuando quiera consentir la venta efectuada por su marido: "Como deue ser fecha la carta, quando la muger consiente la venta que faze su marido (...)", y [V, V, XLIX], donde entre los supuestos en los que se permite comprar heredamientos con el dinero ajeno que se tiene en guarda se incluye:

mujer, que conserva su propiedad, se creyese o temiese perjudicada por el mal empleo hecho con ella, disfrutará de la facultad de plantear un pleito de devolución anticipada con cargo a la hipoteca legal que grava todos los bienes del marido. Y además, a menos que la pérdida, el menoscabo o el deterioro proviniese de un infortunio o calamidad no imputable al demandado, siempre podrá recurrir a solicitar caución en su garantía, o a pedir su puesta a resguardo bajo el control de un tercero[155]. Ahora bien, ella será responsable y damnificada por los daños si no presentase en plazo reclamación frente a la conducta despilfarradora del marido[156].

"(...) o si fuessen los dineros dela dote de alguna muger, e su marido con voluntad della fiziesse la compra", si bien la propiedad de la cosa comprada o el derecho a reclamar la devolución de la suma gastada sigue siendo de ella: "Ca en tales cosas maguer el comprador compre la cosa en su nome, gana el Señorio della aquel cuyos eran los dineros que fueron pagados, por el precio della. Pero en su cogencia es de cada vno dellos de tomar la cosa comprada, o los dineros qual mas quisiere". Sobre todo ello, Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 173-177.

155 *Partidas*, [IV, XI, XXIX]: "Si puede la muger demandar la dote que dio al marido, mientras durare el matrimonio.- Abaratador, e destruydor seyendo el marido de lo que ouiere, de manera que entendiese la muger que venia el marido a pobreza por su culpa: assi como si fuesse jugador, o ouisse en si otras malas costumbres, porque destruyesse lo suyo locamente, si temiere la muger, que le desgastara, o le malmetera su dote, puede le demandar por juyzio, quel entregue della: o quel recabdo que la non enajene o que la meta en mano de alguno que la guarde, e que gane con ella derechamente e de las ganancias guisadas, e honestas que les de dellas onde biuan. E esto puede fazer en esta manera: maguer dure el matrimonio, Mas si el marido fuesse de buena prouision en aliñar: e endereçar lo que ouiesse, e non mal metiesse lo suyo locamente (...) maguer viniesse a pobreza por alguna ocasión, nol podria la muger demandar la dote, mientra que durasse el matrimonio. E en tal razon como esta, se entiende lo que dize el derecho, que la muger que mete su cuerpo en poder de su marido, que nol deue desapoderar dela dote quel dio". Sobre las interpretaciones doctrinales de esta ley, puede consultarse, Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 178-180. La opción de solicitar la intervención judicial para poner coto a esa mala administración es contemplada también en *Leyes del Estilo*, [208], donde la solución prevista es colocar los bienes en poder, no de la mujer, sino de un tercero: "(...) ca entonce puede demandar la mujer al Juez que las sus arras, è los sus otros bienes sean puestos en poder de otro porque se gobierne el marido, y ella de los frutos". Por otra parte, ante el temor de que los dispendios del marido le empujen a la pobreza, I. Jordan de Asso y M. de Manuel, *Instituciones*, p. 55 reconocen a la mujer el derecho de pedir fianzas y de que se le señalen alimentos.

156 *Partidas*, [III, XXIX, VIII]: "(...) E aun dezimos mas que las cosas que la muger diesse a su marido en dote, non se pueden ganar por tiempo, si non despues que el casamiento fuesse partido. Empero si acaeciesse que el marido fuesse desgastador de sus bienes, e ella despues que lo viesse que era atal non le demandasse su dote, si dende adelante alguno la ganasse por tiempo seria ella en culpa dello, e el otro poderla y a ganar". Como vemos, para ejemplificar el sentido de esta disposición, se alude a la posibilidad de

Por otra parte, no es inimaginable sospechar, que estando condicionada, a menudo, por la exigencia de solicitar el permiso del marido para poder disponer de sus bienes propios, de los que deberá contentarse con una mera percepción pasiva de los frutos, la mujer, para evitar que languideciesen improductivos, optase en muchas ocasiones por delegar en éste su gobierno, con la única limitación de tener que rendir cuentas de la subsistencia de los mismos al término del matrimonio. Recordemos, al respecto, que conforme a su regulación en las Partidas, también puede cederle la gestión de sus parafernales, pero con sometimiento a idéntico requisito de no alterar su cuantía y calidad, y respondiendo de su disminución o malversación con su propio patrimonio[157]. De hecho, para poder vender cualquiera de las propiedades de la mujer, en consonancia con las prácticas notariales que las Partidas intentarán instaurar, será preciso que ella le conceda expresamente su autorización mediante una carta ajustada al formulario que aparece incluido en otro de sus preceptos[158]. Finalmente, el protagonismo del marido en la conducción de los negocios conyugales se hace extensivo a los bienes gananciales, los cuales puede explotar con una amplia libertad de maniobra, aunque siempre dentro de los márgenes que le impone la obligación que pende sobre él de entregar la mitad a la mujer o a sus herederos cuando el vínculo marital que les une se disuelva.

Este aparente monopolio masculino resulta, sin embargo, amortiguado por ciertas barreras normativas que buscan alejar la posibilidad de un ejercicio arbitrario y egoísta de su función de administración. A veces, estas cortapisas persiguen asegurar que las adquisiciones realizadas por el marido en beneficio del núcleo conyugal reviertan equitativamente hacia su pareja, exigiéndole que su actuación venga presidida por los principios de diligencia y buena fe[159]. No olvidemos, además, que

que, a pesar de existir una prohibición expresa, a resultas de su inhibición, un tercero poseedor ganase la propiedad de estos bienes dotales por prescripción adquisitiva aun antes de extinguirse el matrimonio. A este respecto, Gregorio López, glosas (e) «En dote», y (f) «Partido», afirma que el cómputo de la prescripción ya iniciada no se interrumpe porque estos bienes se entreguen en dote, y que todavía después de acabada la vida marital el plazo que rige es el largo, de treinta años.

157 *Partidas*, [IV, I, XVII]. Véase nota 54.

158 *Partidas*, [III, XVIII, LVIII]: "Como deue ser fecha la carta, quando la muger consiente la venta que faze su marido (…)".

159 *Leyes del Estilo*, [205]: "Como el marido puede vender los bienes ganados durante el matrimonio.- Si alguno seyendo casado con alguna muger compró alguna heredad, ò otra cosa que ganó estando en uno con su muger, estos bienes que asi compró, puedelos vender el marido, si menester le fuere, en tal que no lo faga el marido maliciosamente,

–como ya se ha señalado–, apartándose de la presunción reinante en el derecho justinianeo, que, salvo que se aportase prueba en contrario, atribuía al marido la propiedad de todos los bienes matrimoniales, las Leyes del Estilo se decantarán por la solución castellana tradicional de considerarlos comunes a ambos consortes, a no ser que alguno de ellos lograse demostrar que le pertenecían[160]. Pero la mayoría de tales medidas obstaculizadoras se concentran en la protección de los bienes privativos de la mujer frente a la acción enajenadora del marido. Sentido en el que hay que interpretar las disposiciones del Fuero de San Sebastián y del Fuero extenso de Sepúlveda que le inhabilitan para vender las propiedades raíces de su mujer sin contar con el consentimiento de ésta[161]. Pero todavía irá más allá el Fuero Real cuando avale la capacidad de la casada para cerrar operaciones de compraventa, si lo hiciese invirtiendo su propio capital o persiguiendo su propio provecho[162]. Aunque, por el contrario, mucha menor condescendencia hacia ésta exhibe el derecho

maguer la muger haya su meytad en aquella ganancia de lo que el marido habia ganado, ò comprado"; [208]: "(…) que el marido es señor de las deudas que deben, è de los frutos, è del otro mueble que ganaron en uno marido, è muger, por mantener la casa, è a su muger, è à su compaña, è puede dello facer lo que quisiere, en tal que no sea destruidor: ca entonce puede demandar la mujer al Juez que las sus arras è los sus otros bienes sean puestos en poder de otro porque se gobierne el marido, y ella de los frutos". Entiendo correcta la lectura que realiza Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico,* p. 116, respecto a que esta exigencia de buena fe también está implícita en la glosa de A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real,* a [3, 3, 1], p. 24, cuando sostiene que los perjuicios causados con dolo o culpa del marido en sus propios bienes no son imputables a la mujer ni, presumiblemente, a la sociedad conyugal.

160 La ley [203] de las *Leyes del Estilo* entra, no obstante, en aparente contradicción con la [208] citada en la nota anterior. Paradoja que, de una manera no plenamente convincente, M. I. Cobo, *Los bienes gananciales*, pp. 150-151, achaca a la imperfección sistemática y la falta de coherencia interna de las propias Leyes del Estilo, que, pese a lo dispuesto en la ley 203, aquí se habrían limitado a seguir las pautas marcadas por las Partidas.

161 *Fuero de San Sebastián,* [3, 9, 10]: "Et si maritus facit donatium absque auctoritate mulieris de hoc quod pertinet mulieri, non valebit; sed si facit donatium de hoc qui sibi pertinet, valebit", donde, además, se demanda su intervención para proceder al empeño tanto de los bienes del marido como los de ella misma. *Fuero extenso de Sepúlveda*, [64b]: "Otrosí, todo omne que mugier oviere, non aya poder el marido de vender raíz de su muger, si a ella non ploguiere".

162 *Fuero Real*, [3, 20, 13]: "Maguer que mugier de so marido non pueda fiar nin fazer debda sin otorgamiento de so marido, pero si fuere mugier que uenda o compre pora sí o aya menester de mercadura, uala todo debdo e toda cosa que fiziere en quanto perteneçe a su menester".

territorial contenido en el Fuero Viejo de Castilla, donde, después de admitirse que el marido trafique con las heredades de su mujer, incluso cuando ella hubiese manifestado su oposición, se le ciegan a la despojada todos los cauces de reclamación de lo alienado en vida de aquél y mientras se prolongase su convivencia, debiendo aplazarse hasta su muerte, y solamente si no hubiese autorizado la venta, la interposición por ella o por sus herederos de una demanda de restitución planteada contra los herederos del finado o directamente contra el adquirente de los bienes litigiosos, que no podrá escudarse para retenerla en la tenencia de año y día, restándole únicamente el expediente de repetir contra los fiadores de evicción y saneamiento que hubiesen sido designados por el difunto[163]. Un peculiar mecanismo de recuperación, en fin, al que, en contraste, aplicando el fuero de los «fijosdalgo», no podrá acudir la viuda cuando los elementos sustraídos a su dominio fuesen de naturaleza ganancial[164].

El temor, precisamente, a que una tardía reivindicación planteada por parte de la viuda o de sus herederos pudiera acarrear la anulación de un asunto cerrado, quizás, largo tiempo atrás, debió alentar fuertes recelos la hora de negociar la compra de aquello que era sacado a la venta

163 *Fuero Viejo de Castilla,* [5, 1, 7]: "Esto es fuero de Castiella. Que, si el marido vende algún heredamiento que es de su muger si él mesmo conosçe ante testigos rrogados que deste aver que ovo desta mesma heredat, que vendió de su muger, conpró otro heredamiento o otras cosas algunas, asý conmo esto que vendió era suyo della, asý deve ser todo lo otro que conpró deste mismo aver suyo della (…) Mas, sy conmo el marido ha poder de vender de los bienes de su muger, que ella avié ante que casó con ella, asý ha poder de entregarla, si quisiere, conosçiéndolo ante testigos que aquello que vendió era suyo della, quier otorgándolo ella la venta, quier non (…). Et, sy el marido vendiere algún eredamiento, que sea de su muger, sin otorgamiento della, ella non lo puede demandar en su vida dél, biviendo con él e estando en su poder; mas tal eredamiento conmo éste puédelo ella demandar o sus herederos, despues de la muerte del marido; et el comprador non se puede anparar por tenençia de anno e día, mas puédese tornar a los fiadores que rrecibió a la ora de la conpra, que gelo fagan sano (…)".

164 *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 8]: "Esto es fuero de Castiella entre fijosdalgos. Que, asý conmo el marido puede conprar algunas cosas con su muger o faze otras ganançias algunas, quier de mueble, quier de rraýz, asý conmo lo gana con ella, asý lo puede vender, sy quisiere, e ella non ge lo puede enbargar. Otrosý puede vender, si quisere, los bienes que ella avié de sus proprios muebles o heredades, ante que case con él o después que casó con él, en vida de su marido, ca no lo puede contrallar, nin lo puede demandar. Mas, después de la muerte del marido, puede demandar estos bienes ella a sus herederos o a quienquier que los falle; e non los puede defender aquéllos a quien los demandaren, que son tenedores, por dezir que su marido ge los vendió, sy ella non los vendió, o non otorgó la venta".

contra la voluntad de su legítima propietaria. Tal vez sea esta precaución, más que un deseo real de hacerla copartícipe, la que explique el que, con bastante frecuencia, el arreglo en solitario de un negocio jurídico venga reforzado por la mención expresa a la conformidad de la mujer ausente, que cabe presumir muchas veces ésta prestaría como forma de obtener beneficio de una pérdida que intuía inevitable. Naturalmente, el que otras muchas veces sea ella la que dice contar, al disponer de sus bienes privativos, con la aprobación de su marido, no debe entenderse tampoco sino como reflejo de las limitaciones que menguan su capacidad. Pero ello no invalida el hecho de que, sobre todo en los siglos altomedievales, y a través de muy numerosos testimonios documentales[165], obtengamos la certidumbre de que la mujer casada disfrutaba de un holgado espacio de actuación en el ámbito patrimonial, que, como veremos, la legislación regia, bajo un poderoso influjo romanizante, tenderá paulatinamente a recortar, hasta culminar su política restrictiva con las leyes de Toro.

b. Reforzamiento de la posición dominante del marido en el derecho de la codificación

Supuestos de ausencia del marido

Inmersos ya en la senda de los intentos de codificación, nada encontramos en el Proyecto de Código civil de 1821 que nos separe de la genérica atribución que tradicionalmente se había hecho al marido de la dirección y administración de los asuntos comunes del matrimonio[166], y de la rotunda confirmación de la misma a través del juego de las licencias marital o judicial exigidas a la mujer para participar en dichas tareas. No obstante, como excepción, a la mujer se le concederá la posibilidad de reclamar de la autoridad pública que le habilite para hacerse cargo de su gestión, sin necesidad de prestar fianza, una vez pasados seis meses de ausencia de su marido del domicilio conyugal, o después de un año cuando éste hubiese nombrado un procurador encargado de tal misión[167]. Una anómala situa-

165 Abundantes ejemplos documentales que demuestran estas afirmaciones en M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio*, pp. 238-244.

166 *Proyecto de Codigo civil de 1821*, [311]: "El marido tiene derecho de dirigir y administrar las cosas comunes del matrimonio (…)".

167 *Proyecto de Codigo civil de 1821*, [85]: "La mujer del ausente, pasados seis meses desde la ausencia, puede solicitar ante la Autoridad pública que se la habilite para

ción que la convertiría en usufructuaria de los bienes colocados bajo su poder[168], entre los que, según dudosa afirmación de Lasso Gaite, quizás, cabría deducir comprendidos los bienes privativos del marido[169], y que podría prolongarse hasta un máximo de treinta años, momento en el que, presumiéndose muerto al desaparecido, entrarían automáticamente en funcionamiento las reglas de la sucesión intestada[170]. Esta facultad le será asimismo reconocida, a falta de otra persona a la que el ausente hubiese conferido poderes generales, y transcurrido un año desde su marcha, en el Proyecto de Código civil de 1836[171], donde también se establecerá un período de espera de tres decenios antes de dar por definitiva la declaración provisional de ausencia[172]. Línea en la que también se mantendrá el Proyecto de Código civil de 1851, en el que al cónyuge presente se le otorgaba

administrar las cosas comunes del matrimonio"; [94]: "La mujer, los hijos y, en su caso, los ascendientes en línea recta, reciben la administración sin necesidad de dar fianza (…)"; [95]: "Si el ausente dejó procurador encargado de sus cosas, no tiene lugar lo dispuesto en los artículos anteriores respecto de la mujer e hijos hasta cumplido el año de la ausencia (…). En todo caso y tiempo la mujer, los hijos o parientes pueden pedir que el procurador afiance las resultas de la administración". El que en el artículo [85] se presuponga que el ausente es el varón, probablemente, se debe a que el marido no necesita recibir esa administración de los gananciales que ya posee por propio derecho. M. Peset Reig, *Anotaciones y concordancias,* p. 62.

168 *Proyecto de Codigo civil de 1821*, [97]: "La administración de las cosas del ausente da a la mujer, a los hijos y a los ascendientes en línea recta, respectivamente, el derecho de usufructo de las cosas administradas (…)".

169 J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, p. 75, se basa en el artículo [87]: "(1) Si el ausente fuese viudo y tuviese hijos menores, la Autoridad dispone que se les nombre un tutor que cuide de sus personas y administre las cosas de su padre", para afirmar que el proyecto refuerza en este punto la capacidad de la mujer casada, en lo que se distancia del Código de Napoleón. Una separación de la que también se hace eco M. Peset Reig, *Anotaciones y concordancias,* pp. 61-62, si bien parece evidente que el precepto no se refiere a la mujer casada, sino al tutor nombrado por la autoridad. La lectura de Lasso la secunda Mª. J. Collantes de Terán, *La economía del matrimonio,* pp. 169 y 171.

170 *Proyecto de Código civil de 1821*, [101]: "Pasados treinta años desde la ausencia, la ley presume muerto al ausente, y transmite la propiedad de sus cosas a sus hijos, ascendientes y demás parientes, según las reglas de la sucesión intestada".

171 *Proyecto de Código civil de 1836*, [80]: "Cuando el ausente a nadie hubiere conferido poderes generales, o bien en el caso de ser especiales para determinado negocio, tendrá la representación legítima del ausente, en primer lugar su cónyuge, y en segundo sus hijos y descendientes legítimos, siendo mayores de veinticinco años (…)"; [83]: "El cónyuge del ausente o sus hijos y descendientes legítimos podrán pedir la administración al año de la ausencia (…)".

172 *Proyecto de Código civil de 1836*, [101]: "Pasados treinta años después de la declaración provisional de ausencia sin que en este tiempo se hayan tenido noticias fide-

la representación del ausente que no hubiese dejado apoderado y del que se ignorase su paradero[173], pudiendo instar, una vez pasados cuatro años, la declaración de ausencia y adquirir todos los derechos pertinentes hasta darse por firme, a los consabidos treinta años, la presunción de muerte de aquél que no regresó[174]. No obstante, en el caso de que se opusiese a la realización de ésta declaración, la mujer obtendría la administración de todos los bienes matrimoniales[175]. Estas mismas medidas aparecen luego en el Proyecto de libro primero del Código civil de Romero Ortiz, de 1869[176]; y aunque con distinta redacción, se recogerán asimismo en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888[177], cuya principal novedad residirá en precisar que, mientras ejerciese su función de representación la mujer podría disponer libremente de sus pertenencias, pero no le estaría permitido enajenar, permutar o hipotecar las propiedades del marido ni los bienes gananciales sin previa autorización judicial[178]. Finalmente, la

dignas de la existencia del ausente, la ley le presume muerto"; [103]: "En ambos casos se procederá a la adjudicación definitiva de sus bienes (...)".

173 *Proyecto de Código civil de 1851*, [310]: "Cuando una persona desaparece del lugar de su domicilio sin dejar apoderado, y se ignora su paradero, podrá el Tribunal, en causa de urgencia y a instancia de parte interesada o del ministerio fiscal, nombrar persona que le represente (...)"; [311]: "En el caso del artículo anterior, el cónyuge que se ausenta será representado por el que está presente". F. García Goyena, *Concordancias*, p. 172, asimilaba está representación a una curaduría.

174 En realidad, el plazo de cuatro años para realizar la declaración era de cinco, porque el artículo [317] decía que sólo podría hacerse después de un año de efectuada ésta. De la declaración de ausencia se ocupaban los artículos [313] a [321], y de la presunción de muerte del [322] al [326].

175 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1363]: "La administración de los bienes del matrimonio se transfiere a la mujer: (...) 2.º Cuando se oponga a la declaración de ausencia del mismo con arreglo al artículo 314".

176 *Proyecto de libro primero del Código civil de 1869*. Los artículos [354] y [355] coinciden con el [310] y el [311] de 1851; los artículos [357] a [362] sobre la declaración de ausencia con los artículos [313] a [321] del proyecto de 1851; los artículos [367] a [371] sobre la presunción de muerte del ausente, con los artículos [322] a [326] de 1851; y el [82] sobre administración de la dote, con el [1363] de 1851.

177 El *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [149] introduce la matización de que la representación solamente entrará en funcionamiento cuando el ausente y el presente no estuviesen separados, y además prevé que, en el caso de ser menor de edad, a la mujer se le proveerá de un tutor. La declaración de ausencia se regula en los artículos [150] a [152], y la presunción de muerte del [157] al [160].

178 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [154]: "La mujer mayor de edad podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan, pero no podrá enajenar, permutar ni hipotecar los bienes propios del marido, ni los de la sociedad conyugal, sino con autorización judicial".

regulación contenida en el anteproyecto pasará al Código civil, sin otra novedad reseñable que designar, a falta de la mujer, como representantes del ausente a los padres, hijos y abuelos, por el mismo orden fijado para el desempeño de la tutela de los incapacitados[179].

Su regulación en los sucesivos proyectos de Código civil

Más explicito que su predecesor se mostraba el Proyecto de Código civil de 1836 a la hora de atribuir al marido la administración en exclusiva de los bienes gananciales, de sus bienes propios y –ahora explícitamente– de los de su mujer, además de reconocerle la facultad de hipotecarlos, enajenarlos o ejercer cualquiera de las acciones inherentes al derecho de propiedad o de posesión que tenía sobre ellos[180], si bien, mirando por los intereses de la esposa y de la prole, sólo le estaba permitido disponer de los mismos para dotar o proporcionar soporte a los hijos o para otros fines orientados a la prosperidad de la sociedad conyugal[181]. No obstante, esta potestad podía recaer sobre la mujer cuando el marido se encontrase física o moralmente imposibilitado por causa de demencia o insensatez habitual, vicio grave, malversación, ausencia o condena judicial a penas corporales o infamantes[182], debiendo ser asistida por un curador adjunto cuando fuese

179 *Código civil, edición reformada de 1889*. Los artículos [181] y [183] coinciden con el [147] y el [149] del Anteproyecto de 1882-1888; el [188] con el [154] del Anteproyecto; a la declaración de ausencia se dedican los artículos [184] a [186] y a la presunción de muerte los artículos [191] a [194]. Hay que reseñar, que en el Código no se incorporó la parte final de la [Base 6] de la Ley de Bases de 1888, que señalaba: "sin que la presunción de muerte llegue en ningún caso a autorizar al cónyuge presente para pasar a segundas nupcias".

180 *Proyecto de Código civil de 1836*, [190]: "La administración de todos los bienes correspondientes al matrimonio corresponde al marido (…)"; [195]: "El marido, en virtud de la administración que tiene así de los bienes propios y conyugales como de los de su mujer, podrá ejercer todas las acciones dimanadas del derecho de propiedad o posesión que correspondan a los mismos". Reiterado en [1496]: "Solamente al marido corresponde el derecho de administrar los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal y solo él puede enajenarlos o hipotecarlos". El artículo [195] supone una refundición de los artículos [1421] y [148] del Código civil francés.

181 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1497]: "(…) el marido no podrá hacer donación ni disponer de otro modo de los bienes inmuebles sociales, sino para dotar o proporcionar establecimiento a los hijos de ambos o para otros fines de la sociedad conyugal".

182 *Proyecto de Código civil de 1836*, [190]: "La administración de todos los bienes correspondientes al matrimonio corresponde al marido, a no ser que se hallare imposibilitado de ejercerla por cualquiera de las causas siguientes: 1.ª Por demencia o insensatez habitual. 2.ª Por cualquier vicio natural que le impida cuidar de los bienes

menor de veinticinco años, y afianzar el cargo cuando su cónyuge tuviese descendencia de otro matrimonio anterior, cuyos intereses hubiese que proteger[183]. Una capacidad de gestión en situaciones excepcionales, que le sería, no obstante, arrebatada si, a su vez, resultase procesada por algún delito, o amonestada por su comportamiento indecoroso[184].

Distintas de los bienes propios y de los gananciales son, como sabemos, las aportaciones nupciales realizadas por cada uno de los contrayentes o sus familias por razón del casamiento. Ya hemos dicho que en el Proyecto de Código civil de 1836 las arras tenían la consideración de bienes propios de la mujer, por lo que no podían ser enajenadas por el marido, encargado de su administración, sin su consentimiento, el cual cuando se tratase de propiedades raíces, ella sólo podría prestar después de haber cumplido los veinticinco años. Sin embargo, a falta de esta aprobación, el marido estaba obligado a la restitución en su integridad, quedando asociadas a este fin, bajo hipoteca legal, sus pertenencias privativas[185]. Mucho más detallada era, con todo, la regulación dedicada a la administración de los bienes dotales, de la que, sobre todo, nos interesa destacar la distinción que se establecía en tres categorías: La primera, la formada por los bienes apreciados por peritos, es decir, la

correspondientes al matrimonio. 3.ª Por mala versación de sus bienes o de los de su mujer. 4.ª Por ausencia (...). 5.ª Por condenación judicial a penas corporales o infamatorias mientras dure el cumplimiento de ellas".

183 *Proyecto de Código civil de 1836*, [191]: "Por cualquiera de las causas expresadas en el artículo anterior, y acreditándose en debida forma, recaerá en la mujer la administración legal de los bienes del matrimonio; y si ésta fuere menor de veinticinco años, el Juez le nombrará un curador adjunto para que en unión de ella administre hasta que cumpla dicha edad"; [192]: "La mujer a quien se diere la administración de los bienes correspondientes a la sociedad conyugal, deberá afianzar el cargo cuando su marido tuviere hijos de otro matrimonio, por la parte que pueda corresponder a los mismos".

184 *Proyecto de Código civil de 1836*, [193]: "La mujer perderá la administración de los bienes correspondientes a la sociedad conyugal si fuese procesada por algún delito o judicialmente amonestada por su conducta viciosa". En este caso, la administración será encomendada a un tercero, [194]: "Cuando por incapacidad de los cónyuges administrare un tercero los bienes correspondientes al matrimonio, el Juez regulará la distribución de sus productos según las circunstancias de aquéllos y de la familia".

185 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1623]: "Las arras se reputan bienes propios de la mujer, y el marido no podrá sin el consentimiento de ella enajenarlas. La mujer no podrá prestar dicho consentimiento hasta que tenga veinticinco años cumplidos si las arras consistieren en bienes raíces"; [1627]: "El marido es responsable con sus bienes propios a la restitución de las arras, a menos que éstas se hayan enajenado o consumido con beneplácito de la mujer, siendo ésta mayor de veinticinco años".

dote estimada, cuya propiedad pasaba al marido, quien podría disponer libremente de ellos como si fuesen suyos, pero con el deber de restituirlos en el plazo máximo de un año, y en idéntica cantidad si fuese dinero, o en su valor al tiempo de la entrega cuando se tratase de consumibles[186], corriendo su pérdida o su deterioro de su cuenta y riesgo, aunque fuesen debidos a causa fortuita[187]. En segundo lugar, los muebles no apreciados seguían bajo dominio de la mujer, si bien su administración se transfería al marido, que solamente sería responsable de su menoscabo si no obrase con la diligencia debida[188], no estando obligado, por lo tanto, a su restitución si los hubiese vendido o empleado en favor de la sociedad conyugal con la conformidad de su dueña, pero sí es el caso de que los hubiera utilizado en su provecho particular[189]. Por último, igual régimen recaía sobre los inmuebles, que se mantendrían siempre en la propiedad de la mujer y gestionados por el marido, aunque, a diferencia de los anteriores, y al igual que los extradotales[190], éste no podía enajenarlos o

186 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1550]: "Cuando el marido recibe los bienes muebles dotales con formal aprecio hecho por peritos, adquiere durante el matrimonio el dominio de ellos, y por consiguiente podrá disponer de los mismos como de la cosa propia con la obligación de restituirlos (…)"; [1567]: "(…) El marido que se hiciere dueño de los bienes dotales según lo dispuesto en el artículo 1550 deberá restituir igual cantidad, si fuese dinero, o el valor que tenían al tiempo de la entrega, si fueron otros bienes de los que se consumen con el uso". Respecto al plazo de restitución: [1571]: "La restitución de los bienes dotales inmuebles debe hacerse inmediatamente que se disuelve el matrimonio; la del dinero y otros bienes muebles deberá verificarse a más tardar dentro de un año".

187 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1556]: "Haciéndose dueño el marido de los bienes dotales tasados, según dispuesto en el artículo 1550, la pérdida o deterioro de dichos bienes será de cuenta y riesgo del mismo, aun cuando provenga de caso fortuito".

188 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1551]: "Si los bienes muebles dotales no fuesen apreciados por peritos, el marido sólo tendrá la administración de ellos y la mujer conservará su dominio"; [1557]: "Pero si no adquiriese más que la administración de los bienes muebles cuando no son apreciados, sólo será responsable de la pérdida o deterioro de ellos por no haber puesto en la administración el cuidado mismo que que en sus cosas propias".

189 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1568]: "Si sólo hubiese pasado al marido la administración de los bienes dotales muebles, y éstos se hubieren vendido o empleado en usos de la sociedad conyugal con previo consentimiento de la mujer, no estará obligado el marido a su restitución. Pero si éste hubiera convertido dichos bienes, o parte de ellos en utilidad suya, acreditándolo así la mujer o sus herederos, estará obligado a restituir el valor de lo utilizado". Curiosamente, se reservaba un régimen especial a los muebles que sirven de adorno o comodidad de la casa, cuyo deterioro sería, según el [1558]: "(…) de cuenta de los dos consortes, a no probarse que aquél procedió de culpa o abandono del marido, en cuyo caso éste solo será responsable del menoscabo".

190 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1560]: "El marido no podrá enajenar los

hipotecarlos sin su permiso, o sin el del juez, si fuese menor de edad[191], no pudiendo, además, invertir el dinero obtenido en un fin diferente a la adquisición de otra finca productiva, pues de no respetar esta limitación, en virtud de la exigencia de restitución, en lugar de responder únicamente de la pérdida o el daño derivados de su negligente administración, debería hacerlo también de la reducción o disipación del precio recibido, con cargo a sus propios bienes presentes y futuros, cualquiera que fuese la causa, y aun cuando no mediase culpa suya,[192]. Ahora bien, ante la evidencia de su mal gobierno de las cosas dotales, a la mujer le quedaba el recurso de solicitar al juez que se lo retirase para encomendárselo a un tercero, lo que también podría hacer cuando recelase de que el marido pudiera emplearlos para dar satisfacción a sus acreedores[193]. Finalmente, cuando la dote hubiera consistido en créditos gravitantes sobre los padres o parientes de la mujer, los gastos realizados por el

bienes extradotales sin consentimiento de la mujer, ni ésta sin la licencia de aquel".

191 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1552]: "La mujer conservará siempre el dominio de los bienes inmuebles dotales y el marido sólo tendrá el derecho de administrarlos"; [1553]: "Los bienes inmuebles dotales no podrán enajenarse ni hipotecarse sin previo consentimiento de la mujer, siendo ésta mayor de veinticinco años; si fuere menor de esta edad, será necesaria la autorización judicial".

192 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1554]: "Vendidos los bienes dotales inmuebles, ya con el solo consentimiento de la mujer, ya con autorización judicial, se ha de invertir el precio de ellos en la compra de otra finca productiva; sin cuyo requisito el marido será responsable, con todos sus bienes propios presentes y futuros de la pérdida, menoscabo o dispación del referido precio, aun cuando no dimane de culpa suya"; [1555]: "Excepto en el caso de que deje de invertirse el precio de la finca inmueble vendida (...) el marido sólo será responsable de la pérdida o deterioro que tengan los bienes inmuebles dotales, cuando en la administración de ellos no hubiere puesto la diligencia que emplea en sus cosas propias". [1571]: "La restitución de los bienes dotales inmuebles debe hacerse inmediatamente que se disuelve el matrimonio (...)"; [1578]: "Para la restitución de la dote y demás bienes propios que el marido debe restituir a la mujer, la ley declara obligados todos los bienes presentes y futuros del mismo".

193 La diferencia entre uno y otro supuesto reside en que en el primero el depositario, deducido su estipendio, debería entregar los frutos a la mujer, y en el segundo al marido. *Proyecto de Código civil de 1836*, [1561]: "Cuando el marido administra mal los bienes dotales malbaratándolos o disipándolos con su mala conducta, tiene derecho la mujer para pedir al Juez que se le prive de la administración y se depositen en persona abonada, la que deberá entregar los frutos a la mujer con deducción del estipendio o tanto por ciento que se dé al depositario"; [1562]: "Igual derecho tendrá la mujer para pedir el depósito de los bienes dotales, cuando el marido aun sin mala versación de éstos, tenga contra sí otros acreedores y sea de recelar que por satisfacer a alguno de ellos disponga de los bienes dotales; pero en este caso entregará el depositario los frutos de estos bienes al marido y no a la mujer".

marido para verificar su cobro serían imputables a ella, desestimándose –en indirecta consonancia con la ley 16 de Toro–, la posibilidad de compensarlos con los frutos dotales[194], que eran los únicos que se integraban en la sociedad conyugal.

El aseguramiento del cumplimiento de los fines de la dote y de su ulterior devolución a la mujer o a sus herederos al término de la unión conyugal encuentra amplio refuerzo en los distintos proyectos y textos codificados con otras instituciones, como la responsabilidad por evicción del constituyente, las acciones y privilegios dotales de la mujer, la hipoteca dotal y la restitución, en las que, no habiendo sido modificadas por las leyes de Toro, no nos detendremos, salvo en aquellos aspectos puntuales que guarden relación con los aspectos analizados.

La atribución al marido de la facultad exclusiva de administrar la sociedad se hará también muy presente en el Proyecto de Código civil de 1851[195], si bien cuando éste fuese menor de edad necesitará la oportuna autorización paterna, materna o judicial para realizar todos los actos requeridos de escritura pública y para demandar y defenderse en juicio[196]. Hasta tal punto, que se declaraba la nulidad de cualquier pacto que le privase directa o indirectamente de ella, si bien se permitía ceder a la mujer la facultad de percibir una parte de las rentas, los denominados alfileres,

194 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1576]: "Si la dote de la mujer hubiera consistido en créditos, no tendrá responsabilidad alguna el marido por no haberlos cobrado, si el deudor fuere padre u otro ascendiente de la mujer; pero si fuere otro pariente o un extraño, el marido o sus herederos serán responsables de la falta de cobro, dimanada de culpa o negligencia"; [1577]: "Si el marido hiciese gastos para verificar el cobro de las deudas expresadas en el artículo anterior, serán aquéllos de cuenta de la mujer y no podrán compensarse con los frutos dotales". La cuestión había suscitado una polémica entre la doctrina, de la que se haría eco B. Gutiérrez Fernández, *Código,* I, pp. 400-401, dando pie a tres opiniones: la de que, conforme al derecho romano, sólo cabía descontar las impensas necesarias; la ahora excluida por la ley, y la defendida por el propio Gutiérrez y consagrada en el proyecto, de que al marido se le abonase como precio lo gastado en la realización del cobro. Véase, Mª. J. Collantes de Terán, *La economía*, p. 181.

195 *Proyecto de Código civil de 1851,* [1333]: "El marido administra exclusivamente la sociedad legal".

196 *Proyecto de Código civil de 1851*, [60]: "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio; pero siendo menor de dieciocho años, necesitará del consentimiento de sus padre, y en defecto de éste, del de su madre, y por falta de ambos, de la autorización judicial para todos los actos que (…) deben redactarse en escritura pública y para demandar y defenderse en juicio". Esta disposición es también aplicable a la viuda menor de dieciocho años. F. García Goyena, *Concordancias*, p. 40.

para destinarlas a sus atenciones personales[197]. No obstante, la mujer, que, en principio, tenía prohibido obligar los gananciales sin autorización del marido[198], podía llegar a asumir esta función gestora, así como el derecho a percibir todas las adquisiciones futuras, en el supuesto de producirse una separación de bienes decretada a instancia suya por causa de interdicción civil del marido, a pesar de que esta situación comportaba directamente la extinción y liquidación de la sociedad legal[199]. E igualmente cuando fuese nombrada su curadora, por ser él incapaz, o cuando los tribunales se la confiriesen por hallarse el marido prófugo y juzgado en rebeldía en causa criminal, cuando se opusiese a la declaración de ausencia del marido, o porque hallándose éste impedido para ejercerla por sí mismo, no hubiese dispuesto nada sobre ella[200]. Como, asimismo, recibiría la administración de su dote cuando se declarasen la prodigalidad o la ausencia del marido,

197 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1240]: "(1) Será igualmente nulo cualquier pacto que privare directa o indirectamente al marido de la administración de los bienes del matrimonio. (2) Sin embargo, podrá estipularse, en favor de la mujer, la facultad de percibir directamente y en virtud de simple recibo suyo, una parte de las rentas para sus atenciones personales, comprendidas bajo el nombre de alfileres". A juicio de F. García Goyena, *Concordancias*, p. 668, se trataba de una medida moral y necesaria para mantener el orden y disciplina en la familia. Entenderá, además, que excluía el pacto de separación de bienes permitido en el Código francés. F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 172-173, abundará en esa opinión, reprobando, incluso, que en el Código se permitiese a la mujer conservar la administración de los bienes extradotales, aunque de esta libertad se hacía poco uso en la práctica.

198 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1338]: "(1) La mujer no puede obligar los gananciales, sin consentimiento del marido". Precepto que a F. García Goyena, *Concordancias*, p. 717, se le antojaba superfluo, pues, se preguntaba, si no puede enajenar sus propios bienes personales ¿cómo va a hacerlo con los gananciales?.

199 *Proyecto de Código civil de 1851,* [1358]: "(1) Si la separación se decretare a instancia de la mujer, por causa de interdicción civil del marido, se transfiere a ésta la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho a todos los gananciales ulteriores con exclusión del marido"; [1356]: "(1) Decretada la separación, queda extinguida la sociedad legal, y se hará la liquidación de la misma". La separación debía entenderse como parte de la pena, por lo que si la pidiese la mujer, era lógico que se privase de la administración de los bienes al marido. F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 176.

200 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1363]: "La administración de los bienes del matrimonio se transfiere a la mujer: 1.º Siempre que sea curadora de su marido con arreglo al artículo 292. 2.º Cuando se oponga a la declaración de ausencia del mismo, con arreglo al artículo 314 (…) Los Tribunales conferirán también la administración a la mujer, con las limitaciones que estimen convenientes, si el marido está prófugo y juzgado en rebeldía en causa criminal; o si hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiere proveído sobre ella".

o éste hubiese sido el causante del divorcio[201]. En todos estos casos, la casada disfrutaría respecto al caudal conyugal de las mismas facultades y responsabilidades que competían a su cónyuge, si bien se le impedía enajenar o gravar los bienes inmuebles sin licencia judicial[202]. Limitación que contrasta con la facultad otorgada al marido de enajenar y obligar a título oneroso los bienes gananciales sin el permiso de su consorte, y sin subordinación a otra restricción que la de que no lo hiciese en contravención de la ley o en fraude de la mujer[203]. Admitiéndose, también, que los utilizase para hacer donaciones moderadas con fines piadosos o caritativos, pero no que dejase en testamento una porción mayor de la mitad que le correspondiese[204].

Aunque nada se especificaba, a partir de la citada regla general resulta obvio que el control de las donaciones matrimoniales recaía sobre el marido. Y en cuanto a la dote, se le adjudicaban expresamente su administración y su usufructo, lo que llevaba aparejadas tanto la obligación de subvenir las cargas conyugales como la de atender las demás

201 *Proyecto de Código civil de 1851*, [305]: "La mujer del pródigo tiene la administración de sus dote (…)". [1358]: "(2) Si se decretase por haber sido declarado ausente el marido, o haber dado causa al divorcio, entrará la mujer en la administración de su dote y de los demás bienes que le hayan correspondido en la liquidación". Señalaba F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 176, que si la separación se determinó por ausencia del marido, no sería justo privarle de más derechos que aquéllos cuyo ejercicio era incompatible con su ausencia, y que si se dictase por divorcio, no sería conveniente que la mujer sacase de esta circunstancia una ventaja pecuniaria.

202 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1364]: "La mujer en quien recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio tendrá, respecto de ellos las mismas facultades y responsabilidad que competían al marido (…)"; [1366]: "La mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan pertenecido en caso de separación o cuya administración se le haya transferido". Luego, podrá enajenar los muebles, porque al marido le estaba permitido. F. García Goyena, *Concordancias*, p. 727.

203 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1334]: "Además de las facultades que pertenecen al marido como administrador, puede enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes gananciales, sin consentimiento de la mujer, salvo lo dispuesto en el artículo 1337"; [1337]: "Toda enajenación o convenio que, sobre bienes gananciales, haga el marido en contravención de la ley o en fraude de la mujer, no perjudicará a ésta ni a sus herederos".

204 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1336]: "(…) también podrá hacer donaciones moderadas, para objetos de piedad o beneficiencia; pero sin reservarse el usufructo". [1335]: "El marido no puede disponer por testamento sino de su mitad de gananciales". F. García Goyena, *Concordancias*, p. 716, también considera este artículo innecesario después de haber dicho en el [1334] que sólo por título oneroso puede obligar y enajenar los gananciales.

responsabilidades y derechos dimanantes de su posición de usufructuario[205]. Sin embargo, cuando existiese fundado motivo para pensar que la mala gestión del marido pudiese poner en peligro la dote, o no proveyese convenientemente las necesidades de subsistencia de la familia, la mujer o, si ella estuviese imposibilitada, sus padres o sus dos parientes más cercanos, mayores de edad, de ambas líneas de filiación, podrían solicitar de los tribunales la limitación de estas facultades y la adopción de cualquier otra medida dirigida a evitar esas situaciones de riesgo[206]. Ahora bien, no dándose esta circunstancia, al marido, que respondía con sus propios bienes de los lucros cesantes y los perjuicios que su negligente o culposo gobierno pudieran ocasionar a la dote[207], se le permitía disponer libremente de los bienes muebles, si bien, para asegurarlos, estaba obligado a constituir, antes o al tiempo de recibirlos, una hipoteca especial que, si no tuviese inmuebles propios suficientes, debería hacer gravar sobre los primeros que adquiriese, ya lo hiciese para sí o para la sociedad conyugal[208]. Por

205 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1276]: "Al marido pertenece la administración y usufructo de la dote, con obligación de cumplir las cargas matrimoniales y con las demás obligaciones y derechos propios del usufructuario, salvo lo dispuesto en al artículo 60 y en el presente título". Recordemos que el artículo [60] se refería al marido menor de 18 años. Es de reseñar que el enunciado de este proyecto concuerda con gran fidelidad con la propuesta de F, Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 156-157, de prescindir de declarar al marido dueño de los bienes dotales y limitarse a asignarle su administración y usufructo y delimitar claramente sus deberes y derechos.

206 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1294]: "(1) Cuando hubiere fundado motivo para considerar en peligro la dote, podrán los Tribunales, a instancia de la mujer, o hallándose ésta imposibilitada, a instancia de cualquiera de las otras personas señaladas en el artículo 1285, limitar las facultades del marido y dictar cualquiera providencia que pareciere conveniente para evitar aquel peligro. (2) Cuando el marido no provea a la conveniente subsistencia de la familia, podrán también los Tribunales, a instancia de la mujer o los hijos asegurar sus alimentos, restringiendo al efecto las facultades de aquél". F. García Goyena, *Concordancias*, p. 697, destacará como el proyecto, en la línea de los códigos modernos, prescindía de la consideración de la concurrencia, o no, de culpa del marido, pues si hubiera peligro sería preciso proveer el remedio; pero también criticará que, apartándose de ellos para seguir el derecho romano y el patrio, no limitase la acción de los tribunales a la rigurosa separación de bienes, lamentando que no se dictasen soluciones menos extremas, que pudiesen tener igual éxito sin tanto ruido y desagrado.

207 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1277]: "El marido es responsable con sus propios bienes de lo que por su culpa dejare de cobrar de la dote y de los perjuicios que ésta experimentare, por faltar a las obligaciones indicadas en el artículo anterior".

208 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1278]: "El marido puede disponer libremente de los bienes dotales muebles"; [1279]: "(1) El marido está obligado a constituir hipoteca especial, para la seguridad de los bienes dotales muebles, antes o al tiempo de recibirlos. (2) Si no tuviere bienes inmuebles propios, hipotecará los primeros que tenga,

el contrario, ninguno de los consortes, ya fuese actuando por separado o de común acuerdo, podría enajenar ni hipotecar los bienes inmuebles, salvo en determinados casos y dándose ciertas condiciones[209]. En concreto, el marido podría cederlos o negociar con ellos siempre que hubiese amparado la restitución de su valor con hipoteca especial, formalizada en las capitulaciones matrimoniales, o después de éstas con intervención de los padres o los parientes más próximos de la mujer, o bien afectando a dicho gravamen los mismos bienes que pretendiese enajenar[210]. Podía

tan luego como los adquiera para sí o para la sociedad legal". En opinión de F. García Goyena, *Concordancias*, p. 688, nada se adelantaría con prohibir su enajenación, pues para la mujer ésta no representaría tan gran peligro como la de los inmuebles y, además, no debía negarse al marido lo que se permitía al tutor. Por su parte, F, Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p.158-160, defenderá que la prohibición absoluta de hipotecar los bienes dotales dejaría amortizada una parte de la riqueza y privaría a la sociedad conyugal de un recurso, muchas veces, indispensable para su subsistencia. Por eso, apoyará la solución adoptada en el proyecto, por más que no bastase para garantizar su devolución, pues tampoco era posible hacer mucho más por asegurar su conservación; al tiempo que abogará por las ventajas de la hipoteca especial frente a la tácita que recae sobre los inmuebles, por dar ésta lugar a fraudes en perjuicio de tercero.

209 *Proyecto de Código civil de 1851,* [1280] "Ni el marido ni la mujer ni los dos juntos pueden enajenar ni hipotecar los bienes dotales inmuebles, salvo en las excepciones contenidas en los artículos siguientes". Afirma F. García Goyena, *Concordancias*, p. 6, que, aunque no se hubiese creído necesario expresarlo, debía sobreentenderse vigente la excepción de derecho romano acerca de que el inmueble hubiese sido dado con estimación que causó venta, declarándose así en las capitulaciones matrimoniales. Añadiendo, además, que la prohibición no envolvía la de los frutos, sino en la parte precisa para subvenir las cargas matrimoniales. F, Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 160, justificará esta diferencia de trato, alegando que la enajenación de los raíces, siendo mucho menos habitual, podría comprometer más seriamente la subsistencia de la dote.

210 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1281]: "(1) El marido puede enajenar los bienes dotales inmuebles, siempre que haya asegurado la restitución de su valor con hipoteca especial, constituida en las capitulaciones matrimoniales o en la forma prevenida en el artículo 1285, o sobre los mismos bienes que enajena". F. García Goyena, *Concordancias*, pp. 689-690 entenderá que el precepto, que a su juicio mejoraba el derecho existente, presumía el consentimiento de la mujer, lo que alejaba todo abuso, sorpresa o peligro para ella. Afirmaciones con las que se mostraría en desacuerdo, J. Escobar, *Algunas reflexiones*, *RGLJ*, 7 (1855), 137-149, pp. 137-138, quien criticaría el que se hubiese sustituido este requisito tradicional por el establecimiento de una hipoteca, postergando así el interés de la mujer, que podría verse perjudicada; al tiempo que alegará que tampoco se favorecía el tráfico de los bienes raíces, pues si ésto se lograba respecto al fundo enajenado, en su lugar se amortizaba el que se hipotecaba. Objeción, esta última, compartida por F, Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 160, quien admitirá que estas medidas retiraban de la circulación una masa de propiedad inmueble superior a la que se introducía, si bien opinaba que no era más grave este efecto que los producidos por la hipoteca tácita.

suceder, además, que no fuese factible constituir hipoteca que garantizase la enajenación, consintiéndose entonces realizarla con licencia judicial y satisfaciendo otra serie de requisitos: que concurriese probada necesidad; que ambos cónyuges la solicitasen, cuando tuviese por objeto alguna transacción o permuta u otra causa de utilidad; que la pidiese la mujer, con la aquiescencia o habiendo sido oído el marido, en los casos en los que persiguiese colocar a sus descendientes o cumplir algún oficio de piedad respecto a su marido, sus ascendientes o sus descendientes, siempre que ello no impidiese atender a las cargas matrimoniales; que la venta se hiciese en subasta pública; y que no se empleasen más bienes de los indispensables para cubrir el fin que la justificaba[211]. De la minoración que tal operación provocase en la masa dotal se indemnizaría a la mujer, pero solamente en la proporción en la que hubiese aprovechado al enajenante[212]. Resulta destacable, también, que asimilando una importante corriente doctrinal que se mostraba contraria a su pervivencia[213], en el

211 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1282]: "(1) Podrá el Juez autorizar la enajenación de los bienes dotales inmuebles: 1º A instancia de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, con audiencia del otro, por causa de necesidad probada. 2º A instancia de ambos cónyuges para cualquiera transacción o permuta que les convenga, o por otra causa de considerable utilidad. 3º A instancia de la mujer, con el consentimiento del marido o a falta de consentimiento con su audiencia, para colocar a sus descendientes o cumplir algún oficio de piedad respecto de su marido, ascendientes o descendientes, siempre que los bienes restantes del matrimonio basten para cubrir sus cargas. (2) La autorización se limitará en estos casos a los bienes necesarios para cubrir las atenciones respectivas. (...) (4) En todos los casos de este artículo, la venta se hará en subasta pública". R. Ortiz de Zárate, *Observaciones*, pp. 283-284, sostendrá que este artículo y los comprendidos entre el [1280] y el [1288] deberían suprimirse, porque, al autorizar la venta de bienes dotales de común acuerdo, se estaba creando un semillero de luchas familiares.

212 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1283]: "La rebaja que experimente la dote a causa de las enajenaciones (...) será indemnizable a la mujer, en cuanto hubiere aprovechado al marido". El artículo [1284] regulaba el destino del posible sobrante del importe obtenido con la enajenación y del dinero proveniente de la redención de censos u otros derechos reales pertenecientes a la mujer.

213 Su representante más significativo, el propio F, Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 157-158, que la tachaba de injusta y viciosa. Para conocer su argumentación, nada mejor que sus propias palabras: "¿Por qué han de ser de cargo del marido solamente los deterioros y menos valor que tengan las cosas dadas en dote estimada cuando se menoscabaron y casi se consumieron en servicio y utilidad de ambos cónyuges? (...) Si todo el fruto de la dote se emplea en provecho de la sociedad conyugal, y además saca la mujer los bienes dotales que subsistan al disolverse el matrimonio, en el estado en que se hallen, y el precio de los que no existan ¿qué más puede desear razonablemente? Y si esto es lo que exige la justicia y el interés bien entendido del matrimonio ¿en que puede fundarse la diferencia entre la dote estimada y la inestimada? (...) con dar apreciados todos los bienes

proyecto desaparecía la enraizada distinción entre la dote estimada y la inestimada. De ahí que el único criterio de valoración fuese el señalado para los inmuebles, con referencia al momento de su recepción por el marido, cuando hubieran sido apreciados, y al tiempo de su enajenación, en el supuesto contrario[214]. Finalmente, en prevención de eventuales abusos por parte del marido, a éste se le prohibía arrendar los bienes dotales por más de diez años, si no contaba con una previa autorización judicial, y se tachaba de nulidad la anticipación de rentas por un período mayor de tres años, sin perjuicio de que el arrendamiento pudiese subsistir después de disuelto el matrimonio[215].

Hay que hacer notar, sin embargo, que el principio de inalienabilidad de los bienes dotales, que era poco compatible con la política desvinculadora desarrollada en los años precedentes y con la coetánea y creciente dinámica liberalizadora de las fuerzas económicas, será atacado en la Ley Hipotecaria de 1861, que permitirá su libre enajenación de común acuerdo por el marido y la mujer, si bien para proteger a ésta, se le otorgaba la posibilidad de exigir a su consorte la sujeción a hipoteca de otros bienes suyos propios, o de los primeros que obtuviese en el futuro, cuando careciese de ellos al tiempo de verificarse el negocio o de imponerse el gravamen[216]. Bienes propios de los que, no obstante, podría desprenderse

dotales o estimarlos por el precio en que se vendieron, o por el que se les dé al tiempo de traerlos a colación, cesan las dificultades de la dote inestimada. Con mandar que los bienes fungibles se restituyan en especie, no habrá inconveniente en su devolución; y con no hacer al marido dueño de la dote, no hay necesidad de atribuirle sus aumentos ni sus deterioros, ni de obligarle a restituir sino lo que legítimamente quede de lo que recibiera".

214 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1281] "(2) El valor de los inmuebles se regulará por el que se les dio al recibirlos el marido; y no habiendo sido entonces apreciados, por el que tengan al tiempo de su enajenación".

215 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1289]: "(1) El marido no puede hacer arrendamiento de los bienes dotales por más de diez años, a no ser con autorización del Juez, que la concederá en caso de necesidad o utilidad evidente. (2) El arrendamiento hecho en conformidad a este artículo, subsistirá por el tiempo convenido, aun después de disuelto el matrimonio; pero será nula toda anticipación de rentas o alquileres hecha al marido por más de tres años". Se establecen diez años, por ser éste usualmente el término más largo. Y se declara nula la anticipación, porque de otro modo le sería fácil a un marido mal intencionado privar a su mujer o a sus herederos por largo tiempo de los frutos y rentas de los bienes dotales. F. García Goyena, *Concordancias*, p. 694.

216 *Ley Hipotecaria de 1861*, [188]: "(1) Los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscritos con dicha cualidad, según lo dispuesto en los números 1.º y 2.º del artículo 169, no se podrán enajenar, gravar ni hipotecar, sino en nombre y con el consentimiento expreso de ambos cónyuges, y quedando a salvo a la mujer el derecho de exigir que

sin el permiso de la mujer, siempre que no levantase la hipoteca que debía pesar sobre ellos[217]. Ahora bien, en el supuesto de que el marido no hubiese constituido hipoteca, y frente a la disipación de sus bienes dotales, la mujer conservaba el derecho de exigir la devolución de los subsistentes, su depósito en lugar seguro o su puesta en administración[218].

Aunque apenas se adentraba en este terreno, el Proyecto de libro primero del Código civil de 1869 contenía unos pocos preceptos relativos a la designación del marido como administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, a algunas limitaciones que pesaban sobre su gestión, y a ciertas coyunturas en las que la mujer podía asumir dicha función, que en nada se apartaban de lo establecido en el proyecto de 1851[219]. Con posterioridad, excepción hecha de la lacónica y vaga reiteración en la atribución al marido de la tarea de administrar los bienes de la mujer, salvo

su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitución de los enajenados, o los primeros que adquiera, cuando carezca de ellos al tiempo de verificarse la enajenación".

217 *Ley Hipotecaria de 1861*, [189]: "(1) Los bienes propios del marido, hipotecados a la seguridad de la dote (…) podrán enajenarse, gravarse, o hipotecarse por el mismo marido sin los requisitos expresados en el párrafo primero del artículo anterior, siempre que esto se haga dejando subsistente la hipoteca legal constituida sobre ellos con la prelación correspondiente a su fecha".

218 *Ley Hipotecaria de 1861*, [187]: "Cuando el marido no hubiere constituido hipoteca dotal y comenzare a dilapidar sus bienes, quedará a salvo a la mujer el derecho que le conceden las leyes para exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro, o se pongan en administración". Esta solución guarda similitud con las previstas en *Partidas*, [IV, XI; XXIX]: "Si puede la muger demandar la dote que dio al marido, mientra durare el matrimonio.- Abaratador, e destruydor seyendo el marido de lo que ouiere, de manera que entendiese la muger que venia el marido a pobreza por su culpa, assi como si fuesse jugador, o ouisse en si otras malas costumbres, porque destruyesse lo suyo locamente, si temiere la muger, que le desgastara, o le malmetera su dote: puede le demandar por juyzio, quel entregue della: o quel de recabdo que la non enajene oque la meta en mano de alguno que la guarde, e que gane con ella derechamente e de las ganancias guisadas, e honestas que les de dellas onde biuan. E esto puede fazer en esta manera: maguer dure el matrimonio (…)".

219 La mencionada asignación de tal facultad al marido se contenía en el artículo [80], que en su segunda parte venía a reproducir el [60] del proyecto de 1851, sobre el marido menor de edad. El [81] repetía el [1289] del proyecto de 1851, referido al arrendamiento de los bienes dotales. El [82] daba nueva redacción, sin alterar su contenido, al [1363] de 1851, que señalaba los casos en los que se transfería a la mujer la administración de la sociedad. El [83] refundía el artículo [1364] del proyecto de 1851, que definía las competencias de la mujer cuando ejercía como administradora, con el [1366], que la impedía enajenar o gravar los inmuebles sin licencia marital. Por último, el [84], combinaba el [305] y el [1294] de 1851, para señalar los casos en los que se la concedía el control de la dote.

en los casos en los que legalmente le correspondiese a ella, que aparecía en la Ley de Matrimonio civil de 1870[220], para encontrar novedades en el tratamiento de la materia debemos esperar al Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1885, que además de confirmar inicialmente[221] lo dispuesto en el proyecto de 1851 respecto a la supresión de la distinción entre la dote estimada y la inestimada y el sometimiento de los bienes extradotales a las reglas de la sociedad legal[222], insistía en la adjudicación al marido de la administración y el usufructo de la dote, pero anunciando el reforzamiento de las garantías encaminadas a preservar los derechos de la mujer sobre ella, con admisión de los principios recogidos en la Ley Hipotecaria[223].

220 *Ley de matrimonio civil de 1870,* [45]: "(1) El marido debe tener en su compañía y proteger a la mujer. (2) Administrará también sus bienes, excepto aquellos cuya administración corresponda a la misma por la ley (…)". El segundo párrafo mezclaba principios del artículo [60] del proyecto de 1851 con otros de los artículos [62] y [63], referidos a la licencia marital. Por su parte, el artículo [46], venía a endurecer el [60] del proyecto de 1851, al requerir, sin limitarlo a los actos reflejados en escritura pública, la intervención del padre, o en su defecto de la madre o de la autoridad judicial para que el marido menor de dieciocho años pudiese administrar sus bienes propios y, aquí también, los de la mujer, representar a ésta en juicio y concederla licencia para contratar. El [47] era correlativo del [1358] del proyecto de 1851. Y el [49] reproducía el [61], en relación con el [1358] y el [1363], en lo tocante a la posibilidad de administrar los bienes matrimoniales en caso de separación. No faltaron críticas centradas en la inoportunidad de que una ley de este tipo entrase en estas cuestiones, más propias de un código, dando pie a una redacción precipitada y trufada de vaguedades, errores y antinomias. Véase, R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil*, pp. 164-165.

221 Esta referencia a la dote y los parafernales sería suprimida en la discusión posterior del proyecto en el Congreso. J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil,* I, pp. 466.

222 *Proyecto de Ley de bases del Código civil de 1885,* [Base 21]: "(…) suprimiéndose las diferencias de la dote estimada e inestimada y la condición de los bienes parafernales que quedarán sujetos a lo que en la sociedad legal se estipule". En sus comentarios a esta base y a la siguiente, A. M. Fabié alertaría sobre el peligro de que la admisión de los pactos derivase en un debilitamiento de la autoridad marital, lo que sin perjuicio de su dignidad, podría conferir a la mujer unas facultades de administración para las que carecía de la frialdad, serenidad de juicio y cálculo necesarios. Siendo contestado por B. Gutiérrez, en defensa de la mejora de la posición femenina presente en estas bases, frente a los inconvenientes prácticos derivados de la restrictiva legislación anterior. J. F. Lasso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil,* I, pp. 463-464.

223 *Proyecto de Ley de bases del Código civil de 1885,* [Base 25]: "La administración y usufructo de la dote corresponderá al marido, con las garantías hipotecarias para asegurar los derechos de la mujer y las que se juzguen más eficaces en la práctica para los bienes muebles y valores, a cuyo fin se fijarán reglas precisas para las enajenaciones y

Tampoco el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 aportaba novedad reseñable alguna respecto al frustrado Proyecto de Código civil de 1851, ni en lo tocante a la atribución exclusiva al marido de la administración de la sociedad de gananciales, si bien se admitía estipulación contraria a este principio[224], ni respecto a los perfiles con los que ésta se delimitaba[225]. Al igual que se reproducía sin variaciones la regulación de los supuestos excepcionales[226] y las condiciones en las que esta función podía ser asumida por la mujer[227], incluida la prohibición de enajenar o gravar los inmuebles sin licencia judicial[228]. Cambios de mayor entidad

pignoraciones de los bienes dotales, admitiendo en el Código los principios de la Ley hipotecaria (…), quedando a salvo los derechos de la mujer durante el matrimonio para acudir en defensa de sus bienes y los de sus hijos contra la prodigalidad del marido, así como también los que nazcan de los actos establecidos respecto al uso, disfrute y administración de cierta clase de bienes por la mujer, constante matrimonio".

224 Por ello, el artículo [1332] del *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* prohibía el pacto incluido en las capitulaciones matrimoniales que privase al marido de la administración de todos los bienes de los dos cónyuges, frente al artículo [1240] del proyecto de 1851, que declaraba nulo el que privare al marido directa o indirectamente de la administración de los bienes del matrimonio.

225 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [1438] a [1442], que coincidían con mínimas variantes con los artículos [1333] a [1338] del proyecto de 1851. También, [46]: "(1) El marido es el administrador de los bienes de la mujer, excepto de aquellos cuya administración corresponda a la misma por la Ley. Lo es asimismo de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario. (2) Si fuere menor de diez y ocho años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre, en defecto de su madre, y, a falta de ambos, sin el de su tutor". Este precepto presenta similitudes con el [60] del proyecto de 1851.

226 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [1332] modificaba el artículo [1240] del proyecto de 1851, al concretar en la cuarta parte la proporción máxima de las rentas que la mujer tenía el derecho y la facultad de detraer para sus atenciones personales en concepto de alfileres. A su vez, el [1442] prohibía a la mujer imponer obligación alguna sobre la sociedad de gananciales sin contar con el consentimiento del marido, en concordancia con el [1338] del proyecto de 1851.

227 Estos supuestos especiales se hallaban en el *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1462. 1], en concordancia con el [1358. 1] del proyecto de 1851; el [1462. 2] y el [61. 4], coincidían con el [1358. 2] del proyecto de 1851; el [1467] reproducía el [1363] del proyecto de 1851, si bien no hablaba de que la mujer fuese curadora, sino tutora del marido, y en el segundo supuesto ya no se le transfería la propiedad de la dote cuando se opusiese a la declaración de ausencia, sino cuando la pidiese. La igualación del alcance de las facultades de la mujer y del marido se recogía en el [1468], en consonancia con el [1364] del proyecto de 1851.

228 Sin embargo, se introducía una excepción respecto a que la enajenación viniese aconsejada en beneficio de la integridad del caudal conyugal. *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1470]: "(1) La mujer no podrá enajenar ni gravar durante el

se aprecian, por el contrario, en las reglas relativas a la administración y el usufructo de la dote, que seguían correspondiéndole al marido y con orientación a idéntico fin de responder a las cargas matrimoniales[229], si bien aquí ya no se amparaba la posibilidad de que frente a su pernicioso manejo de los bienes dotales, la autoridad judicial, a instancias de la mujer, limitase el alcance de sus facultades sobre ellos[230], aunque continuaba respondiendo con sus propias pertenencias de los daños ocasionados por su negligente desempeño[231]. El marido permanecía, asimismo, habilitado para disponer sin trabas de los diferentes elementos de la masa dotal, pero sin exclusión ya de los inmuebles, pudiendo garantizarlos mediante la constitución de una hipoteca especial sobre sus propios bienes raíces en la cantidad que aceptase la mujer, asistida por sus padres o parientes. La cual debería estar, además, presente al efectuarse la operación, cuando el valor de los inmuebles enajenados, no habiendo sido apreciado al entregárselos al marido, se estimase al formalizarse la hipoteca[232]. No obstante,

matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, o aquéllos cuya administración se le haya transferido, (concuerda con el [1366] del proyecto de 1851). (2) La licencia se otorgará siempre, como se justifique y pruebe la conveniencia o la necesidad de la enajenación. (3) Cuando haya de recaer en valores públicos, o de crédito de empresas y compañías mercantiles, y no pueda aplazarse sin perjuicio grave o inminente del caudal administrado, la mujer, con intervención de agente o corredor, podrá venderlos, consignando en depósito judicial el producto hasta que recaiga la aprobación del Juez o Tribunal competente. El agente o corredor responderán siempre personalmente de que se haga la consignación o depósito (…)".

229 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1370]; concordaba con el [1276] del proyecto de 1851.

230 Este recurso, contemplado en el artículo [1294] del proyecto de 1851, ya no aparecía en la sección dedicada a las acciones y privilegios dotales, que conocía un importante desarrollo respecto a aquél.

231 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1371], que coincidía con el [1277] del proyecto de 1851.

232 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1372]: "(1) El marido, para disponer con libertad, parcial o totalmente, de los bienes dotales, si en el contrato por razón del matrimonio no se hubiere estipulado nada sobre esta materia, podrá constituir primera hipoteca especial sobre bienes inmuebles, en la cantidad que, como bastante a responder de la restitución del valor dotal, acepte la mujer, asistida por sus padres o de los parientes que designa el artículo 1378. (2) (…) el valor de los inmuebles dotales se fijará por que el se diera al recibirlos el marido, y si entonces no fueron apreciados, por el que tengan al tiempo de hacerse la hipoteca. (3) En este último caso, y hallándose los bienes inscritos en el Registro como de la propiedad de la mujer, la enajenación se hará siempre concurriendo a ésta los dos cónyuges". Este artículo modificaba y ampliaba el [1279.1] del proyecto de 1851.

si careciese de bienes de dominio privado, éste podría asegurar la enajenación de los bienes muebles, salvo que fuesen efectos públicos o valores cotizables –que se sometían a un procedimiento de garantía especial–, gravando con este propósito los primeros de igual naturaleza que adquiriese en beneficio propio o de la sociedad[233]. Ahora bien, si no se diesen estas circunstancias, los bienes raíces y los efectos públicos y valores cotizables sólo podrían ser enajenados, hipotecados o dados en prenda cuando se cumpliesen ciertos requisitos[234]. Por otra parte, el límite temporal del arrendamiento de los bienes dotales se reducía de diez a nueve años, a no ser que mediase, no la licencia del juez y por causa de necesidad o utilidad evidente, sino el consentimiento de la mujer, con el concurso de sus parientes más cercanos de sus dos líneas de filiación, teniéndose, en otro caso, por nulo, y no permitiéndose su inscripción registral[235]. En los demás aspectos relativos a este tema, se rescataba, con algunas alteraciones de escaso calado, la disciplina legal, ya analizada, del proyecto de 1851[236].

233 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*. [1373]: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si el marido careciese de bienes inmuebles propios, podrá disponer libremente de los bienes dotales muebles que no fuesen efectos públicos o valores cotizables, con la obligación de hipotecar, con primera hipoteca, a la solvencia de su importe, los primeros inmuebles, que adquiera, ya sea que le pertenezcan, ya sea que correspondan a la sociedad de gananciales". Este artículo modificaba el [1279. 2] del proyecto de 1851. El [1374] regulaba, con notable detalle, el supuesto de que los efectos públicos y valores cotizables no estuviesen garantizados.

234 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1375]: "(1) Sin las condiciones a que se refieren los tres artículos anteriores, los bienes dotales inmuebles y los muebles que consistan en efectos públicos o en valores cotizables, no se podrán enajenar, ni hipotecar, ni dar en prenda por ninguno de los cónyuges, ni por los dos juntos, excepto en los casos siguientes (...)", desarrollándose luego cinco supuestos, que no considero de interés reproducir aquí. "(2) Cuando la enajenación de los bienes a los que se refieren estos párrafos no exceda de quinientas pesetas, la autorizará el juez municipal". Este extenso artículo modificaba los artículos [1280] y [1282] del proyecto de 1851, del que, sin embargo, se suprimía el [1281], sobre constitución de hipoteca especial en las capitulaciones matrimoniales o sobre los propios bienes enajenados.

235 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1382]: "El marido no podrá hacer arrendamiento de los bienes dotales por más de nueve años. Sólo podrá arrendarlos por más tiempo mediante consentimiento de la mujer, asistida de las personas a que se refiere el artículo 1378; sin cuyos requisitos se tendrán por nulos y no podrán inscribirse de modo alguno en el Registro de la propiedad". Corregía parcialmente el [1289] del proyecto de 1851, cuyo segundo párrafo se correspondía con el [1383].

236 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1376] a [1381] en concordancia con los artículos [1283] a [1288] del proyecto de 1851. Entre las principales modificaciones, podemos mencionar: Frente al [1283] del proyecto de 1851, el [1376] precisaba que el derecho de la mujer a ser indemnizada por la rebaja experimentada por la dote se activaría

En vísperas ya de la tan demorada materialización del Código civil, algunas de sus soluciones vendrán anticipadas por la base vigésimo quinta de las contenidas en la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888, que, además de insistir en la adjudicación al marido de la administración de la dote, y de considerar ésta inestimada a falta de pacto o capitulación que señalase cosa distinta, hacía alusión a la introducción de todas aquellas garantías hipotecarias y demás precauciones legales necesarias, tanto para asegurar los derechos de la mujer frente a la prodigalidad del marido, como para fiscalizar su propio uso y gestión de ciertos bienes[237].

Bajo estas premisas, el Código civil guardará una estrecha fidelidad tanto al frustrado Proyecto de 1851 como, sobre todo, al Anteproyecto de 1882-1888 en su designación del marido como administrador único de la sociedad de gananciales, salvo pacto contrario y siempre que no fuese menor de edad, en cuyo caso se requerirá el consentimiento de su padre, en su defecto de su madre y en ausencia de ambos de su tutor[238]. Es digno

cuando no existiesen bienes propios del marido hipotecados al tiempo de la restitución. En el artículo [1378], referido a la citación de los parientes de la mujer siempre que el marido hubiese de recibir bienes dotales, se introducía respecto al [1285] del proyecto de 1851, un nuevo párrafo, relativo a la averiguación de la existencia de esos parientes. También se añadía un párrafo en el artículo [1379], respecto al [1286] del proyecto de 1851, que excluía de responsabilidad por negligencia no fraudulenta en el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo a las personas en el mismo indicadas. En el [1381], que concuerda con el [1288] del proyecto de 1851, se especificaba que frente a los perjuicios sufridos por la dote como consecuencia de la actuación del marido, la mujer o sus herederos podrían acudir a toda clase de pruebas para obtener indemnización. El [1377] remodelaba sustancialmente el artículo [1284] del proyecto de 1851, pero afectando a aspectos muy concretos que no interesa detallar aquí.

237 *Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888*, [Base 25]: "La condición de la dote y de los bienes parafernales podrá estipularse a la constitución de la sociedad conyugal, habiendo de considerarse aquélla inestimada a falta de pacto o capitulación que otra cosa establezca. La administración de la dote corresponderá al marido, con las garantías hipotecarias para asegurar los derechos de la mujer y las que se juzguen más eficaces en la práctica para los bienes muebles y valores, a cuyo fin se fijarán reglas precisas para las enajenaciones y pignoraciones de los bienes dotales, su usufructo y cargas a que está sujeto, admitiendo en el Código los principios de la Ley Hipotecaria en todo lo que tiene de materia propiamente órganica y legislativa, quedando a salvo los derechos de la mujer durante el matrimonio, para acudir en defensa de sus bienes y los de sus hijos contra la prodigalidad del marido, así como también los que puedan establecerse respecto al uso, disfrute y administración de cierta clase de bienes por la mujer, constante matrimonio".

238 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1412] "El marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el artículo 59"; [59]: "(1) El marido

de reseña, sin embargo, que a diferencia de ambos precedentes, ya no se le atribuía sin más la administración de los bienes de dominio de la mujer, a la que se reconocía el control de sus parafernales, a no ser que se los hubiera cedido al marido, en presencia de un notario, para que se hiciese cargo de esta tarea, con la condición de constituir hipoteca por el valor de los bienes muebles recibidos, o de asegurarlos con análogas medidas a las establecidas para los bienes dotales[239]. No obstante, tampoco la mujer tenía permitido enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos sin licencia marital, ni comparecer en juicio con objeto de litigar sobre ellos, a menos que hubiese sido habilitada judicialmente al efecto[240]. Como tampoco podía disponer de sus frutos, que formaban parte del haber de la sociedad conyugal[241], por lo que podrían ser afectados a la redención de las obligaciones

es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el articulo 1384. (2) Si fuere menor de diez y ocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre; y a falta de ambos sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas. (3) En ningún caso, mientras no llegue a la mayor edad, podrá el marido, sin consentimiento de de las personas mencionadas en el párrafo anterior, tomar dinero a préstamo, gravar, ni enajenar los bienes raíces.". Este artículo modifica el artículo [46] del anteproyecto de 1882-1888, y presenta similitudes con el [60] del proyecto de 1851.

239 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1382]: "La mujer conserva el dominio de los bienes parafernales"; [1384]: "(1) La mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiera entregado al marido ante Notario con intención de que los administre. (2) En este caso, el marido está obligado a constituir hipoteca por el valor de los muebles que recibiere o a asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales"; siendo así, [1389]: "El marido a quien hubieran sido entregados los bienes parafernales, estará sometido en el ejercicio de su administración a las reglas establecidas respecto a los bienes dotales inestimados"; y además, [1390]: "La enajenación de los bienes parafernales da derecho a la mujer para exigir la constitución de hipoteca por el importe del precio que el marido hubiese recibido (...)". Señala J. Baró Pazos, *La Codificación,* p. 204, que el Tribunal Supremo no mantuvo una doctrina uniforme respecto a la administración por la mujer de los parafernales, pues mientras en unas ocasiones le reconoció tal potestad (sentencias de 25 de junio de 1857 y 9 de enero de 1860), en otras se le negó si careciese de licencia marital (sentencias de 8 de octubre de 1866 y 26 de octubre de 1867).

240 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1387]: "La mujer no puede, sin licencia de su marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, a menos que sea judicialmente habilitada al efecto". Para evitarlo, [1388]: "Cuando los parafernales cuya administración se reserva la mujer consistan en metálico o efectos públicos o muebles preciosos, el marido tendrá derecho a exigir que sean depositados o invertidos en términos que hagan imposible la enajenación o impignoración sin su consentimiento".

241 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1385]: "(1) Los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento

personales del marido cuando este probase que redundaron en provecho de la familia[242]. Además, merece mención que se eliminaba la disposición del Anteproyecto de 1882-1888 que prohibía pactar en las capitulaciones la adjudicación a la mujer del gobierno de todos los bienes de ambos cónyuges, y que, en contrapartida, contemplaba la detracción de una cuarta parte de las rentas de sus bienes propios en concepto de alfileres; una figura que, lógicamente, ahora desaparecía[243]. Por último, subsistían los mismos supuestos excepcionales de asignación legal a la mujer, que era investida de idénticas facultades que las del marido[244], de las funciones de administración de la dote y de los demás bienes conyugales que ya habían previsto el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888[245]. Al

de las cargas del matrimonio". M. Falcón, *Código civil español*, 4, p. 175, entenderá que, dada la índole de estos bienes, los frutos que produjesen deberían pertenecer a la mujer, pudiendo disponer de ellos a su libre voluntad, pues ya contribuye a las cargas del matrimonio con los rendimientos de la dote. Al no haberlo hecho así el Código, dice, "no merecía la pena conservar en el derecho esta vetusta institución de las leyes romanas".

242 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1386]: "Las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia". En este mismo sentido se había pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de septiembre de 1859 y 23 de abril de 1866. Noticia proporcionada por J, Escriche, *Diccionario razonado,* II, voz «Dote», p. 725.

243 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1883*, [1332]: "(1) La mujer no podrá privar al marido, por las capitulaciones, de la administración de los bienes todos de los dos cónyuges. (2) Sin embargo, podrá estipularse en favor de la favor de la mujer el derecho y facultad de percibir directamente, bajo simple recibo, una parte de la renta de sus bienes propios para sus atenciones personales a título de alfileres, con tal que no exceda de la cuarta parte de dicha renta líquida". Modificaba el [1240] del proyecto de 1851.

244 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1442]: "La mujer en quien recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio tendrá, respecto de los mismos, idénticas facultades y responsabilidad que el marido cuando la ejerce, pero siempre con sujeción a lo dispuesto en el últmo párrafo del artículo anterior y en el art. 1444". Concuerda con el artículo [1364] del proyecto de 1851, y el [1468] del anteproyecto de 1882-1888.

245 *Código civil, edición reformada de 1889*: [1436]: "(1) Si la separación se hubiera acordado a instancia de la mujer por interdicción civil del marido, se transferirá a la misma la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho a todos los gananciales ulteriores, con exclusión del marido. (2) Si la separación se acordare por haber sido declarado ausente el marido o por haber dado motivo para el divorcio, la mujer entrará en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido (…)"; concuerda con el artículo [1358] del proyecto de 1851 y el [1462] del anteproyecto de 1882-1888). [1441]: "(1) La administración de los bienes del matrimonio se transferirá a la mujer: 1.º Siempre que sea tutora de su marido (…). 2.º Cuando pida la declaración de ausencia del mismo marido (…). 3.º En el caso del párrafo

igual que seguía en vigor la prohibición de enajenar o gravar durante el matrimonio sin tener autorización judicial los bienes inmuebles que le hubiesen correspondido a resultas de la separación legal, o cuyo gobierno le hubiese sido transferido[246].

La cercana conexión exhibida por el Código civil con los diversos proyectos que habían ido preparándolo se romperá radicalmente al abordar la sección dedicada a la administración y usufructo de la dote, que el codificador iba a rellenar de un contenido muy novedoso[247]. Empezando por la recuperación de la distinción entre la dote estimada y la inestimada, no basada ya en criterios de apreciación de su valor, sino de naturaleza jurídica de la dote, pues mientras que la estimada será definida como aquella en la que sus bienes integrantes fueron evaluados al tiempo de la constitución, transfiriéndose su dominio al marido, que quedaba obligado a la restitución de su importe, en la inestimada lo revelante no será que se haya producido ya dicha evaluación, configurada, por tanto, como potestativa y determinante de que el deber de restitución afectase a los mismos bienes, sino que la mujer conservase su propiedad, siendo ésta la calidad que se presumiría de la dote a falta de aclaración expresa de su carácter en las capitulaciones[248]. A partir de estas premisas, tenemos que el marido obtenía la titularidad de la dote estimada desde el momento de su constitución, lo que comportaba la exigencia de inscribir a su nombre e hipotecar a favor de la mujer los bienes inmuebles y derechos reales que la compusiesen u otros suficientes para garantizar su valoración, y de

primero del art. 1436. (2) Los tribunales conferirán también la administración a la mujer, con las limitaciones que estimen convenientes, si el marido estuviere prófugo o declarado rebelde en causa criminal, o si, hallandose absolutamente impedido para la administración no hubiere proveído sobre ella"; concuerda con el artículo [1363] del proyecto de 1851 y el [1467] del anteproyecto de 1882-1888.

246 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1444], que repite el ya citado [1470] del anteproyecto de 1882-1888, y modifica el [1366] del proyecto de 1851.

247 M. Falcón, *Código civil español,* 4, p. 159, interpretará que el Código ha partido del supuesto de que el pacto de absoluta separación de bienes ha de ser muy poco frecuente, por lo que ve a la mujer asociada a su marido en virtud de acuerdos específicos o por ministerio de la ley, y en la dote, no el capital de cualquier socio normal, expuesto a los riesgos de los negocios, sino el patrimonio de un ser débil, necesitado de especial protección.

248 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1346]: "(1) La dote puede ser estimada o inestimada. (2) Será estimada, si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución, transfiriendo su dominio al marido y quedando éste obligado a restituir su importe. (3) Será inestimada, si la mujer conserva el dominio de los bienes, háyanse o no evaluados, quedando obligado el marido a restituir los mismos bienes. (3) Si las capitulaciones no determinaran la calidad de la dote, se considerara inestimada".

asegurar con hipoteca especial sus demás elementos[249], quedando obligado, si careciese de bienes propios que pudiese hipotecar, a destinar a este fin los primeros inmuebles o derechos reales que adquiriese[250]. A cambio, su condición de propietario le confería los incrementos, como también los deterioros, experimentados por la dote[251], el derecho de reclamar que se deshiciese el error o el agravio cuando se sintiese perjudicado por la valoración realizada, posibilidad que no se ofrecía a la mujer[252], y las demás facultades inherentes, como la de administrar los bienes, o la de disponer de ellos, gravarlos o hipotecarlos, dado que serían suyos. Incluso, aunque no los hubiese protegido con hipoteca, cuando se tratase de efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles podría sustituirlos por otros equivalentes, con el consentimiento de la mujer o con el de quien debiese prestarlo si ésta fuese menor de edad, o enajenarlos con esta misma autorización a condición de emplear su precio en otros bienes o valores igualmente seguros[253]. La posición de la mujer era, a su vez, la de acree-

249 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1349]: "El marido está obligado: 1.º A inscribir a su nombre e hipotecar en favor de su mujer los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada u otros bastantes para garantizar la estimación de aquellos. 2.º A asegurar con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes que como dote estimada se le entreguen".

250 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1354]: "Si el marido careciese de bienes propios con que constituir la hipoteca de que trata el art. 1349, quedará obligado a constituirla sobre los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera". El [1355] establecía reglas especiales para el caso de que la dote la integrasen efectos públicos o valores cotizables cuyo importe no estuviese garantizado, ordenando que "los títulos, inscripciones o documentos que los representan se depositen a nombre de la mujer, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto".

251 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1347]: "El incremento o deterioro de la dote estimada es de cuenta del marido, quedando sólo obligado a restituir el valor por que la recibió, y a garantizar los derechos de la mujer en la forma que se dispone en los artículos siguientes".

252 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1348]: "Si el marido que haya recibido la dote estimada se cree perjudicado por su valuación, puede pedir que se deshaga el error o agravio". Curiosamente, esta posiblidad no se le ofrece a la mujer, a diferencia de lo que ocurría en *Partidas*, [IV, XI; XVI]: "(…) E si la dote fuesse apreciada, segund que es sobredicho, e la apresciassen por mas, o por menos, delo que valiesse, si se sentiere por engañado alguno dellos, puede demandar que sea desfecho el engaño, tan bien el que da la dote, como el que la recibe (…)".

253 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1359]: "(…) el marido que reciba en dote estimada o inestimada efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles y no los hubiese asegurado con hipoteca, podrá, sin embargo, sustituirlos con otros equivalentes, con consentimiento de la mujer si ésta fuese mayor y con el de las personas a que se refiere el art. 1352, si fuese menor. (2) También podrá enajenarlos con consentimiento de la

dora del marido por el alcance de la tasación de los bienes cuya propiedad le hubiera traspasado, estando también capacitada para pedir la constitución de hipoteca y exigir la restitución del importe por el que la dote fue estimada[254].

La dote inestimada permanecía, como hemos visto, bajo el dominio de la mujer, si bien sobre ella se otorgaban al marido muy amplios poderes. Por lo pronto, era designado administrador y usufructuario de los bienes que la integrasen, si bien sus facultades, que abarcaban todos los derechos y obligaciones asociados a tales cualidades y no sujetos a modificación especial[255], trascendían el marco normal de estas funciones, equiparándole a los perfiles de un poseedor de buena fe, cuyo régimen le sería aplicable en relación con las expensas y mejoras realizadas[256] y con la percepción de los frutos[257]. Esta distancia respecto al común usufructuario venía subrayada por la liberación de la exigencia de prestar fianza por su aprovechamiento, aunque sí estaba obligado, cuando no lo estuvieren ya, a la inscripción en el Registro, a nombre de la mujer y en concepto de dote inestimada, de todos los bienes inmuebles y derechos reales que la compusieran, y al aseguramiento mediante hipoteca especial de la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles[258], respondiendo del dete-

mujer, y en su caso de las personas antes enunciadas, a condición de invertir su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros"; [1352]: "(2) Si no hubiese contraído aún matrimonio, o, habiéndolo contraído, fuese menor, deberán ejercitar aquel derecho en su nombre y calificar la suficiencia de la hipoteca que se constituya, el padre, la madre o el que diere la dote o los bienes que se deban garantizar. (2) A falta de estas personas, y siendo menor la mujer, esté o no casada, deberán pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el tutor, el protutor, el consejo de familia o cualquiera de sus Vocales".

254 Mª. J. Collantes de Terán, *La dote*, p. 811. La restitución es regulada en los artículos [1365] a [1380].

255 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, [1357]: "El marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyan la dote inestimada, con los derechos y obligaciones anexos a la administración y el usufructo, salvas las modificaciones expresadas en los artículos siguientes".

256 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, [1368]: "El abono de las expensas y mejoras hechas por el marido en las cosas dotales inestimadas se regirá por lo dispuesto con relación al poseedor de buena fe".

257 Por aplicación del artículo [451], referido al poseedor de buena fe, le corresponderán los frutos naturales e industriales percibidos desde que se alzan o se separan y los frutos civiles desde el día y en la proporción en la que se producen. No obstante, como señala Mª. J. Collantes de Terán, *La dote*, p. 813, en la sociedad de gananciales dichos frutos se consideran comunes, y, por lo tanto, más que al marido pertenecen a la sociedad conyugal.

258 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, [1358]: "El marido no está obligado

rioro que sufriesen unos y otros por negligencia o culpa en su actuación[259]. Además, en iguales condiciones que en la dote estimada, podría sustituir o enajenar los efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles que no hubiera garantizado con hipoteca. Pero sin el beneplácito de la mujer no podría entregar los bienes inmuebles en arrendamiento de duración superior a seis años, siendo en todo caso nula la anticipación de rentas por más de tres años[260]. Las atribuciones que la mujer conservaba sobre esta clase de dote no eran, sin embargo, tampoco desdeñables: retenía su dominio sobre los distintos elementos que la integraban, que en el caso de los inmuebles y los derechos reales deberían ser anotados registralmente a su nombre; hacía suyos los incrementos que conociesen, como también sus deterioros[261], pero pudiendo reclamar al marido por aquellos ocasionados por su mala gestión; debía dar su aprobación a los arrendamientos de largo plazo pretendidos por el marido; a diferencia del proyecto de 1851, que en contradicción con la titularidad reconocida sobre ellos se lo prohibía, ahora se le permitía enajenar, gravar o hipotecar los bienes dotales, aunque, como cuando asumiese cualquier otro contrato, necesitaba la licencia del marido, que estaba obligado a asegurarlos con hipoteca, o, en el caso de que fuese menor de edad, la autorización judicial y la intervención de las personas señaladas para prestar su consentimiento[262]; y, finalmente, con cargo a la dote podía atender, por si misma, o de su orden

a prestar la fianza de los usufructuarios comunes; pero sí a inscribir en el Registro, si no lo estuvieren, a nombre de la mujer y en calidad de dote inestimada, todos los bienes inmuebles y derechos reales que reciba en tal concepto, y a constituir hipoteca especial suficiente para responder de la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles".

259 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, [1360]: "(2) El marido sólo es responsable del deterioro que por su culpa o negligencia sufran dichos bienes".

260 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, [1363]: "(1) El marido no podrá dar en arrendamiento por más de seis años, sin el consentimiento de la mujer, bienes inmuebles de la dote inestimada. (2) En todo caso se tendrá por nula la anticipación de rentas o alquileres hecha al marido por más de tres años". Recordemos que en el proyecto de 1851, [1289], ese plazo máximo era de diez años, y en el anteproyecto de 1882-1888, [1382], de nueve años.

261 *Codigo civil, edición reformada de 1889,* [1360]: "(1) La mujer conserva el dominio de los bienes que constituyen la dote inestimada y, por lo tanto, son también de ella el incremento o deterioro que tuvieren".

262 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, [1361]: "(1) La mujer puede enajenar, gravar o hipotecar los bienes de la dote inestimada, si fuese mayor de edad, con licencia de su marido, y si fuese menor, con licencia judicial e intervención de las personas señaladas en el artículo 1352. (2) Si los enajenare, tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto a los bienes de la dote estimada".

con la tolerancia del marido, a los gastos usuales diarios de la familia, previa excusión de los bienes gananciales y de los propios de su cónyuge[263].

3. Reparto de la carga de las pérdidas y las deudas de la sociedad conyugal

a. Transmisión de responsabilidades en perjuicio de la mujer

Repetidas veces hemos advertido como la sociedad conyugal no solamente se explica en términos de aumento de la riqueza de la pareja y de reparto de los beneficios, pues mal conducida o víctima de una fortuna adversa, puede muy bien verse sacudida por un grave quebranto de la cobertura material común, que ensombrezca su porvenir bajo la pesada losa de las deudas y obligaciones contraídas. Al igual que, en ocasiones, las circunstancias pueden provocar la adquisición de otro tipo de responsabilidades, todavía más gravosas, de índole civil o criminal. Aspectos ambos que son objeto de una abundante y prolija atención normativa, tanto en los fueros municipales como en los textos legislativos, que se detienen en el tratamiento de un amplio repertorio de situaciones específicas, resueltas a menudo de manera muy poco uniforme[264]. Por ello, para situarnos en contexto, aquí nos contentaremos con destacar sus notas principales.

Normalmente, aunque en su calidad de administrador habitual de los bienes integrados en la sociedad común, la culpabilidad directa de las pérdidas o de las deudas será achacable al marido, las consecuencias de las mismas suelen afectar por igual a los dos cónyuges. Bien entendido que las únicas deudas que cabe saldar a cuenta de la masa ganancial son aquéllas originadas en el transcurso de la vida matrimonial, mientras que, como advierte el Fuero Real, las que cada consorte hubiese contraído antes de casarse gravitarán exclusivamente sobre su caudal particular[265].

263 *Codigo civil, edición de 1889*, [1362]: "Los bienes de la dote inestimada responden de los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden bajo la tolerancia del marido; pero en este caso deberá hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido".

264 Un análisis en profundidad de estas cuestiones puede encontrarse en J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 97-128, y H. Dillard, *Daugthers of the Reconquest*, pp. 79-92.

265 *Fuero Real*, [3, 20, 14]: "Todo debdo que marido e mugier fizieren en uno,

Esta carga compartida no creará mayores conflictos cuando el crédito haya sido comprometido de mutuo acuerdo. Por eso, su importe grava –o acrece, si se trata de cobrarla– de modo equitativo sobre la participación en el haber común de cada uno de los cónyuges, trasladándose el impago a los herederos en el caso de premoriencia de alguno de ellos[266]. Pero la cosa cambia cuando el marido, por iniciativa propia, emprende negocios que luego resultan lesivos para el sustrato material conjunto. Indudablemente, si lo hizo con la intención de subvenir las necesidades domésticas, a la mujer no le quedará otro remedio que arrostrar los perjuicios derivados de sus operaciones[267]. Sin embargo, si su propósito radicó en un mero afán de satisfacer su propio interés o su capricho, algunos ordenamientos, como el Fuero Viejo de Castilla, dejan a cubierto el patrimonio femenino, incluida su porción de los gananciales, siempre que ella pudiese probar su marginación y su ignorancia del asunto[268]. Exoneración que también contempla el Fuero Real respecto a la fianza prestada por el marido sin

páguenlo otrosí en uno, et si ante que fuessen ayuntados por casamiento alguno dellos fizo debdo, páguelo aquél que lo fizo et el otro non sea tenido pora pagarlo de sus bienes".

266 Así se establece expresamente en el *Fuero extenso de Sepúlveda*, [64a]: "Otrossí, toda debda que marido con su muger fiziere, si alguno d'ellos muriere, péchenlo por meetad; et si amos murieren, páguenlo aquellos que ovieren de heredar su heredamiento (...)". Y también en el *Fuero de Soria*, [400]: "Si el marido ffiziere debda o ffiadura despues que el et su mugier ffueren ayuntados por casamiento et ouieren tomado bendiçiones do quier que la faga paguenla de consouno. Et si el uno dellos muriere ante que la debda ssea pagada, el que ffincare biuo pague la meytad, et los herederos del muerto paguen la otra meytad. Et si la mugier ffiziere debda o ffiadura sin otorgamiento de su marido, ella nin sus bienes non ssean tenidos por tal fiadura, saluo en aquella guisa que manda el ffuero de los emplazamientos (...)". No se hace, por el contrario, referencia a la traslación de la obligación a los herederos en *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 10] (nota siguiente); *Libro de los Fueros de Castilla*, [133] (nota 272); *Fuero Real*, [3, 20, 14], y *Leyes del Estilo* [207]: "Todo el deudo que el marido, y la muger ficieren en uno, paguénlo otrosí, en uno. Y es à saber, que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es a la meytad de la deuda (...)".

267 *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 10]: "Esto es fuero de Castiella. Que si el marido faze alguna debda o fiadura por cosas que pertenesçen a él, asý conmo por conprar bestias o tomar pan prestado, o otras cosas semejables, que son a pro dellos, la muger ha su parte en ellos, maguer que ella non sea en la fiadura a otorgar quando la fizo el marido (...)". En su glosa a *Fuero Real*, [3, 20, 14], A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real*, p. 312, observa, sin embargo, que la imputación de la deuda a los bienes gananciales está subordinada a que la actuación del marido se ajuste a los principios de diligencia y buena fe.

268 *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 10]: "(...)". Mas, sy el marido enfió alguno otro omne, por fazerle plazer, ella nin sus bienes non ha que ver en tal fiadura; o, sy saca algunos maravedís de judíos o de otro logar el marido encubiertamente non ha en ella parte nin sus bienes, synon sy provaren que fue metido en pro dél e della".

su conformidad, ya que, en este caso, no se considera una carga de la sociedad. No obstante, cuando, a la inversa, fuese ella la que se obligase mediante fianza sin contar con el permiso de su cónyuge, los efectos de la falta de autorización afectarán también a la propia garantía, pues será declarada radicalmente nula[269]. Sin embargo, marcando pautas menos tolerantes hacia la mujer casada, las Leyes del Estilo extenderán incluso a la menor de edad la carga de contribuir al pago del débito, liberándola únicamente, y con la condición de que, efectivamente se dé esta situación de minoría, cuando su vinculación a la liquidación del crédito no hubiese figurado en el documento contractual que lo generó, y que fue asumido por su pareja. Aunque, en contrapartida, se consiente la posibilidad de que ambos cónyuges pacten la asunción mancomunada de la deuda, pudiendo, entonces, dirigirse al acreedor contra cualquiera de ellos dos, en reclamación de la totalidad del monto de la misma[270].

Un circunstancia especialmente favorecedora de la traslación a la mujer de la carga de saldar las obligaciones asumidas por el marido estriba en el hecho de que éste se halle incapacitado, prisionero o ausente del lugar. Cuestión importante, que es merecedora de un cuidadoso tratamiento normativo en muchos ordenamientos locales medievales, que la abordan con tal alarde de casuismo que no parece pertinente reproducir

269 *Fuero Real*, [3, 18, 5]: "Si el marido fiziere fiadura sin otorgamiento de su mugier e la pechare, ella nin sus herederos, non sean tenidos de pechar ninguna cosa por razón desta fiadura en uida nin en muerte. E si la mugier fizier alguna fiadura por otri sin otorgamiento de su marido, non uala nin sea tenida ela nin sus bienes por tal fiadura". A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real*, p. 265 señala que para evitar verse involucrada en la satisfacción de la fianza, a la mujer le queda el recurso de acudir al juez para que éste proteja su posición.

270 *Leyes del Estilo*, [207]: "Todo el deudo que el marido, y la muger ficieren en uno paguenlo, otrosí, en uno. Y es à saber, que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es à la meytad de la deuda. E otrosí, es à saber, que si la muger se obliga con el marido al deudor de mancomun, y cada uno por todo, que si à la muger demandan toda la deuda que lo puede facer, es tenida de pagar toda la deuda. Otrosí, si la muger es menor de edad que el Fuero manda, y es casada, è se obliga con su marido en el emprestido en la carta del deudo, tenida es ella à la su meytad del deudo, è si se obligo de mancomun, è cada uno por todo, será tenida à todo el deudo si gelo demanda, maguer sea menor de edad; ca el casamiento, è la malicia, suple la edad. E como quiere parte en las ganancias, asi se debe parar à las deudas: mas si la que es menor de edad no se obligó en la carta con su marido, no será tenida a la deuda. Y el hombre menor de edad desque casado es, serà tenido à todo emprestido, è obligamiento de deuda que faga; pero en las otras cosas donde es otorgada restitucion a los menores, podrá demandar restitucion".

su examen aquí[271]. Bástenos, por tanto, señalar que, en general, en el derecho leonés se tiende a dar prioridad a la integridad personal y material de la indefensa esposa, concediéndole un plazo temporal de inmunidad hasta que se produzca el regreso de su cónyuge. En contraste, en el derecho castellano esos desvelos proteccionistas ceden ante el interés primordial de asegurar la satisfacción de la pretensión del acreedor, permitiéndole, como mucho, esperar, bajo vigilancia, el retorno de su pareja, si ésta estuviese en un sitio conocido, y viéndose compelida, en el caso de que se ignorase su paradero, a permitir la confiscación de los bienes del fugitivo para atender al pago de la deuda, o incluso la aplicación a este mismo fin de los bienes comunes, pudiendo salvar su parte de los mismos únicamente en el supuesto de que ella no hubiese intervenido en la constitución del crédito o de la fianza[272]. Por eso, desarrollando al respecto una complejísima

271 Véase J. Marínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 106-123, y M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio,* pp. 246-252.

272 Esta protección preferente de los derechos del acreedor es visible en las redacciones del derecho territorial castellano. *Fuero Viejo de Castilla,* [5, 1, 11]: "Del debdo que faze marido e muger en uno, cónmo se deue pagar.- Sy un omne con su muger de mancomún son debdores o fiadores a otro omne o a otra muger e son en todos plazos ençerrados, e vase el omne que es debdor de la villa e va el que ha de aver el debdo a su muger e demanda lo suyo, e dize la muger que non es en la villa e que verná su marido e fará lo que es derecho, esta su muger non deve aver plazo ninguno, mas deve entregar luego al querelloso en mueble e, sy mueble non oviere, en el cuerpo fasta que pague. Mas, sy non entrare la muger con su marido en la fiadura o en la debda, debe aver plazo la muger fasta que venga su marido (…). Et, sy a ninguno destos plazos non viniere, el alcalle deve mandar prendar e entregar al demandado en pennos de tanto e medio, sy fallare, en mueble, sy non, en rraýz. Et, provando el querelloso, asý conmo es fuero, e jurando que non es pagado de la debda de todo nin de parte dello, debe vender los pennos, asý conmo es fuero, e entregar al querelloso de su demanda"; [5, 1, 13]: "Cónmo non deven ser tomados los bienes de la muger por debdo de su marido.- Sy un omne de fuera de la villa demanda a otro de la villa, e el de la villa conóçel lo quel demanda en juyzio ante el alcalle, e métel en plazo a que pague, e en este plazo vase de la villa e non paga, e viene el querelloso, el plazo pasado, el alcalle e demándal quel faga entregar, e el alcalle mándal quel entreguen en su casa, e dize la muger que ella non fizo aquella debda nin la conosçio e que non ha a ella por qué ser prendada, sy fallaren pennos de los bienes del marido, non deven tomar lo della. Mas, sy a él non fallaren prenda apartada, prenden de los bienes comunales dél et della, quanto en la parte dél, mas non en lo suyo della". *Libro de los Fueros de Castilla,* [133]: "Esto es por fuero. Que si omne con su muger mete a otro omne por fiador o por deudor, ambos de mancomun deven pechar al omne como es fuero de villa. Et después va de la villa aquel omne quel echó fiador et va aquel omne que a pechado e a la muger de aquel que echó fiador o deudor quel dé los maravedís que a pagado por él e lo demás lo que fuere derecho, et la muger dize que verná su marido e fará lo que sea derecho: tal como esta non deve aver plazo ninguno, mas pague luego sil fallaren mueble; et si non quel prendan el cuerpo fasta

regulación, la mayoría de los textos coinciden en consagrar, con contadas excepciones[273], la posibilidad del resarcimiento del demandante mediante la toma en prenda de la porción de los gananciales correspondiente a la mujer, que en el caso de declararse insolvente, podría llegar a acabar recluida en la cárcel. Solamente algunos fueros municipales contemplan la mencionada moratoria cuando el deudor se encontrase enfermo o su marcha se debiese a haber partido hacia la corte, en romería, a cumplir el servicio militar, en viaje de negocios, o de cacería[274]. Se antoja justificado, en definitiva, concluir que la repercusión sobre la mujer de las consecuencias de operaciones en las que muchas veces no ha tenido participación alguna puede explicarse por la existencia de una confusión conceptual, nada gratuita, que hace presumir cualquier deuda creada por el marido como imputable al matrimonio. Y significativamente, al cúmulo de pre-

que pague (...)"; [134]: "Esto es por fuero: Que si un omne et su muger son deudores e fiadores a otro omne o a otra muger e son todos los plazos ençerrados e vase el omne que es deudor e fiador et va el que a de aver el deubdo a su muger et demándagelo suyo e dize la muger que su marido non es a la villa e que verná su marido et que fará lo que sea derecho, et este non debe aver plazo ninguno, mas entergarle luego en el mueble o, si el mueble non oviere, prenderle el cuerpo fasta que pague. Mas, si la muger non entrare en la fiaduría, debe aver plazo la mujer fasta que venga su marido, si el marido non le fuere que él oviese ante testigos porfazado el juez o el sayón como es fuero et derecho". En [285] se narra un suceso muy descriptivo acerca de la escasa benevolencia que se tiene hacia la esposa del deudor que ha desaparecido: llevada a pleito la mujer de un individuo, ausentado de la localidad sin haber completado el pago de la cantidad fijada en una compra de ganado que realizó sin conocimiento de ella, el tribunal resolvió, ordenando a la mujer que se hiciese cargo de esa suma si el fugado no retornaba en el plazo de seis meses.

273 Solamente el *Fuero de Alcalá de Henares* se aparta de ésta línea, al liberar a la mujer de toda responsabilidad frente a la demanda planteada contra su marido refugiado fuera de la ciudad, [240]: "(...) A todo vezino de Alcala que non fore en termino, nol prenden fasta que venga, si la muger le dissiere, o ome de su casa, que non es en termino".

274 En la admisión de estas excepciones cabe mencionar como precedente el *Fuero de Medinacelli* de 1129 (cito por T. Muñoz y Romero, *Colección de fueros municipales*, pp. 435-443), p. 439: "Qui oviere á dar octor, connombrelo, si fuere en termino, dé lo á nueve dias; et si non fuere en termino, iure que non lo fayla, et diga ó fue en romaria, ó en cavalgada, ó en recua, et sea á su venida , et de sus companeros; et si enfermmo fuera fata que sane, et de pues que viniere, ó sanare, del dia que ielo demandare á nueve dias, delo por acutor, et si non lo diere, cayas, et otro tal fuere aya qui testigo connombre". Para no entrar en un análisis exhaustivo, que resultaría innecesariamente prolijo, y se apartaría de nuestro objeto principal de atención, me limitaré a mencionar que, con las consabidas variaciones entre ellos, todas o algunas de estas excepciones, además de la de que el deudor se hallase enfermo, aparecen reguladas en los fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel, Soria, Alcalá de Henares, Coria, Cáceres, y Usagre. Este examen puede seguirse al detalle en J. Martínez Gijón, *El régimen económico*, pp. 111-117.

ceptos convergentes en habilitarla como responsable subsidiaria de las deudas ajenas, se contrapone la incapacitación general que planea sobre la mujer casada a la hora de gestionar asuntos susceptibles de ocasionar su propio endeudamiento. Claro que, a la vista de la posición dominante reservada al marido en la conducción de la economía familiar, tampoco puede extrañar que se coloquen bajo su supervisión aquellas actividades de su consorte capaces de amenazar su prosperidad presente y futura. Volveremos sobre la cuestión.

b. Medidas protectoras introducidas por el legislador de Toro

Por injusta y onerosa que pueda parecerle esta situación, la mujer no dispondrá de resorte alguno mediante el cual eludir el riesgo de sufrir la transmisión de las deudas generadas por el marido. Solamente las Leyes del Estilo le ofrecerán la opción de ponerse a cubierto de tener que responder por las mismas a cambio de su renuncia pública ante varios «hombres buenos» a todo aquello que pudiese derivarse de las actuaciones de su marido, incluidos, pues, tanto su participación en las ganancias y beneficios, como los daños que las mismas pudiesen generar, si bien la propuesta aparecerá circunscrita a unos supuestos tan específicos, en concreto, a que su consorte fuese mayordomo, arrendador o cogedor, es decir, recaudador de rentas o tributos reales –profesiones, las tres, consideradas muy lucrativas–, que el alcance del precepto disminuirá enormemente[275].

Cosa que no sucede con la ley 60 de Toro, que vendrá a formular, prescindiendo de tales restricciones, idéntico ofrecimiento[276]. Sobre ella, interpreta Mª. J. Muñoz García que su espíritu era protector de la mujer, ya que perseguía evitar que sus bienes privativos pudiesen verse comprometidos por las deudas maritales, si bien ello no le exoneraba de satisfacer las que recayesen sobre su propio patrimonio[277]. Lectura que ya había

275 *Leyes del Estilo*, [223]: "Quando la muger es obligada por las deudas que face el marido, è quándo no.- Otrosí, si el marido es mayordomo, ò arrendador, ò cogedor, tambien será la muger, è sus bienes de la muger tenidos como los del marido, salvo si la muger ante hombres buenos tomase recaudo en como ella decia que no queria ser tenida à ninguna cosa que su marido hobiese de haber, è de recaudar destas cosas sobre dichas, ni haber ende pro, ni daño".

276 *Leyes de Toro*, [60]: "Quando la mujer renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio". *Nueva Recopilación*, [5, 9, 9]. *Novísima Recopilación*, [10, 4, 9].

277 Mª. J. Muñoz García, *Las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer*

realizado en su día F. Cárdenas, haciendo notar que lo que la norma no pretendía era dar libertad a los cónyuges para renunciar a la sociedad legal de gananciales[278]. No obstante, su escueto enunciado abría un nutrido abanico de problemas irresolutos, que sus comentaristas iban a afrontar con gran interés.

Es verdad que, por ejemplo, la afirmación de Diego del Castillo acerca de que la renuncia debía ser explícita y probada, careciendo de eficacia la que fuese arrancada con dolo o engaño por parte del marido, no suscitará polémica[279]. Pero sí fabricará disensiones el hecho de que nada se dijese del momento en el que cabía manifestarla, a pesar de que las opiniones vendrán a coincidir en la admisión de su presentación antes de la celebración de las nupcias, por afectar a un objeto posible, pero incierto, como podrían serlo asimismo una herencia o un legado. Aunque parece, con todo, lógico deducir que entonces sería preciso determinar expresamente si la renuncia comportaba someterse a un régimen económico distinto al general de gananciales, o si, simplemente, se adoptaba éste con la introducción de alguna variación[280]. Sobre lo que sí surgirán serias discrepancias será, sin embargo, respecto a si en virtud de su declaración la mujer podría retener los frutos procedentes de sus propios bienes y su trabajo, que era lo sostenido por Matienzo, o si, por el contrario, esta exención caería fuera del contenido de la renuncia, debiendo, por tanto, ser aplicados a la subvención de las cargas matrimoniales, como plantease Llamas y Molina[281]. Con mayores obstáculos tropezará la aceptación de la renuncia realizada después de iniciada la convivencia marital, a partir de las objeciones manifestadas por Gregorio López, con el alegato de que, en estas circunstancias, la abdicación por la mujer de su derecho a los gananciales, al provocar un enriquecimiento del marido, vendría a equivaler a una donación entre los cónyuges, lo que supondría vulnerar la prohibición secular instaurada contra éstas por el derecho justinianeo[282]. Hay, con todo,

casada: 1505-1975, Madrid, Universidad de Extremadura, 1991, p. 161. Aunque la ley solamente habla de la mujer, entiende esta autora que la renuncia también podría proceder de la parte del marido. Acerca de esta disposición, interesan pp. 161-172.

278 F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 171.

279 D. del Castillo, *Comentarios a las leyes*, l. 60, fols. 198r-199r, núms. 1, 3 y 4.

280 Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 338-339.

281 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR [5, 9, 9], fol. 272v, núms. 1 y 2. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 60, pp. 311-312, núm. 4 y 5, que apoyará su postura en Partidas, [IV, XI, XVIII] y [IV, XI, XXV].

282 Gregorio López, glosa (g), «Otra manera», a Partidas, [IV, XI, V]. Con él, L.

otro importante sector doctrinal, representado, entre otros, por Diego del Castillo, Palacios Rubios, Covarrubias y Antonio Gómez, que avalará su licitud, argumentando éste último que, además de que al no fijar la ley tiempo oportuno alguno, no procedía corregirla, aunque se tomase esta dejación como una donación estaría permitida, ya que el posible lucro del marido no tendría correspondencia con un verdadero empobrecimiento de la renunciante, debido a que su adquisición de los gananciales no devendría de un acto real y natural, sino ficticio, solamente probable, y legalmente revocable, por lo que también cabía imaginar que renunciase a éstos sin realmente llegar a apropiarse de ellos[283]. A lo que añadirá Llamas y Molina que dicha revocabilidad resultaba confirmada por la facultad de la que disfrutaba el marido de enajenar los bienes ganados sin consentimiento de su mujer, con tal de que no actuase en fraude de ley[284]. Finalmente, su efectividad tampoco se cuestionará cuando se produjese una vez disuelto el vínculo matrimonial, tanto si fuese después de fallecer el marido[285], como si la realizase por causa de muerte, todavía en vida del

Molina, *De Iustitia*, t. II, *De contractibus*, disputa 289, col. 178, en apelación a la comunicación a la renuncia a los gananciales de la invalidez de la donación de remisión de la deuda entre los casados que rige conforme al derecho romano (*Digesto*, 24, 1, 5), a menos que se confirme por la muerte. Mucho más tarde se sumarán a ellos J. González Serrano, *Comentario histórico*, II, l. 60, p. 288, núm. 15, que la entiende ilegal y nula, y F. Sánchez Román, *Estudios de derecho*, pp. 820-821, quien, recurriendo también a la objeción planteada por Gregorio López y a la propia naturaleza del sistema de gananciales, que está principalmente dirigido a permitir la viabilidad económica de la célula conyugal y a reforzar la posición de la viuda, sólo accede a otorgarle eficacia a la efectuada a la disolución del matrimonio. Sobre este punto, Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 340-344.

283 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 60, fol. 345, núm. 1. Aún maneja otro razonamiento, que se antoja de menor calado, basado en el mero hecho de que se empleen los términos «marido» y «mujer», inapropiados, a su juicio, para designar a los simples novios o a quienes ya hayan dejado de estar casados. D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 60, fol. 198v, núm. 2; J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 60, fol. 118v, núm. 3; D. Covarrubias, *Opera omnia*, II, cap. 8, paragrafo 1, pp. 238-239, núm. 14. También se alinean en esta postura, J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 9, 9], fols. 271v-272r, núms. 1 y 2; A de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, glosa «Renunciar» a NR, [5, 9, 9], fol. 312, núms. 6 a 8; J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 60, p. 331.

284 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 60, p. 313, núm. 10. La ley a la que se refiere es la ya analizada, promulgada por Enrique IV a petición de las Cortes de Nieva en 1473.

285 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 9, 9], fols. 272r-272v, núms. 7 y 8, concede a la viuda y los herederos un período de cien días para aceptar o rechazar los gananciales, y con ello paralelamente las deudas, si bien el juez puede reducir ese intervalo

mismo, pues en este segundo caso, de conformidad con las Partidas[286], la donación resultaría validada por la desaparición de la donante.

Otra cuestión que también preocupó a varios juristas fue la de si era factible desistir de la adjudicación de los gananciales ya obtenidos, para así eludir las reclamaciones de los acreedores, siendo negado por Matienzo en atención a la destinación de los mismos al pago de las deudas prevista en el Fuero Real y las Leyes del Estilo[287], frente a Covarrubias, que defenderá su viabilidad, al menos en aquella parte en la que la cuantía de los débitos superase a lo adquirido[288]. Por último, Llamas y Molina rechazará tajantemente la posibilidad, sugerida por Matienzo, de que en reciprocidad con la mujer, también el marido pudiese ceder su parte de las gananciales, invocando, para rebatirlo, el silencio guardado sobre este punto por el precepto toresano, la administración que se atribuía al marido tanto de los gananciales como de los bienes de la mujer y la contradicción que tal eventualidad introduciría en relación con la ley 55, donde se desautorizaba la contratación emprendida por la mujer sin licencia marital[289].

Naturalmente, todas las precauciones legales encaminadas a obstruir las posibles vías de endeudamiento de la mujer casada no podían bastar para cegarlas por completo. Por ello, cabría pensar que la ley 62 de Toro, que establecía que ninguna mujer pudiese ser apresada por deuda que no procediera de delito, a no ser que fuese «conocidamente mala de su persona»,[290] buscaba rodear de garantías adicionales su mantenimiento al margen de las graves repercusiones que los impagos podrían

temporal. Se adhieren a este plazo: A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 9, 9], fol. 312, núms. 5 y 6, y S. Llamas Molina, *Comentario crítico*, II, l. 60, p. 314, núm. 17.

286 *Partidas,* [IV, XI, IV]: "Quales donaciones non valen, que el marido e la muger fazen entre si, despues quel matrimonio fuere acabado en que manera se pueden desfazer.- Durando el matrimonio, fazen alas vegadas donaciones, el marido ala muger, o ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno vno con otro. E tales donaciones (...) que las non fagan, porque no se engañen despojandose el vno al otro (...). E porende si las fizieren, despues que el matrimonio es acabado, non deuen valer, si el uno se fiziere por ello mas rico e el otro mas pobre, fueras ende, si aquel que fiziesse tal donacion, nunca la reuocasse, nin la defizesse en su vida, ca estonce fincaria valedera (...)".

287 *Fuero Real*, [3, 20, 14]: "Todo debdo que marido e mugier fizieren en uno, páguenlo otrosí en uno (...)". *Leyes del Estilo*, [207]: "Todo el debdo que el marido et la muger fizieren en uno, paguenlo otrosi en uno (...)". J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 9, 9], fol. 272r, núm. 6.

288 D. Covarrubias, *Opera omnia*, II, cap. 7, parágrafo 1, núm. 12. Suscribe su planteamiento S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 60, pp. 313-314, núms. 13-15.

289 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 60, p. 314, núm. 16.

290 *Leyes de Toro*, [62]: "Ninguna muger por ninguna deuda, que no descienda de

acarrearle. Después de todo, ya Juan I había ordenado, en las Cortes de Briviesca de 1387, que la mujer no pudiese ser recluida ni detenida por las deudas contraídas por el marido, aunque afectasen a las propias rentas, pechos y derechos regios[291]. Sin embargo, en realidad, se trataba de una norma derogatoria del régimen más favorable vigente en el derecho justinianeo, que impedía que la mujer pudiese ser encarcelada a causa de sus deudas, privadas o con el fisco, o como consecuencia de algún delito cometido. Además, tampoco quedaba claro si la segunda excepción resultaba únicamente extensible a la soltera de vida disipada, pues a juicio de diversos autores, teniendo en cuenta que la acción de adulterio era de competencia exclusiva del marido, en el caso de la casada no le sería de aplicación, salvo cuando su cónyuge tuviese conocimiento de su conducta licenciosa[292]. Lectura que no compartirá Gregorio López, quien entenderá que para acogerse a la mencionada exención sería suficiente vivir honestamente, tanto dentro como fuera del matrimonio[293]. Otro aspecto, en fin, que también será debatido residirá en si cabría la posibilidad de que la mujer renunciase a este privilegio, dividiéndose, al respecto, la doctrina entre quienes creerán que aquella madre que, ejerciendo como curadora o tutora de sus hijos, decidiese no escudarse en el senadoconsulto Veleyano o cualquiera de las demás protecciones ofrecidas por las leyes, podría ser metida en prisión en el caso de no redimir las deudas contraídas en el desempeño de esa función, y quienes lo refutarán incluso en este supuesto[294].

delicto pueda ser presa, ni detenida si no fuere conocidamente mala de su persona". *Nueva Recopilación*, [5, 3, 10]. *Novísima Recopilación*, [10, 11, 4].

291 *Nueva Recopilación*, [5, 3, 8]: "Ordenamos, que por las deudas que el marido deuiere, ò por la fiança que fiziere, no sea presa la muger, aunque las deudas sean de nuestras rentas, pechos y derechos".

292 Entre ellos, J. Matienzo, *Comentaria*, glosa IV a NR, [5, 3, 10], fol. 62r, núm. 4, y A de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 3, 10], fol. 87, núms. 32-33.

293 Gregorio López, proemio y glosa (c), «Personalmente», a Partidas [III, VII, III]. Opinión compartida por J. Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 62, fol. 121v, núm. 1. También la cree aplicable a la casada S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 62, pp. 336-337, núm. 9.

294 Entre los primeros, J. Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 62, fol. 121v, núm. 3; Gregorio López, glosa (c), «Personalmente», a Partidas, [III, VII, III], y A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 62, fol. 348, núm. 2. Se oponen J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 10], fol. 61r, núm. 3; A de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 3, 10], fol. 85, núms. 6 y 7. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 62, pp. 335-336, núms. 6 y 7.

c. Determinación de las cargas y obligaciones matrimoniales a lo largo de la codificación

A pesar de la protección dispensada a la mujer por la citadas leyes de Toro, ante los abusos que se producían en este terreno, los redactores del Proyecto de Código civil de 1836 tomarán la precaución de especificar, lo que nunca antes se había hecho, cuáles eran las cargas y obligaciones que correspondían a la sociedad matrimonial, y a las que, por tanto, había que responder con los bienes gananciales. En concreto, la manutención de los integrantes del núcleo conyugal, esto es, la pareja y los hijos, los gastos en educación y enseñanza de éstos, la provisión de las dotes y donaciones esponsalicias, la reparación de los bienes inmuebles o de los capitales pertenecientes a los consortes, la satisfacción de las cargas que recayesen sobre estos bienes y las deudas contraídas durante la permanencia de la vida marital –pero no previamente– en interés de la sociedad por el marido o por la mujer con la autorización de éste[295]. No obstante, la falta de gananciales suficientes sería cubierta, en virtud de su función de administrador, con los bienes propios del marido, a no ser que hubiese sido la mujer la encargada de la gestión de la sociedad, en cuyo caso contribuiría por mitad con sus propiedades al pago de los créditos comprometidos mientras estuvo al frente de esta tarea[296]. La justificación que el codificador ofrecerá para esta diferencia de tratamiento hay que calificarla, sin duda, de realista y de muy sensible a la acusada diferencia de los roles que en esta época tenían atribuidos ambos cónyuges dentro del matrimonio, pues estará fundada en la habitual ignorancia de la mujer acerca de los asuntos y negocios conducidos por el marido, de los que, además, normalmente, no podría ni controlar ni impedir sus efectos perniciosos. Y aunque si bien es

295 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1499]: "Son cargas inherentes a la sociedad conyugal y que deben satisfacerse de los bienes de ésta: 1.ª La manutención de los consortes, la de los hijos, los gastos de educación y enseñanza de éstos, las dotes y donaciones esponsalicias de los mismos y las demás cargas propias del matrimonio. 2.ª Los reparos ususfructuarios de los bienes inmuebles o capitales pertenecientes a los consortes. 3.ª Las cargas a que estuvieren afectos los bienes de los cónyuges. 4.ª Las deudas contraídas durante la sociedad conyugal para los fines de ésta, por el marido o por la mujer, con beneplacito del mismo".

296 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1500]: "A falta de gananciales satisfará el marido, de sus bienes propios, las deudas expresadas en el número 4º del artículo anterior, a menos que la mujer hubiese administrado los bienes sociales, en cuyo caso contribuirá por mitad con el marido al pago de las deudas contraídas durante el tiempo de su administración".

cierto que cuando fuese ella la que asumiese la administración tampoco cabía liberarla completamente de responsabilidad, ya que podría perjudicar gravemente al marido contrayendo deudas ruinosas a las que sabía que no tendría que coadyuvar a solventar, se reducía a la mitad su participación, en atención a su general menor experiencia y conocimiento y a que al enviudar su capacidad de obtener recursos para su subsistencia se presumía inferior a la del hombre[297]. Lo que, recogiendo el espíritu de las referidas leyes de Toro, no tendrá cabida será la transmisión de las deudas adquiridas por cada uno de los cónyuges persiguiendo su puro beneficio particular[298]. Y también parece responder a su inspiración, la opción que indirectamente se ofrecía por la vía de las capitulaciones matrimoniales, no sólo a la mujer, sino a ambos consortes, de eludir su participación en la responsabilidad por la pérdidas o las deudas de la sociedad, o de una parte proporcional de ellas, mediante la renuncia a la totalidad o a una porción concreta de su mitad en los bienes gananciales[299]. Posibilidad de renuncia que, en alusión ya exclusiva a la mujer, también se contemplaba como forma de evitar tener que colaborar en el pago de la dote[300].

La conveniencia de precisar la relación de las cargas y obligaciones imputables a la sociedad conyugal se hará también evidente en el Proyecto de Código civil de 1851, que presentaba un listado en el que como principales modificaciones al contenido en el Proyecto de 1836 podemos destacar: la adición de los atrasos o réditos devengados durante el matrimonio de las obligaciones a las que estuviesen afectos tanto los bienes propios de cada consorte como los gananciales; la distinción entre las reparaciones hechas sobre los gananciales y sobre los bienes privativos, incluyéndose respecto a estos últimos únicamente los menores o de conservación; la extensión de la cobertura de los gastos de manutención y educación a los

297 *Proyecto de Código civil de 1836*, Exposición de Motivos, p. 113.

298 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1501]: "Cada uno los consortes será responsable de las deudas que hubiere contraído por su utilidad particular o a consecuencia de algún delito".

299 *Proyecto de Código civil de 1836,* [1517]: "Si los consortes pactaren que uno lleve las ganancias será éste responsable de todas las deudas contraídas en beneficio de la sociedad"; [1518]: "Cuando se estipule que uno de los consortes no haya de percibir de los gananciales sino una parte menor que la mitad, por ejemplo, la tercera o cuarta parte, no será responsable de las pérdidas y deudas de la sociedad sino en proporción a dicha parte, a menos que hubieren estipulado lo contrario".

300 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1536]: "Siempre que haya gananciales se pagará de ellos la dote por mitad, excepto en los casos siguientes: 1.º Si la mujer renunciase a los bienes gananciales (…)".

hijos legítimos de uno solo de los cónyuges; y la excepción introducida en referencia al pago de la dote y las donaciones matrimoniales, al admitir la posibilidad de que la pareja hubiese pactado su satisfacción, total o parcial, con las pertenencias privativas de alguno de sus miembros[301]. Igualmente, se mantenía la exclusión de las deudas, y ahora también de las multas y condenas pecuniarias, contraídas antes del casamiento, si bien se autorizaba al marido a repetirlas contra los gananciales cuando no tuviese capital propio o éste no fuese suficiente para afrontarlas, aunque su importe se le deduciría al proceder a la liquidación de la sociedad legal[302]. Y asimismo se cargaba sobre ésta todo lo perdido en el juego –incluido, se deduce, en el prohibido– y ya satisfecho; y de lo todavía no saldado, solamente lo perdido por el marido en el juego lícito[303]. Por otro lado, en consonancia con la ley 61 de Toro, la dote, además de en los supuestos en

301 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1329]: "Son de cargo de la sociedad legal: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer, en los casos en que puede legalmente obligar a la sociedad. 2.º Los atrasos o réditos devengados durante el matrimonio de las obligaciones a que estuvieren afectos así los bienes propios de los cónyuges como los gananciales. 3.º Los reparos menores o de conservación ejecutados, durante el matrimonio, en lo bienes peculiares del marido o de la mujer. Los reparos mayores no son de cargo de la sociedad. 4.º Los reparos mayores o menores de los bienes gananciales. 5.º El mantenimiento de la familia y educación de los hijos comunes, y también de los hijos legítimos de uno solo de los cónyuges"; [1330]: "También es cargo de la sociedad el importe de lo dado o prometido a los hijos comunes para su colocación por el marido solamente; o por el marido y la mujer de común acuerdo, cuando no hubiesen éstos pactado que se haya de satisfacer con los bienes propios de uno de ellos en todo o en parte". En opinión de F. García Goyena, *Concordancias*, p. 713, las cargas y obligaciones contenidas en estos artículos son de tan notoria equidad y justicia, que no necesitan de concordancias, motivos ni comentarios.

302 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1331]: "(1) Las deudas contraídas por el marido o la mujer, antes del matrimonio, no son de cargo de la sociedad: (2) Tampoco lo son las multas y condenaciones pecuniarias que se les impusieren. (3) Sin embargo, así las deudas contraídas por el marido, con anterioridad al matrimonio, como las multas y condenaciones que se le impongan, podrán repetirse contra los gananciales, si no tuviere capital propio o no alcanzare éste; pero al tiempo de liquidarse la sociedad legal, se le cargará su importe". Apunta F. García Goyena, *Concordancias*, p. 714, que la diferencia que se hace entre el marido y la mujer se funda en que ésta no puede ejercer la administración ni obligar los bienes, pues, en realidad, para ella no hay gananciales hasta la disolución de la sociedad.

303 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1332]: "(1) Lo perdido y satisfecho durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquiera clase de juego, no disminuye su parte respectiva de gananciales. (2) Lo perdido en juego lícito por el marido, y no satisfecho, es cargo de la sociedad legal". En el primer supuesto es así porque, según el artículo [1700], no puede repetirse, excepto en caso de fraude, y en el segundo se limita al marido

los se permitía la enajenación de sus diversos elementos, quedaba obligada al pago de los gastos diarios normales de la familia realizados por la mujer con la tolerancia del marido, pero haciendo previa excusión de los gananciales y de los bienes propios de éste[304]. Hay que recordar, además, que zanjando las disputas suscitadas por la ley 60 de Toro, se prohibía la renuncia a la sociedad de gananciales durante la vigencia del matrimonio, admitiéndose como única excepción que existiese separación judicial. Pero fuese por esta vía, o fuese efectuada después de disuelto o anulado el matrimonio, la renuncia, que debería quedar plasmada en escritura pública, en ningún caso podría menoscabar los derechos de los acreedores[305]. Una medida, que, también, encontrará hueco tanto en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 como en el texto definitivo del Código civil[306]. Es significativa, sin embargo, la absoluta falta de mención al principio de intransmisibilidad de las deudas y créditos adquiridos, no en persecución del beneficio común, sino del privado, lo que, seguramente refleja que, estando ya tan consolidado este principio, no se entiende necesario –ni se hará en el futuro– volver a enunciarlo.

El desglose de las cargas y obligaciones que recaen sobre la sociedad de gananciales efectuado en el Proyecto de 1851 no experimenta modificación sustancial alguna en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, excepto en la introducción de la precisión, ya implícita en su precedente,

porque, según el [1701], hay obligación civil de pagarlo, no pudiendo la mujer obligarse sin licencia marital. F. García Goyena, *Concordancias*, p. 715.

304 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1287]: "(1) Ni la mujer casada, ni su marido, ni los dos juntos, pueden tampoco obligar la dote, sino para alguno de los fines, y con las formalidades expresadas para los casos respectivos en el artículo 1282. (2) También quedará obligada la dote al importe de los gastos diarios y usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden con tolerancia del marido; pero en este caso deberá hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido".

305 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1312]: "(1) La renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial. (2) Cuando se hiciere en este caso, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se otorgará en escritura pública; y los acreedores tendrán el derecho que se les señala en el artículo 831. (3) El español que se casa en el extranjero y se domicilia despues en el reino podrá renunciar la sociedad en forma auténtica dentro del año de su regreso; pero en otro caso quedará sujeto a lo dispuesto en este capítulo, retrotrayéndose los efectos de la sociedad a la época de celebración del matrimonio".

306 En el *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888* aparece, en muy similares términos, en el artículo [1417], y en las dos ediciones del *Código civil*, en el artículo [1394], que prescinde del párrafo tercero, relativo a la renuncia realizada por el español casado en el extranjero.

de que, al contrario de lo establecido para el marido, lo perdido y no pagado por la mujer en ningún caso se imputará sobre el caudal de adquisiciones comunes[307]. Y precisamente en este mismo punto reside la principal novedad aportada en la determinación de tales cargas y responsabilidades por el Código civil[308], que hace recaer sobre la sociedad de gananciales todo lo perdido y no satisfecho en juego lícito por cualquiera de los cónyuges; luego, se deduce que lo dispendiado en juego ilícito, si no ha sido saldado voluntariamente, no habrá porqué pagarlo[309]. Hay, no obstante, otro precepto de indudable trascendencia, porque supone trasladar a la mujer el peso de débitos que antes no le correspondían, al afectar los bienes de la dote inestimada, y no solamente sus frutos, al pago de los gastos diarios familiares realizados por la mujer en el uso de su potestad domestica[310]. No obstante, antes de recurrir a ellos habrá que aplicar a su

307 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [1437]: "(3) En ningún caso se le imputará lo pérdido y no pagado por la mujer". Con ligeros matices de redacción, los articulos [1434] a [1437] concuerdan con los artículos [1329] a [1332] del proyecto de 1851.

308 La sección cuarta, «De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», del capítulo quinto, «De la sociedad de gananciales», del libro cuarto, engloba los artículos [1408] a [1411], que concuerdan correlativamente con los artículos [1329] a [1332] del proyecto de 1851, y [1434] a [1437] del anteproyecto de 1882-1888. Como variación más reseñable respecto a este último texto, podemos mencionar que en el párrafo segundo del [1408] no se habla de "Los caídos, intereses o réditos vencidos o debidos sobre el matrimonio", sino de "Los atrasos o réditos devengados durante el matrimonio".

309 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1411]: "(1) Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego, no disminuirá su parte respectiva de los gananciales. (2) Lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en juego lícito será cargo de la sociedad de gananciales". Es la conclusión a la que llega M. Falcón, *Código civil español*, 4, p. 190, que respecto al párrafo primero, comenta (p. 189), que se pretende justificar esta disposición por correlación con el [1406], con lo que se viene a decir que si las ganancias hechas en el juego no acrecientan el capital de quien las hizo, sino que ingresan en la sociedad, lo mismo debe ocurrir con las pérdidas; lo que, en su opinión, supone justificar una injusticia con otra injusticia.

310 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1362]: "Los bienes de la dote inestimada responden de los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden bajo la tolerancia del marido; pero en este caso deberá hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido". Medida ya prevista en el artículo [1287. 2] del proyecto de 1851, y el [1380. 2] del anteproyecto de 1882-1888. A juicio de M. Falcón, *Código civil español*, 4, p. 162, ello quebrantaba el principio tradicional del derecho histórico castellano, que preservaba la dote inmune, como consecuencia de que la gestión absoluta de los intereses familiares era ejercida por el marido. Aunque, al menos, dice, no hace a la mujer responsable de gestiones en las que no ha intervenido, o de gastos que no ha autorizado, lo que hubiera representado el colmo de la iniquidad.

satisfacción los gananciales[311], y subsidiariamente los bienes propios del marido, aunque en defecto de todos ellos, tendrá que utilizar incluso sus parafernales[312]. Recordemos, además, que la renuncia a los gananciales sólo es admitida durante el matrimonio en el caso de separación judicial, y a la disolución o anulación de éste, pero siempre sin perjuicio de los derechos de los acreedores[313]. Lo que comporta la modificación de la ley 60 de Toro, que únicamente contemplaba la renuncia de la mujer, permitiéndose hacerlo ahora, incluso, a los herederos de ambos cónyuges[314].

4. Transferencia de responsabilidades por actos delictivos

Por lesivos que puedan resultar los quebrantos derivados de las deudas no saldadas sobre el patrimonio conyugal, hay problemas susceptibles de traer aparejadas consecuencias todavía más graves sobre la estabilidad de la célula matrimonial. Porque, aunque normalmente rige el principio de intransmisibilidad al otro consorte de las responsabilidades penales generadas por los comportamientos delictivos protagonizados por alguno de sus miembros, a menudo a aquél que no participó de tal conducta,

311 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1408]: "Serán de cargo de la sociedad de gananciales: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad (...) 5.º El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de unos solo de los cónyuges". Coincide con el artículo [1329] del proyecto de 1851 y el [1434] del anteproyecto de 1882-1888.

312 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1385]: "Los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. (2) También lo estarán los bienes mismos en el caso del artículo 1362, siempre que los del marido y los dotales sean insuficientes para cubrir las responsabilidades de que allí se trata". Este artículo no tiene precedentes.

313 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1394]: "(1) La renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial. (2) Cuando la renuncia tuviere lugar por causa de separación, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se hará constar por escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el art. 1001". Coincide con los dos primeros párrafos del artículo [1812] del proyecto de 1851. El artículo [1001] trata de la aceptación por los acreedores de la herencia del heredero que la rechaza.

314 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1364]: "Cuando los cónyuges (...) hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren a dicha sociedad (...)"; [1418]: "(...) 1.º Cuando disuelta la sociedad, haya renunciado a sus efectos y consecuencias en tiempo hábil uno de los cónyuges o sus causahabientes (...)".

casi siempre la mujer, le será difícil esquivar los perniciosos efectos de su condena sobre la economía familiar, al tener que hacer frente a las sanciones pecuniarias impuestas por la autoridad judicial y, muchas veces, a la obligación adicional de compensar el daño producido a la víctima o a sus parientes.

No obstante, también en este tema se aprecian divergencias importantes entre la actitud protectora hacia la mujer desarrollada en ordenamientos locales leoneses como los de Villavicencio, León, Salamanca, Ledesma, Alba de Tormes, Coria, Usagre y Cáceres[315], y también en algunos castellanos, como los de Alcalá de Henares, Sepúlveda o Molina de Aragón, coincidentes todos ellos en poner a cubierto sus bienes privati-

315 En el *Fuero de Villavicencio*, ¿1091-1136? (cito por E. González Díez, *El régimen foral vallisoletano. Una perspectiva de análisis organizativo del territorio*, Valladolid, Diputación Provincial, 1986, núm. 6, pp. 91-94), al tiempo que se dicta la confiscación judicial de los bienes del homicida fugitivo, se prevé el inventariado de los gananciales y la consiguiente separación de la mitad para la mujer, como trámite previo al inicio del procedimiento, [3]: "Et ille qui homicidium fecerit si captus (...) et si ante fugerit, prendant medietatem de suo habere et ille alia medietat remaneat ad suam mulierem et ad suos filios; et ille homicida ne sit pos nobem dies reversus fuerit, nullam calumpniam iam non timeat (...)". Una línea similar la encontramos en el *Fuero de León*, 1017-VII-28 (cito por J. Rodríguez Fernández, *Los fueros del reino de León,* II, *Documentos,* León, Ediciones Leonesas, 1981, núm. 2, pp. 15-23), [24]: "Et si non habuerit unde reddat, accipiat sagio aut dominus eius medietatem substantiae sue de mobili; altera vero medietatis remaneat uxori eius et filiis vel propinquis cum casis et integra hereditate (...)". En los fueros de Salamanca y Ledesma, si el proceso concluyese con la ejecución del inculpado, los bienes embargados se dividirán equitativamente entre la viuda, sus parientes y los funcionarios municipales: *Fuero de Salamanca*, [63]: "Qui omne matar (...) esi cayer, ponerlo en la forca. E toda su bona sea en pro del conceyo; ela tercia parte ayan los parientes del morto; e la muler elos fiyos non pierdan lo suyo", y el *Fuero de Ledesma*, [32]: "Et quien omne matar, silo no desfiar en conceyo, muerra por el (...) E su bona entre en prouecho de conceyo e delos allcaldes; e su mogier e sus fijos e sus parientes non pierdan su derecho. E plogo al conceyo que por esta derechura se entiende la tercia parte". En el *Fuero de Alba de Tormes*, se dejan a resguardo las propiedades de la mujer y su participación en los gananciales, [8]: "Todo omne o muler de Alba o de suo termino morador, que sea uezino o uezina, que omne o muler que non sea postero nin postera matare, si lo pudieren prender, muera por el; e si se fuere, que lo non puedan prender, peche XXX morauedis (...). E si ualia non ouiere, pierda lo que ouiere; e su muler non pierda la meetat delo que ganaron de souno e todo lo de su patrimonyo". En un línea similar, de preservación de las pertenencias femeninas, se mueven el *Fuero de Coria*, [348]: "Qui ovier fijo o sobrino.- Todo ome que hijo o sobrino ovier, e otro ome matar, non pechen por el su aver los parientes, nin su padre; nin su muger la su meatad pierda, si varon matar a otro", y con análoga redacción el *Fuero de Usagre*, [361], y el *Fuero de Cáceres*, [340].

vos y la mitad que le corresponde de los gananciales[316], frente a la escasa transigencia de otros fueros castellanos que, tomando el caudal doméstico como una unidad indivisible a la hora de soportar las pérdidas o sanciones engendradas por los actos delictivos perpetrados por el marido, trasladan sus repercusiones a las propiedades muebles y raíces de la mujer. Con una justificación que el Fuero de Cuenca hace explícita, para explicar porqué se ha derogado la práctica consuetudinaria anterior de salvaguarda de dichos bienes, lo que se dice basado en el principio de que, de igual modo que la mujer disfruta de los lucros reportados por el marido, resulta justo que padezca los perjuicios ocasionados por las actuaciones de éste[317]. So-

316 *Fuero de Alcalá de Henares*, [291]: "Todo ome que ome matare e se fuere al corpo de su mujer e a sos vestidos dela, no la contrale nadi si hy quisiere morar; [100]: "(…) Los fiadores non hayan poder sobre sua part del aver de la muger del enforçado (…)". *Fuero de Sepúlveda*, [65]: "Del cavallero o escudero que malhetria fiziere.- Todo cavallero o escudero de Sepúlvega que malhetría fiziera, e non diere fiadores pora complir la malhetría, echel el rey de la tierra, e lo suyo sea a mercet del rey. Et su muger non pierda del su algo ninguna cosa por malhetría que su marido faga: Et si la malhetría que oviere fecha pechare, o otri por el, sea perdonado, e de lo suyo non pierda nada". *Fuero de Molina de Aragón. Carta de la infanta doña Blanca, señora que fue de Molina de 1283*, 156-165, p. 159: "Otro si do a vos en fuero que ninguna malfetría ni debda que el marido faga, la mujer no la sienta ni peche por ello si en la carta no fuere puesta con su marido". *Privilegio de Sancho IV a Cuenca de 1285* (R, Ureña, *Fuero de Cuenca*) p. 863: "Alo que me enbiastes dezir que manda uuestro ffuero que por las culpas del marido que lazdre la muger, et por las culpas del fiijo que lazdre el padre, e por las culpas del malffechor que muera el ssobreleuador, aesto uso digo que non es derecho, et tengo por bien que se libre por derecho e non por ese ffuero".

317 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [XV, 10]: "Quod omnes res tam scelorosi quam sue uxoris capiantur pro scelere mariti.- Quia sunt loca et sunt gentes, quibus est consuetudo adque forum, cum maritus homicidium perpetrauerit, aut latrocinium, aut tale scelus, pro quo omnia bona habent perdere, tunc uxor prius extrahit omnem medietatem tocius subere, que contigit ei et alia medietats capitur pro calumpnia, ad istam consuetudinem extirpandam mandamus, quod quicumque, hominem occiderit, aut uendiderit, uel aluid huiusmodi scelus pepetreuerit, et affugerit, quod iudex intret omnia bona tam uiri quam uxoris pro calumpnia quam fecerit, quamuis radix seu mobile sit uxoris, et non mariti (…)". Y su justificación: "(…) uxor enim, que multociens gaudere solet cum lucro, quod uir sibi asportat, non erit mirum si aliquando doleat de rerum, amissione occasione mariti. Dignum utique est, ut qui uno gaudio solent participare, tristicia cum uenerit, participentur (…)". Preceptos similares en *Fuero de Iznatoraf*, [394]; *Fuero de Alcaraz,* [V, 58]; *Fuero de Alarcón*, [359]; *Fuero de Baeza*, [394]; *Fuero de Úbeda*, [XXXII, 10 (a)]; *Fuero de Béjar*, [493. También en *Fuero de Zorita de los Canes,* [866]; *Fuero latino de Teruel*, [22], *Fuero romance de Teruel,* [22], que, sin embargo eliminan la referencia a la supresión de la antigua costumbre favorable a la mujer.], A igual idea responde, con diferente redacción, el *Fuero de Plasencia,* [382]: "Por fuero mandamos que todo aquél que ome matare o otra alevosía fiziere e fuxiere, los alcaldes entren toda su buena assí del

lución que, con diversa formulación, encuentra eco en el derecho de otras localidades como Brihuega, Fuentes de Alcarria y Uclés[318], siendo el Fuero de Soria, el único que depara al marido una simétrica asunción de los efectos negativos provenientes de los delitos en los que hubiese incurrido su compañera, añadiendo a esta peculiaridad la de excluir la aplicación del castigo a cualquier otra persona distinta del autor material del crimen[319].

Por lo que se refiere al derecho regio, tanto el Fuero Juzgo –allá donde rige–[320], como el Fuero Real y las Partidas consagran la máxima de la exclusividad de la imposición de la pena sobre la persona del autor del hecho jurídicamente castigado, extendiendo su alcance a los delitos consumados por los hijos, los hermanos y otros parientes, consanguíneos o políticos, pero con la diferencia de que mientras en el Fuero Real esta regla se tiñe de reciprocidad[321], en las Partidas solamente a la mujer se

marido commo de la mugier por la calonna que fiziere, maguer que la raíz o el mueble sea de la mugier et non del marido (…)", aunque en su adición posterior de 1286, se cambia de critrerio, [749]: "(…) et mandamos que los bienes del mugier non sean tomados por el malefiçio del marido ni los del marido por el malefiçio dela mugier (…)".

318 *Fuero de Brihuega*, [40]: "Qui matare a otro sobre saluo.- Tot omme de briuega que matare a otro sobre fiadura de salvo: si alcanzado fuere: muera por ello, et sis fuiere uaya por traidor, et el fiador adugalo: si lo pudiese auer, et si dixiere que no lo puede auer: iure con XII bezinos que no lo puede auer: et peche CC et XVI maravedis, et estos maravedis salcan de la buena del malfechor, et de su mugier, et si la buena del malfechor no compliere, cumplalo el fiador, et si en la buena del malfechor ouiere demas de CC et XVI maravedis parta el Arçobispo con su mugier, et prenda el Arçobispo la meatad, et la mugier la otra meatad, et los C. maravedises partan se por tercios et lo al sea todo del Arçobispo". Una redacción casi idéntica en *Fuero de Fuentes de Alcarria*, [41]: "Por matar sobre saluo (…)". *Fuero de Uclés*, [59]: "Qui hominem occiderit, et desent se fuerent.- Totus homo qui hominem de Ucles occiderit, parent, o filio, o mulier, et desinde se foret, illos qui remanserint in lla casa qui in uno sederint, pectenct illos".

319 *Fuero de Soria*, [505]: "(…) Otrosi por toda malfecha que fiziere el marido que ssea de calonna en que el sennor aya parte si non ouieren de que pagar las calonnas, pierdan quanto ouieren, el et su mugier. Esto mismo sea por la mal fecha que fiziere la mugier. Et en otra manera, la pena et la mal fecha e el mal sufralo e desçenda en aquel que fizo la mal fecha".

320 *Fuero Juzgo,* [6, 1, 8]: "Que aquel solo debe aver la pena que fiziere la culpa. Todos los pecados deven seguir á aquelos que los facen. Assi que el padre non sea penado por el fiio, ni el fiio por el padre, ni la muier por el marido, ni el marido por la muier, ni el ermano por el ermano, ni vizino por el vizino, ni el pariente por el pariente non sea penado; mas aquel solo sea penado que fizier el pecado, y el pecado muera con él; e sus fiios, ni sus erederos non sean tenudos por ende".

321 *Fuero Real*, [4, 5, 9]; "Todo el mal deue seguir al qui lo faze así que el padre non sea penado por el fiio nin el fiio por el padre nin la mugier por el marido nin el marido por la mugier nin el hermano por el hermano nin el suegro por el yerno nin el yerno por el

le ofrecen garantías frente a las transgresiones punibles de su consorte, y no a la inversa[322], aunque, también, es cierto que en ninguno de estos dos cuerpos legales se atiende a sus inevitables resonancias económicas, excepción hecha de la conservación de la dote en manos de la mujer casada con un hombre que ha sido condenado por un crimen de traición, que disponen las Partidas[323].

Un silencio que, paradójicamente, ayuda a esclarecer la finalidad de la ley 77 de Toro, pues hay que ponerla en conexión con un propósito de colmar esta laguna, consolidando así la ampliación al terreno material del mencionado principio de intransferibilidad, que ya estaba legalmente afianzado en la esfera personal. De ahí que las propiedades privativas del cónyuge y su mitad de los gananciales fuesen declaradas intangibles frente al castigo de cualquier delito cometido por su marido o su mujer, aunque éste fuese el de herejía. Si bien, conviene subrayar que, junto a esta faceta penal, el precepto presentará una vertiente patrimonial, que perseguirá evitar que una simple desviación delictiva pudiese poner fin automáticamente a la sociedad de gananciales. Y para lograrlo se disponía que, en tanto que no hubiera recaído sentencia, se mantuviese la consideración como adquisiciones de todos los bienes que fueran multiplicados durante el matrimonio, incluso en el caso de que el hecho transgresor fuese de tal gravedad que llevase aparejada la pena *ipso iure*[324]. Pues, en efecto, como más tarde señalará Álvarez Posadilla, la existencia de crímenes de este

suegro nin el pariente por el pariente, mas cada uno sufra la pena por lo que fiziere segund fuero manda, e el mal se cumpla en aquel que lo fiziere".

322 *Partidas*, [VII, XXXI, IX]: "Como non deuen dar pena al fijo por el yerro que el padre fiziesse a una persona por otra.- Por yerro que el padre fiziere non deuen recebir pena, nin escarmiento los fijos, nin los otros parientes nin la muger por el marido (...)". Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 137 y 270, insiste en subrayar la permeabilidad detectable en este punto al dictado canónico de asignación intransferible al pecador de los efectos del pecado (Decretales de Gregorio IX, [3, 11, 2]). Se apoya en Alonso Díaz de Montalvo, *El Fuero Real*, glosa a FR, [4, 5, 9], p. 393, y Gregorio López, glosa (d), «Tan solamente», a Partidas, [VII, XXXI, IX].

323 *Partidas*, [VII, II, II]: "Qvalquier ome que fiziere alguna cosa de las maneras de traycion, que diximos en la ley ante desta, o diere ayuda, o consejo que la fagan, deue morir por ello e todos sus bienes deuen ser de la Camara del Rey, sacando la dote de su muger, e los debdos que ouiesse a dar (...)".

324 *Leyes de Toro*, [77]: "Por el delicto que el marido, ó la muger cometiere aunque sea de heregia, ó de otra qualquier qualidad, no pierda el uno por el delicto del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio: mandamos que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delicto los bienes de qualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el

clase –como lo era el de herejía–, que comportaban la adopción inmediata de medidas de confiscación, planteaba dudas acerca de la situación en la que quedaban los lucros y beneficios producidos después de perpetrado el acto condenable, aclarándose ahora que continuarían siendo conceptuados como gananciales hasta que se dictase el oportuno fallo judicial, y sobreentendiéndose, además, que la mitad que le correspondiese al consorte que no estuviera implicado en su comisión debería serle restituida por el fisco[325]. La única excepción invocada por la doctrina respecto a la aplicación de esta regla será la de que no amparase a la mujer que hubiese actuado como cómplice del hereje o se casara con él sabedora de que lo era[326]. Mientras que, por su parte, Llamas y Molina, al margen de estimar la resolución contenida en esta ley innecesaria, por insistir en una dirección por entonces ya sobradamente conocida, defenderá que el ámbito de la norma no cabía circunscribirlo a los casados, sino que era válida también para todos los demás que viviesen en comunidad de bienes con otros, de tal modo que los pertenecientes al inocente no se confundieran con los del culpado, interpretándola asimismo extensible a toda causa criminal, sobre cualquier delito, y fuese quien fuese el delincuente[327].

Otra cosa bien distinta era que la mujer debiese responder de las consecuencias de sus propias violaciones del ordenamiento jurídico, ante las cuales la ley 78 señalaba, sin mayores precisiones, que podría verse despojada de la totalidad o de parte de sus bienes dotales, gananciales o de cualquier otra clase, es decir, de los suyos exclusivos y de los parafernales. Advertencia con la que se estaba buscando asegurar la cobertura de las eventuales sanciones pecuniarias y reparaciones por daños y perjuicios a las que su conducta delictiva pudiese dar lugar[328]. Pero tras la aparente sobriedad de su literalidad, esta disposición escondía una radical enmienda del principio vigente en el derecho romano que, en utilidad de la mujer y en amparo del derecho usufructuario del marido, adjudicaba a éste la propiedad de la dote de la mujer que había sido condenada a una pena pri-

delicto sea de tal qualidad que imponga la pena *ipso iure*". *Nueva Recopilación*, [5, 9, 10]. *Novísima Recopilación*, [10, 4, 10].

325 J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 77, pp. 403-404.

326 F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l. 75, fol. 323r, núm. 29. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 77, p. 510-511, núm 16.

327 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 77, p. 517, núms. 41 y 43.

328 *Leyes de Toro*, [78]: "La muger durante el matrimonio por el delicto puede perder en parte, ó en todos sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier qualidad que sean". *Nueva Recopilación*, [5, 9, 11]. *Novísima Recopilación*, [10, 4, 11].

vativa de la vida, la libertad o la ciudadanía, excepto cuando fuese rea de alguno de los cinco crímenes: lesa majestad, violencia pública, parricidio, veneno y homicidio, que a causa de su particular gravedad, comportaban indefectiblemente su aprehensión por el fisco[329]. Una relación que más tarde Justiniano (Novela 134) reduciría, en aras de la moderación de los castigos y en beneficio del marido, exclusivamente al crimen de lesa majestad[330]. Luego, en virtud de este precepto toresano el marido perdía el privilegio de lucrar la dote no solamente en los cinco supuestos enumerados, sino en todos los demás delitos comunes, con independencia de que llevasen o no adherida la pena de confiscación, no pudiendo ni siquiera retener la parte sobrante después de ser pagadas las penas pecuniarias, pues su dominio debería permanecer en manos de la mujer[331]. Según autores como Antonio Gómez y Matienzo, cabría, sin embargo, paliar los efectos de la fiscalización de la dote, introduciendo, al constituirla, la estipulación de que fuese adquirida por el marido a la disolución del lazo matrimonial, momento en el que, aunque hubiese sido agregada al erario público, habría de serle restituida[332]. E igual precaución valdría tomar, a juicio de Llamas y Molina, en el caso de que la dote le perteneciese al padre o a un extraño, y éste quisiera asegurar mediante el recurso a este expediente la certeza de su recuperación[333].

El principio de intransmisibilidad al otro cónyuge de las deudas resultantes de la comisión de un delito, aparecía también consagrado en el proyecto de Código civil de 1836[334]. Pero ello tampoco les libraba de la pérdida, en beneficio del otro, de su mitad de los gananciales como con-

329 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 78, fol. 375, núms. 1 y 2. J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 78, p. 404.

330 Respecto a esta Novela, recibimos la noticia a través de S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 78, p. 519, núm. 3, de que Antonio Matheo, *De criminalibus*, tit. 2, lib. 48, cap. 3, núm. 22, había interpretado que en los otros cuatro casos el marido debía lucrar la dote con preferencia al fisco, a lo que se opone (núms. 4 a 6), aduciendo que a quienes se está dando prioridad en la Novela es a los descendientes y ascendientes hasta el tercer grado, no existiendo, por tanto, razón alguna para que el marido excluya ni a éstos ni al erario público.

331 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 78, pp. 520-521, núm. 11.

332 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 77, fol. 375, núm. 3; J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 9, 11], fol. 273v, núm. 1.

333 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 78, p. 522, núm. 18. Ya antes había apuntado la misma idea J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 78, p. 405.

334 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1501]: "Cada uno los consortes será responsable de las deudas que hubiere contraído por su utilidad particular o a consecuencia de algún delito".

secuencia de haber atentado contra su vida, de haberle imputado falsamente un crimen merecedor de pena corporal o infamatoria, o de haber incurrido en adulterio, que cuando fuese protagonizado por el marido y desembocase en la separación entre los cónyuges, supondría la entrega a la mujer engañada de las dos terceras partes de los gananciales existentes en el momento de causar ejecutoria la sentencia[335], si bien esta ruptura no implicaba la disolución de la sociedad conyugal, que tendría continuidad bajo la administración del inocente[336]. La proporción de los gananciales arrebatada al culpable se reduciría, sin embargo, a una cuarta parte cuando la separación viniese provocada por otro delito de menor entidad[337]. Por último, se disponía que los efectos negativos adheridos al fallo condenatorio que llevase aparejada la muerte civil sólo repercutirían sobre los bienes propios y la parte de los gananciales del inculpado, y en ningún caso sobre los del otro consorte[338].

Seguramente por ser considerado ya innecesario, este será, sin embargo, el último de los textos que jalonan el proceso codificador en el campo del derecho civil que enuncia el principio de intransmisibilidad de las deudas derivadas de la actuación delictiva de uno de los miembros de la pareja casada, del que tampoco hallamos huella en los diversos proyectos de código penal del siglo, tanto fallidos como promulgados. E

335 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1505]: "La mujer pierde el derecho a los bienes gananciales y adquiere su parte el marido cuando por sentencia judicial se la declara culpable de los delitos siguientes: 1.º Haber cometido adulterio. 2.º De haber atentado contra la vida de su marido. 3.º De haberle imputado falsamente un delito merecedor de pena corporal o infamatoria"; [1506]: "Lo mismo se observará repecto del marido cuando fuere declarado culpable por sentencia judicial de los delitos comprendidos en los números 2º y 3º del artículo anterior"; [1507]: "Si fuese decretada la separación de los consortes por adulterio del marido, adquirirá la mujer las dos terceras partes de gananciales que resulten existentes hasta el día en que cause ejecutoria la sentencia".

336 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1504]: "Por la mera separación de los consortes no se disuelve la sociedad conyugal; pero sí aquélla se verificase por delito de uno de ellos, recaerá en el inocente la administración de los bienes sociales".

337 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1508] "Decretada la separación de los consortes por cualquier otro delito de menor gravedad a la de los tres expresados en el artículo 1505, el consorte culpable perderá una cuarta parte de los gananciales; y si ambos lo fueren igualmente, se repartirán entre ellos por mitad las ganancias, si no hubiese estipulación en contrario".

338 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1509]: "Condenado en juicio uno de los consortes por delito que lleve consigo la pena de muerte civil, sólo su parte de gananciales y sus bienes propios están sujetos a las resultas del juicio, y de ningún modo los bienes del otro consorte".

igualmente, en adelante desaparece de sus articulados la regulación de las repercusiones que estas situaciones tienen sobre la organización del caudal patrimonial y el reparto de las cargas y obligaciones en el seno de la sociedad conyugal.

5. Bienes sujetos a reserva en la liquidación de la comunidad de gananciales

En las páginas anteriores se ha subrayado varias veces que la verdadera esencia del régimen de gananciales reside en la forma de proceder a su liquidación a la disolución del vínculo matrimonial. Situación que determina la descomposición de la masa patrimonial que ha proporcionado soporte material a la célula conyugal en los tres grandes grupos de bienes que la integran, viéndose cada uno de ellos sujeto a un destino diferente. Naturalmente, los bienes privativos permanecerán en poder de sus respectivos propietarios o de los herederos del premoriente, si el motivo de la quiebra hubiese sido su fallecimiento. De las asignaciones nupciales, aunque cabría desarrollar en mayor profundidad algunas peculiaridades normativas, nos hemos ocupado también de sus aspectos fundamentales. Por último, sabemos asimismo que la suerte reservada a los gananciales es la de ser repartidos por mitad entre ambos consortes, o entre el supérstite y los herederos del difunto. División que, sin perjuicio de su posible, y relativamente habitual, aplazamiento por el acuerdo alcanzado entre el cónyuge viudo y los descendientes habidos con el finado de dar continuidad temporal a la previa comunidad patrimonial constituida junto a éste[339], el superviviente tendrá que afrontar en el momento en el que alguno o el conjunto de los coherederos reclame el inicio del complicado procedimiento de la partición hereditaria. No obstante, su propia extraordinaria complejidad y diversidad desaconsejan que nos paremos aquí en un estudio detallado de la pluralidad de regulaciones merecidas en los siglos anteriores por esta importantísima institución[340], ya que, además, dada su índole, primordialmente sucesoria, se apartan

339 Me ocupé de este tipo de comunidades patrimoniales familiares entre el cónyuge viudo y sus descendientes en M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio*, pp. 342-348.

340 Véase, J. Martínez Gijón, *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho español*, en *AHDE,* 27-28 (1957-1958), 221-303. También en M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco*, *matrimonio*, pp. 349-370.

del objeto central de este estudio, por lo que me limitaré a analizar las dos únicas leyes de Toro que se detienen en las cuestiones claramente encuadradas dentro del apartado en el que nos encontramos.

a. Bienes exentos de reserva según la ley 14 de Toro

Como antes hemos advertido, la legislación de Toro se muestra muy parca en alusiones a la vigencia del régimen económico de gananciales. Pero su presencia se percibe con inequívoca nitidez en la ley 14, donde se faculta al marido y la mujer para que, una vez extinguido el nexo marital, dispongan libremente tanto de sus respectivos bienes propios como de los multiplicados durante su primer, segundo o posteriores matrimonios, pasando éstos últimos a caer directamente bajo su absoluto dominio, sin necesidad de transmitir su propiedad ni su usufructo a los hijos nacidos de esos enlaces previos[341]. El problema subyacente tras esta norma estribaba en la confusión que generaba el ensamblaje entre la doctrina sobre las reservas elaborada por los autores del *ius commune* y la realidad ineludible de una implantación general del sistema de gananciales, optando la ley por descargar estos bienes adquiridos de su puesta a resguardo en favor de los descendientes, que ante la eventual circunstancia de un nuevo casamiento dictaba el derecho romano[342]. No obstante, en opinión de

341 *Leyes de Toro*, [14]: "Mandamos que el marido y la muger suelto el matrimonio aunque casen la segunda o tercera vez, ó mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque aya avido hijos de los tales matrimonios ó de alguno dellos, durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad, ni usufructo de los tales bienes". *Nueva Recopilación*, [5, 9, 6]. *Novísima Recopilación*, [10, 4, 6].

342 Nada de esto se contemplaba en el Fuero Juzgo, que simplemente disponía que desde el momento en que volvía a casarse la mujer perdía la propiedad y el usufructo de lo bienes de su difunto marido. *Fuero Juzgo,* [4, 2, 15]: "La madre, si se non casare despues de la muerte del marido, deve partir egualmientre en todos los fructos de la buena de sus marido con sus fiios mientre visquiere; mas ni lo puede vender ni dar á ninguno de sus fiios (…) E si la madre se casar despues de la muerte del marido, desdaquel dia adelantre deuen aver sus fiios la parte que ella devía aver de la buena del marido se se non casare". A su vez, el *Fuero Real*, sólo habla de reserva en relación con la arras, [3, 2, 1]: "(…) E si la mugier ouiere fiios de dos maridos o de más, cada uno de los fiios hereden las arras que dio su padre, de guisa que los fiios de un padre non partan en las arras que dio el padre de los otros (…)". Al igual que *Partidas*, [V, XIII, XXVI]: "Marido de alguna muger finando, si casasse ella despues con otro, las arras e las donaciones, que el marido finado le ouiesse

diversos juristas, encabezados por Palacios Rubios –quien afirmará haber intervenido decisivamente en su resolución–, el precepto toresano no suponía enmienda alguna al derecho común, debido a que en éste los bienes sujetos a reserva eran los ganados a título lucrativo por la madre viuda que retornaba a la condición de casada, mientras que los que ahora se regulaban eran los conseguidos constante matrimonio con carácter oneroso[343]. Lo cual, no es del todo cierto, matizará Llamas y Molina, ya que el presupuesto del que parte la ley 14, esto es, que la mitad de los gananciales corresponden a la mujer, entraría en radical contradicción con el ya mencionado principio imperante en el derecho común, según el cual todas las cosas que componían el caudal conyugal se presumía que eran del marido hasta que la mujer probase lo contrario[344].

Puestos a tratar de desvelar la intención perseguida por el legislador al eximir de reserva los gananciales, tampoco reinará entre los comentaristas la concordia. Así, Palacios Rubios se mostrará partidario de atribuir su decisión al hecho de que estos bienes serían *legis delato,* y en tanto deferidos por ministerio de la ley, no limitados en su disponibilidad[345]. Opinión que suscribirá Antonio Gómez, quien añade que el tránsito a unas segundas nupcias no significa que la mujer renuncie a la porción de los gananciales que por prescripción legal le pertenece de pleno derecho[346]. De su postura disentirá, sin embargo, Velázquez de Avendaño, para quien la clave estribaría en que los bienes adquiridos no tienen origen en una mera creación legislativa gratuita, sino que son fruto de la industria y el trabajo de los consortes[347]. Y de las dos líneas se aparta Llamas y Molina, criticándolas por carecer, a su juicio, de suficiente fundamento, para acabar arguyendo, que siendo irrelevante que presenten, o no, la cualidad de bienes *lege delatos*, lo realmente importante es que han sido obtenidos a

dado en saluo fincan a sus fijos del primer marido, e deuen las cobrar, e auer despues dela muerte de su madre (…)".

343 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 14, fols. 38v-39r, núm. 5; D. de Covarrubias, *Opera omnia*, parte II, cap. 3, párrafo 9, núm. 9; Tello Fernández, *Prima pars*, l. 14, fols. 117r-v, núm. 1.

344 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, pp. 278-279, núms. 4 a 7.

345 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 14, fols. 38v-39r, núm. 5; S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 14, p. 280, núm. 11, dice encontrar en la tercera glosa de Gregorio López a Partidas [V, XIII, XXVI], una opinión semejante, aunque en realidad dicha glosa, que sí se ocupa de las segundas nupcias, no aborda esta cuestión.

346 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 14, fols.79-80, núm. 3.

347 L. Velázquez de Avendaño, *Legum taurinarum*, l. 14, glosa II, fols. 36r-36v, núm. 4.

título oneroso, y no por un conducto gratuito[348]. Interesa, finalmente, señalar que, a juicio de Álvarez Posadilla, la viuda debería verse desprovista de su capacidad de actuar sobre los bienes gananciales, en beneficio de sus hijos, cuando viviese lujuriosamente[349]. Solución que le plantea más dudas a J. F. Pacheco, que las basa en que, aunque posterior, esta ley de Toro no era derogatoria de la pragmática de Enrique IV de 1387, que revocaba el beneficio de los gananciales a la viuda que no observase una adecuada conducta[350].

b. Medidas preventivas frente al matrimonio de la viuda

La ley precedente nos pone indirectamente sobre la pista de una eventualidad, la de que la viuda contrajese nuevas nupcias, que a lo largo de los siglos había sido considerada digna de un especial tratamiento normativo. Y ello debido a que desde antiguo esta posibilidad se había contemplado con patente hostilidad, por ser susceptible de facilitar la desviación a manos ajenas de una valiosa parcela del acervo patrimonial familiar, fruto del alumbramiento de sucesivas descendencias. Oposición que se tradujo, a partir de la ley Julia y Pappia Popea de Augusto, en la introducción, junto a la obligación de observar una irreprochable conducta, de una precaución de extraordinaria longevidad posterior, consistente en la imposición, bajo la amenaza de la pérdida de todas las propiedades recibidas del marido, de un plazo anual de respeto a la memoria del difunto, que en realidad iba destinado a evitar que la *conmixtio sanguinis* impidiese dilucidar la paternidad del hijo nacido en los meses inmediatamente siguientes al nuevo casamiento. Tales medidas, entre las que se incluirá la privación de la tutela de los hijos, conocerán después un paulatino agravamiento en los desenvolvimientos legislativos bajoimperial y visigodo, jugando en esta tendencia un papel muy destacado el enérgico posicionamiento de la Iglesia en pro de la permanencia en la situación de viudez, basado en el elogio de su superior grado de virtud y de honorabilidad frente a los serios

348 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, pp. 280-281, núms. 12 a 17. En los núms. 18 y 19 da noticia de cómo esta ley 14 no rigió en Córdoba hasta que Carlos IV abolió, en 1801, la antigua práctica de mantener a la mujer casada al margen de los gananciales, y asimismo señala que seguía sin aplicarse en Alburquerque, por seguir en vigor el Fuero de Baylío.

349 J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, pp. 121-122.

350 J: F: Pacheco, *Comentario,* l. 14-15, pp. 236-237, núms. 60-62.

inconvenientes creados, amén de la escasa complacencia social que despertaba, por la odiosa alternativa de la binupcialidad de la mujer[351].

Esta actitud de rechazo parece, sin embargo, remitir durante la etapa altomedieval, debido, tal vez, a la documentada proliferación de comunidades patrimoniales integradas por el cónyuge supérstite y su prole, lo que habría mitigado el riesgo de la merma y dispersión del sustrato material común implícito en el nuevo casamiento de la viuda. Aunque también es cierto que en muchos fueros locales se le ordena realizar la partición de las ganancias con los hijos antes de permitírsele anudarse otra vez en un matrimonio[352]. Por otra parte, en diversos lugares retor-

351 Una visión general sobre la valoración social de la binupcialidad en estos períodos en M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco*, *matrimonio*, pp. 304-317.

352 Por ejemplo, esta situación es ya regulada con gran minuciosidad en un ordenamiento relativamente temprano como el *Fuero de San Sebastián,* c. 1180, [3, 6, 1]: "Si quis moritur et non fecerit testamentum ad obitum mortis, et remansserint filii parvi, et mater ducit alium maritum, parentes filiorum possunt partire et cognoscere partem filiorum patris, et dare firmas et accipere"; [3, 6, 2]: "Et si mater volueri tenere filios suos con honore et habere, debet dare mater bonas fidancas parentibus filiorum quod quando filii pervenerint ad perfectam etatem, reddat illis (…)"; [3, 9, 1]: "Si maritus illi moritur et habet inde filios, et postea vult ducere alium maritum, mulier illa debet partire totum quantum examplavit cum suo marito primo, cum filiis, avere et honore, per medietatem"; [3, 9, 2]: "Et si mulier habet hereditatem aliam, aut de patrimonio aut aliquo modo antequam duxisset maritum, non dabit inde porcionem filiis"; [3, 9, 4]: "Et si filii sunt parve etatis aut magne et nolunt partire, mater non potest illos inde destringere, et si filii volunt partire, bene possunt distringere matrem, cum iusticia regis"; [3, 9, 5]: "Et si filii sunt parvii, et pater eorum ad habitum suum fecerit caveçaleros illi cabeçaleri possunt partire, et dare firmas si volunt, et eciam vendere et impinorare hereditatem ad opus filiorum (…)". También se determina esta división en *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 16]: "De uiduo que ante particionem uxorem ducere uoluerit, uel et conuerso.- Uiduus qui filios habuerit, et uxorem ducere uoluerit, prius det filiis suis porcionem quam de iure sue matris eos contigerit postea ducat. Similiter si de secunda filios genuerit, et ea mortua uelit terciam ducere, prius diuidat cum filiis secunde, dando eis quidquid eos contigerit de iurisdicione sue matris, postea ducat, et sic de ceteris quas duxerit. Hoc idem faciat uidua que nubere uoluerit". Preceptos de análogo contenido, aunque distinta redacción en *Fuero de Zorita de los Canes*, [200]. *Fuero latino de Teruel*, [325]. *Fuero romance de Teruel*, [433]. *Fuero de Iznatoraf*, [193]. *Fuero de Béjar*, [248], [249]. *Fuero de Plasencia*, [471]. *Fuero de Alcaraz*, [III, 90]. *Fuero de Alarcón*, [184]. *Fuero de Baeza*, [197]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [187]. *Fuero de Huete*, [158]. Una regulación diferente en *Fuero de Soria*, [339]: "Si alguno que ouiere fijos de una mugier et muriere et se casare con otra, ante que case de a sus fijos la partiçion que deuen auer del derecho desu madre, et depues case. Otrossi si ouiere fijos en la segunda et muerta a segunda quisiere casar con otra, primero de alos fijos de la segunda quanto derecho les alcançare de su madre. Et muerta la terçera asi alos fijos que en ella ouiere. Et dent adelant a quantos fijos ouiere de sendas mugieres, en essa misma guisa (…)". En

nar a la condición de casada antes de dejar expirar el intervalo de luto anual fijado para ella continúa suponiéndole a la viuda tener que enfrentarse a la imposición de una indemnización pecuniaria, normalmente no demasiado elevada, cuya dudosa naturaleza se adivina basculante entre los terrenos penal y fiscal, si bien tampoco es inusual que aparezca perfilada como una exacción asociada a una dependencia señorial[353], o que su

la Extremadura leonesa: *Fuero de Coria*, [76]: "Qui fuer casado y fezier fijos con otra.- Todo ome que morier, o mugier, e fijos o fijas ovier, e despues el marido tomar mugier, o la mugier tomar marido, e non ovier partido con sus hijos, e despues otros fijos e fijas fezieren e despues el marido o la mugier morier, los hijos primeros partan la herencia e el mueble que a ellos pertenesce, e despues partan con los otros hijos (...)". Similar en *Fuero de Usagre*, [84]: "Omne que murier o mulier et filios aut filias ouieren (...)", y *Fuero de Cáceres*, [83]: "Qui obierit (...)". Y en las redacciones del derecho territorial castellano, en *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 3, 9]: "Cónmo deuen partir los fijos, que no son de un padre e de una madre, los bienes de sus padres.- Sy un omne e una muger son casados en uno e an fijos o fijas en uno, e muere el uno dellos e el uno casa una vez o más e ha fijos e fijas, e viene a tiempo que los fijos o las fijas del primer marido o de la primera muger demanda partiçion al pariente bivo, e dize el pariente bivo que non ha por qué ge la dar, que mas ha de treynta annos que es muerto el padre o la madre por que demanda partiçion, por ningun tienpo que aya pasado non se puede defender (...) Et, sy esto non pudiere provar el pariente bivo, deven levar los fijos la meytad del mueble que fallaren e de quanta heredat an ganado ante o depués que murió su padre o su madre de aquéllos que demandan partición, e non deven dar nada en las debdas que ellos fizieron después que murió su padre de aquéllos que demandan partiçion (...)"; y muy gráficamente, a través de una fazaña, en [5, 3, 3]: "Ésta es fazanna de Don Donato Guyllén de Burgos. Casó con su fija de don Caberte del Porcent e fizo un fijo Johán Donatre, e murió ella e él casó con donna Milla, fija de de Johán Matheo; et dende a grant tienpo demandó el fijo partiçion al padre, e dixo el padre que dado le avíe partiçion, e dixo el fijo que non, e non lo pudo provar quel avíe dado partición; e murióse don Donato Guyllem e demando partición Johán, demandó a donna Millia, e óvole a dar partiçion del mueble e la meytad de la heredat, e fincó donna Millia en la quarta parte del mueble e de la heredat que avíe ganado con su marido". Ambos preceptos aparecen también en el *Libro de los Fueros de Castilla*, [143] y [292]. Sobre esta cuestión, J. Martínez Gijón, *La comunidad hereditaria*, pp. 273-276.

353 Participan de esta circunstancia: *Fuero apócrifo de Melgar de Fernamental*, 950-IX-8 (G. Martínez Díez, *Fueros locales*, núm. 50, pp. 218-219), [5]: "Et si la vibda se casare antes del año peche dos mrs. en huesas al señor". *Fuero de Pozuelo de Campos*, 1139-1149 (E. González Díez, *El régimen foral*, núm. 10, pp. 102-105), [21]: "Si aliqua mulier vidua qui maritum acceperit et alco habuerit, det V solidos in osas a palacio. Et vidua qui pauper fuerit et maritum acceperit, det unam reiam a palatio". *Fuero de Lomas*, 1166 (J. Rodríguez, *Palencia*, núm. 21, pp. 248-249), [3]: "Et de vidua si maritum acceperit roget de quinque solidos in ioso". *Fuero de Mayorga de Campos*, 1181? (E. González Díez, *El régimen foral*, núm. 13, pp. 112-117), [50]: "Si la muger bibda casare antes del anno de un maravedí al castiello". *Fuero de Pozuelos del Rey*, 1197-III-11 (J. Rodríguez, *Palencia*, núm. 29, pp. 266-267), [9]: "Mulier vidua si nupserit virum, det

cuantía venga supeditada al rango social del consorte elegido o al suyo propio[354]. Pero hay otros ordenamientos que se muestran más rigurosos en la penalización de la vulneración de ese *tempus lugendi*, como es el caso del Fuero de Salamanca, donde, exhibiendo un probable influjo de las soluciones visigodas, además del consabido pago en metálico, su precipitado abandono del estado vidual tiene como precio la pérdida de las mandas testamentarias que hubiera podido recibir del fallecido[355]. Una medida que en Zamora solamente entra en juego en el caso de que la viuda carezca de la solvencia suficiente para encarar la fuerte sanción monetaria prevista por su apresuramiento en celebrar nuevas nupcias, y que le cuesta la entrega de la mitad de su caudal a favor de los herederos del premuerto, siempre que no exista descendencia legítima[356]. En contraste, en Coria, Usagre y Cáceres será la multa la que resulte reducida a la mitad cuando el matrimonio anticipado al vencimiento del plazo anual tuviese lugar «cum mandato de los alcaldes», lo que E. Gacto ha

unum solidum seniori". *Fuero de Villavicencio*, 1221-III-1 (E. González Díez, *El régimen foral*, núm. 18, pp. 129-133), [34]: "E la viuda que casar ante de anno, de I mr. al castello". *Fuero de Agüero*, 1224-IV-30 (J. Rodríguez, *Palencia*, núm. 36, pp. 275-278). [5]: "La bibda qui casar, que dé V solidos en osas". *Fuero de Villaudela*, 1243 (J. Rodríguez, *Palencia*, núm. 37, pp. 278-280), [7]: "Y si muger biuda casare ante de año, de quatro maravedis a el Abbad por huesas (...)".

354 Así, en el *Fuero de San Román de Hornija*, 1222-XII (J. Gónzalez, «Aportación de fueros leoneses», en *AHDE*, 14 (1942-1943), 561-572, núm. 8, pp. 569-571) [7]: "(...) et si mulier vidua cum milite nupserit det X solidos ad sepedictum monasterium et si de pedonem fuerit det V solidos (...)", la cantidad requerida a la viuda que se casa con un «milite» dobla a la reclamada "si de pedonem fuerit". En el *Fuero de Pozuelo de Campos*, [21], citado en la nota anterior, se demanda el pago de "V solidos en osas a palacio>", salvo cuando la viuda fuese pobre, bastando entonces que entregue una reja. El *Fuero extenso de Sepúlveda*, [59a]: "Otrosi, toda muger bibda de labrador que ante que cumpla anno casare, peche medio moravedí o un carnero, al iuez, quel vala el medio moravedí", solamente exige a la viuda del labrador el pago de medio maravedí y un carnero.

355 *Fuero de Salamanca*, [213]: "De uilda que casa ante de ano: la uilda que ante dano tomar marido, peche II morauedis, e metan los en lauor del muro; e pierda la manda que le fezier su marido". Estas medidas se antojan un trasunto de la vieja regla visigoda, aquí generalizada, de retirarle los bienes recibidos *mortis causa* cuando no mantuviese la honestidad y el decoro debidos, o se implicase en una unión considerada inconveniente.

356 *Fuero de Zamora,* [34]: "Que la viuda non case fasta un anno.- Viuda non tome marido nin se case nin se pleitee nin se espose hata que non cumpla so año, mas faga por so marido el meyor bien que pudier. E se se esposar o se pleitear o marido tomar peche C moravedís. E se non hobier ónde peche elos C moravedís, peche la meatad de cuanto hobiere a los parientes máis propincuos que hobier el muerto, fuera ende los fiyos".

sugerido ligado a la verificación por estas autoridades de que la novia no acudía encinta a dicho acto[357].

La aplicación de criterios punitivos de raigambre goda es aún más visible en la legislación regia plasmada en el Fuero Real, donde, salvo que actuase por mandato del rey, a la bínuba no sólo le es arrebatada la mitad de su haber, como ya se establecía en el Fuero Juzgo[358], sino que deberá entregar la otra restante a los hijos o nietos del finado o, en su defecto, a sus parientes más próximos[359]. Un empeoramiento progresivo de su situación que culmina, en definitiva, con las Partidas, donde, dejando traslucir ya la influencia de las negativas concepciones canónicas acerca de la reiteración en un matrimonio que se predica monogámico, indisoluble e irrepetible, a la privación de las arras, la donación esponsalicia y la herencia del premuerto su une la declaración de infamia de la viuda que no respetase el período legal de duelo, excepción hecha, al

357 Ahora bien, si efectivamente se comprobase su embarazo, la severidad de la pena aumenta hasta su desheredación. *Fuero de Coria,* [75]: "Mugier que antes de anno tomar marido, peche IIII maravedis a los alcaldes de la hermandad. E si con mandado de los alcaldes casare, peche dos maravedis. E si mugier prennada reçibier marido, sea desheredada e tomen la mitad del aver, tanbien mueble como raiz, los parientes del muerto, e la otra meatad tomen poral castillo. El que la reçibiere por mugier, si muerta fuer la criatura, peche la calonna e salga por enemigo de los parientes del muerto". Igual solución en *Fuero de Usagre,* [83]: "Mulier que ante de anno tomar marido (...)", y *Fuero de Cáceres*, [82]: "Mulier que casar ante de anno (...)". Según E. Gacto, *La condición jurídica*, pp. 27-28, este agravamiento subraya la conexión que el mismo apunta con la legislación visigoda, ya que, en realidad, lo que se estaría haciendo sería añadir a la privación inicial de la mitad de su haber la otra mitad como consecuencia de la concurrencia de este agravante, lo que, a la postre, determinaría la completa desheredación de la bínuba.

358 *Fuero Juzgo,* [III, II, I]: "Si la mugier despues de muerte de su marido se casa con otro ante que cumpla el anno, ó fiziere adulterio, la meetad de todas sus cosas reciban los fiios della é del primero marido. E si non ha fiios, los parientes mas propinquos del marido muerto ayan la meytad (...)".

359 Es preciso advertir que la distribución de su patrimonio en dos mitades, una de las cuales pasa al fisco, no aparece reflejada en la edición del Fuero Real, basada en el manuscrito. Esc. Z.III.16, que aquí venimos manejando: *Fuero Real*, [3, 1, 13]: "Ninguna mugier bibda non case del día que muriere so marido fata I anno complido; e si ante casare sin mandado de rey, pierda la meetat (at) de todo quanto ouiere e áyanlo los fiios o nietos que ouiere del marido muerto; e si los non ouiere, áyanlo los parientes más propinquos del pariente muerto". Pero es bastante más claro en la redacción incluida en *Los Códigos españoles concordadados y anotados*, I, 349-42: "Como la muger viuda no pueda casar antes del año: Ninguna muger viuda non case del día que muriere su marido, fasta un año cumplido; è si ante casare sin mandado del Rey, pierda la meytad de quanto hobiere; è lo que quedáre hayanlo sus fijos, ò nietos del marido que fuere muerto; e si los no hobiere, hayanlo los parientes del marido muerto mas propinquos".

igual que en el Fuero Real, de que hubiese concurrido la circunstancia de que hubiese mediado «otorgamiento del rey»[360]. Pero lo más grave es que adicionalmente queda inhabilitada para ser instituida heredera por extraños o por parientes alejados más allá del cuarto grado[361]. No se puede ignorar, sin embargo, que esta evolución normativa camina a paso cambiado respecto a una realidad demográfica y sociológica de signo inverso, que viene acentuada por la despoblación subsiguiente a la peste negra, y aparece reflejada en las recurrentes peticiones de anulación de la prohibición canalizadas por las Cortes castellanas, hasta lograr su definitiva derogación a principios del siglo XV[362]. Razón, por la cual, resul-

360 *Partidas*, [IV, XII, III]: "Como la muger puede casar sin pena o non luego que fuere muerto su marido.- Librada, e quita es la muger del ligamiento del matrimonio, despues dela muerte desu marido, segund dize sant Pablo. E porende non touo por bien santa eglesia, quele fuese puesta pena, si casare quando quisiere, despues que el marido fuere muerto. Solamente que case commo deue: non lo faziendo contra defendimiento de santa eglesia. Pero el fuero de los legos defendiole que non case fasta un año, e poneles pena a las que ante casan. E la pena es esta: que es despues de mala fama, e deue perder las arras, e la donacion que le fizo el marido finado, e las otras cosas que le ouiesse dexadas en su testamento, e deuen las auer los fijos que fincaren del, e si fijos non dexare, los parientes que ouieren de heredar lo suyo (...) Otro si, non deue auer esta pena, la muger que con otorgamiento del Rey, casare ante que se cumpla el año. (...)".

361 *Partidas*, [VI, III, V]: "Como la muger que casa ante que se cumpla el año que murio su marido non puede ser establescida por heredera.- Muger que cassase ante de vn año despues de muerte de su marido, no la puede ningun ome estraño establescer por heredera, nin otro que fuesse su pariente del quarto grado en adelante. E defienden las leyes a las mugeres que non casen ante deste tiempo por dos razones. La vna por que no dubden los omes si auiniere que encaesce ella en esse mismo año, de qual de los maridos, del muerto, o del biuo es el fijo, o la fija que nasciere della. La otra es porque el el marido segundo non aya mala sospecha contra ella, porque tan ayna quiso casar".

362 Disposición del año 1401 recogida en las *Ordenanzas Reales de Castilla*, [5, 1, 5]: "Estatuimos que las mugeres biudas puedan libremente casar dentro en el año que sus maridos murieren con quien quisieren, sin alguna pena e sin alguna infamia; no obstantes quales quier leyes de fueros o ordenamientos, e otras quales quier leyes en contrario sean fechas e ordenadas. Las quales nos anulamos e revocamos, e mandamos a los nuestros juezes e alcaldes de la nuestra casa e corte, chançilleria, e de todas las çibdades e villas e logares, de nuestros reinos e señoríos, que no atienten de proçeder nin proçedan por la dicha causa e razón contra las dichas biudas nin contra aquellos que con ellas se casaren. So pena de dos mill maravedis para la nuestra cámara; e los que que lo contrario fizieren sean emplazados que parezcan ante nos en la nuestra corte". *Nueva Recopilación,* [5, 1, 3]. *Novísima Recopilación*, [10, 2, 4]. Véase E. Gacto, *El marco jurídico*, p. 52 y nota 59. Acerca de la viudez y la binupcialidad es interesante el trabajo de M. I. Pérez de Tudela y Velasco, «La condición de la viuda en el medioevo castellano-leonés», en *Las mujeres en las ciudades medievales,* Madrid, Universidad Autónoma, 1984, 87-101.

ta explicable que las leyes de Toro guardasen un absoluto silencio sobre la cuestión.

Una inhibición que también mantendrán, respectos a sus efectos civiles, los distintos cuerpos codificados, aunque en ocasiones fijarán, pero sin expresión explícita de las consecuencias de su vulneración, un plazo mínimo de espera antes de contraer nuevas nupcias, que en el Proyecto de Código civil de 1821 es de cuatro meses[363], y en el de 1836, con alusión sólo a la viuda, de cinco meses[364]. Exención de castigo que rompe, sin embargo, en al ámbito criminal, el Código penal de 1848, que impone la pena de arresto mayor y multa a la viuda que se casara antes de cumplirse 301 días desde la muerte de su marido o antes del nacimiento del hijo, si hubiese quedado encinta del finado[365]. Una calificación de esta conducta como delictiva que, en idénticos términos, también encontrará acogida en el Código penal de 1870[366].

363 *Proyecto de Código civil de 1821*, [349]: "La ley permite el segundo y ulteriores matrimonios al cónyuge que sobrevive después de disuelto el primero por muerte, con tal de que hayan transcurrido desde ella cuatro meses cumplidos".

364 *Proyecto de Código civil de 1836*, [261]: "La mujer que sobreviviere a su marido no podrá pasar a segundas nupcias hasta después de cinco meses contados desde el día de la viudez (…)". En idéntico sentido en [149.13].

365 *Código penal de 1848*, [400]: "(1) La viuda que casare antes de los 301 días desde la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 20 a 200 duros. (2) En la misma pena incurrirá la mujer cuyo matrimonio se hubiere declarado nulo, si casare antes de su alumbramiento o de haberse cumplido 301 días despues de su separacion legal". En su comentario a este artículo, J. F. Pacheco, *El Código penal*, p. 1151, subrayará que frente a las antiguas prohibiciones, basadas en la veneración a la memoria del marido difunto, ya derogadas, la inclusión de este precepto busca proteger los derechos de la antigua y de la moderna prole. Sin embargo, entiende que no será de aplicación jamás, porque no hay interés privado que la provoque, ni es previsible que los representantes del interés público acudan nunca a solicitar su cumplimiento. Precisamente, algunas dudas planteadas por la aplicación del mismo intenta resolverlas H. M. Ruiz, «De las segundas nupcias», en *RGLJ*, 3 (1854), 107-118, quien se muestra personalmente partidario de esta punición de la binupcialidad temprana de la viuda.

366 *Código penal de 1870*, [490]: "(1) La viuda que se casare antes de los trescientos un días desde la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento, si hubiere quedado encinta, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 125 a 1250 pesetas. (2) En la misma pena incurrirá la mujer cuyo matrimonio se hubiere declarado nulo, si se casare antes de su alumbramiento ó de haberse cumplido trescientos un días despues de su separacion legal". En su comentario a este artículo, A. Groizard, *El Código penal de 1870*, V, pp. 588-590, expresa su disconformidad respecto a J. F. Pacheco acerca de que la motivación de esta prohibición en la antigua legislación residió en el respeto a la memoria del difunto, y no en evitar la confusión de la prole nacida de distintos matrimonios, que

c. Modificaciones en la disciplina legal de la reserva binupcial

Existe, además, otra notable institución, entroncada con esta misma temática, la denominada *reserva binupcial*, que ha sido específicamente estudiada en su devenir iushistórico por F. L. Pacheco[367], tomando, precisamente, como eje de su estudio las destacadas innovaciones introducidas en su régimen por la ley 15 de Toro.

Al margen de los antecedentes rastreables en algunas leyes de Constantino[368], su auténtica acta de nacimiento se remonta a la célebre constitución *Feminae* del año 382, que imponía a la viuda que se prestaba a contraer un nuevo matrimonio la obligación de conservar para la prole nacida del enlace anterior todos los bienes que ella hubiese recibido del progenitor de la misma, ya fuese en concepto de asignación nupcial o en forma de donación *mortis causa,* testamento, legado o fideicomiso, o de cualquier otra liberalidad, además de aquellos que hubiese podido adquirir en herencia de sus hijos premuertos. Un caudal sobre el que retendría un simple usufructo vitalicio, estándole prohibida su consumición o enajenación, en cuya prevención pendía sobre sus pertenencias personales una amenaza de hipoteca, garante de su postrera restitución. En consecuencia, únicamente en ausencia de descendencia podía esta incapacidad de actuación transformarse en un pleno derecho de propiedad y de disposición sobre los bienes sometibles a reserva[369]. Aunque, significativamente, lo que para la mujer constituía un imperativo legal inexcusable, para el hombre se predicaba como una mera recomendación moral, si bien esta discriminación desaparecerá con la conocida Novela 14 de Teodosio II,

es la razón que, en su opinión, justifica el precepto. Si bien, coincidiendo con Pacheco, no considera esta sanción penal necesaria por no recogerse en los códigos de otros países, salvo algunos latinoamericanos, y por su previsible falta de aplicación.

367 F.L. Pacheco Caballero, «La reserva binupcial en el derecho histórico español: antecedentes y consecuentes de la ley 15 de Toro», en *AHDE*, 57 (1987), 407-463.

368 En concreto, en las recogidas en *Codex Theodosianus,* [8, 18, 1] y [8, 18, 2] (= *Breviario de Alarico*, [8, 9, 1] y [8, 9, 2]), que atribuyen al padre la administración y propiedad de los bienes dejados por la madre premuerta, aunque, en atención a los derechos últimos de los hijos sobre ellos, se le hurta la capacidad de disponer de los mismos, fijándose en un tercio el *praemium emancipationis* que conserva en propiedad. F. L. Pacheco, *La reserva binupcial*, p. 408 y nota 2.

369 F. L. Pacheco, *La reserva binupcial*, pp. 409-412. La importancia de esta constitución no se agota, según A. Otero Varela, «La mejora», en *AHDE,* 33 (1963), 5-131, pp. 17-20, en la creación de esta institución, sino que también creyó descubrir en ella el precedente más antiguo de la mejora, y el arranque de otros fenómenos tan significativos como la equiparación de los *bona paterna* y los *bona materna* y el derecho de troncalidad.

del año 439, que extendió al padre el mandato de guardar para los hijos la propiedad de las aportaciones nupciales y de los demás bienes provenientes de su difunta pareja[370]. El espíritu de estas leyes late después vigente en varios preceptos del Código de Eurico, que se preocupan de proteger las expectativas hereditarias de los hijos ante los efectos del nuevo casamiento del viudo. Pero lo más interesante es que, mientras que en el caso del padre la restricción de sus derechos obedece a motivos puramente sucesorios, en lo que respecta a la madre parece impregnarse de un componente ideológico, ligado a la percepción del abandono de la viudez como una especie de infidelidad póstuma hacia el finado[371]. Asimismo, otra ley de Chindasvinto reproducirá con entera exactitud la respuesta dada por la legislación tardorromana al problema de la atribución de la dote masculina ante la concurrencia de las distintas descendencias procreadas en las sucesivas nupcias de la viuda, adjudicando en exclusiva las tres cuartas partes de preceptiva reserva a los respectivos hijos engendrados con cada uno de sus maridos, y quedando, pues, solamente el cuarto restante entre-

370 No obstante, esta Novela dejaba hueco a varios supuestos en los que decaerá la reserva: uno, el de que los hijos no lleguen a tomar la herencia del progenitor premuerto, dejando al bínubo en situación de poder reclamarla para sí; otro, el de que el supérstite se mantenga en su estado, obteniendo así legitimación para disponer de los bienes reservados. Sobrevenida su propia defunción, los descendientes pueden optar por renunciar a su herencia y solicitar, a cambio, la recuperación de las propiedades del premoriente de las que disfrutó en vida el ahora fallecido. Véase F. L. Pacheco, *La reserva binupcial*, pp. 414-417. A. Otero, *La mejora*, pp. 31-34. M. García Garrido, *El régimen jurídico*, pp. 402-403.

371 *Código de Eurico* (A. D'Ors, *El Código de Eurico. Edición, palingenesia, índices,* Madrid-Roma, CSIC, 1960), [321]: "Si marito superstite uxor forsitan moriatur, filii qui sunt eodem coniugio procreati in patris potestate consistant, et res eorum, si novercam non superduxerit, ea conditione possideat ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare praesumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet (…)"; [322]: "Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis (…) usufructuariam iure possideat, ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filis (…) Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usfructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt". La ley 321 sería reformada por Recesvinto, en el sentido de imponer al padre una sanción cuando se probase una gestión despilfarradora de los bienes filiales, o se retrasase injustificadamente en su reintegro después de volver a casarse. Más tarde, también Wamba insertará algunas interpolaciones que buscarán asegurar la devolución intacta de esa masa material a los hijos mediante la confección de un inventario de sus elementos y el depósito de una fianza en presencia de quien, en el caso de acontecer su propio óbito, habría de asumir la tutela de la prole.

gado a su libre dominio y disposición. Previsión que igualmente operaba cuando este supuesto se produjese entre nietos y abuelos[372].

Pues bien, tras siglos de exitoso desarrollo, en la época altomedieval esta figura padecerá un prolongado olvido normativo, probablemente explicable –como ya se ha adelantado– por la acreditada multiplicación de comunidades patrimoniales familiares, muchas veces formadas por la pareja casada y sus hijos, y a menudo luego reconstruidas por el cónyuge superviviente y la descendencia nacida del vínculo quebrado, lo que, al requerirse el consentimiento de todos sus miembros ante cualquier acción enajenadora, disminuiría el peligro de desgaste y disgregación del soporte material familiar, y, simultáneamente, pondría a cubierto los derechos de los hijos, ahora convertidos en copropietarios, frente a la conflictiva contingencia de tener que sufrir la concurrencia de la progenie nacida de una unión posterior anudada por aquél de sus padres que hubiese sobrevivido[373]. Es, pues, con el Fuero de Zamora como, cerrando el largo paréntesis en el que oculta su rastro, asistimos al primer atisbo de resurrección de la vieja prescripción dirigida a desactivar la posibilidad de que la presencia de otra descendencia procreada por su madre después de enviudar de su padre y volver a casarse pudiese poner en riesgo la lícita pretensión, reconocida al hijo o al conjunto de hermanos llamados a sucederle, de heredar en exclusiva la aportación nupcial que en su día le fue otorgada a ella por su difunto progenitor. No obstante, tampoco la formulación que la institución recibe en este texto encaja exactamente con sus precedentes, ya que, tomando como premisa que éste ha recuperado su dominio tras fallecer su donataria, es sobre el viudo sobre quien recae la prohibición de enajenar

372 *Liber Iudiciorum*, [4, 5, 2]: "Quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus iudicare quod voluissent, quedam repperiuntur, spretis filiis vel nepotibus, easdem dotes illis conferre, cum quibus constiterit nequiter eas vixisse, adeo necesse est illos exinde percipere commodum, pro quibus creandis fuerat adsumtum coniugium. Denique constituentes decernimuss, ut de dotte sua mulier, habens filios aut nepotes, seu causa mercedis eclessiis vel libertis conferre, sive cuicumque voluerit, non amplius quam de quarta parte potestatem habebit. Nam de tres partes ligitimis filiis aut nepotibus, seu sit unus, sive forsitam plures, absque dubio relictura est. De tota interim dote tunc facere quod voluerit erit mulieri potestas, quando nullum legitimum filium filiamve, nepotem vel neptem suprestem relinquerit. Verumtamen femine, quas contigerit duobus viris aut amplius nubere atque ex eis filios procreare, non eis licitum erit, dotem ab alio marito acceptam filiis aut nepotibus ex alio viro genitis dare: sed unusquisque filius filiave, nepos aut neptis ex ipsa linea procreati dotem, quam avus aut pater eorum concesseat, post mulieris obitum per omnia secuturi sunt".

373 F. L. Pacheco Caballero, *La reserva binupcial*, pp. 437-438.

o malbaratar las arras y la de inmiscuir en su partición a otros hijos diferentes de sus legítimos destinatarios[374].

Por ello, parece más acertado ubicar su reaparición en el Fuero Real, donde enmarcada dentro de unas coordenadas visiblemente impregnadas de su pasado visigodo, asoma en su genuina versión. Es decir, en su virtud, cada hijo o grupo de ellos nacidos de sucesivos enlaces tiene limitado su derecho hereditario sobre las arras a las tres cuartas partes de las concedidas a la madre común por su padre respectivo, viéndose apartados, por lo tanto, de la división de las que le hubieran sido entregadas por aquél o aquellos de quienes la viuda engendró otras descendencias[375]. Reproduciendo este mismo principio, las Partidas añadirán al contorno de la reserva dos sustanciales novedades: una, su extensión, junto a las arras, a las demás donaciones recibidas por la madre del marido premuerto; la segunda, la hipoteca legal que automáticamente pasa a gravar su propio patrimonio en garantía de la ulterior transmisión de dichos bienes a sus previstos últimos receptores[376]. Más difuso se traza su perfil, por el

374 *Fuero de Zamora*, [39]: "Toda mugier que arras hobier e morier sin fiyo, e marido hobier que le las haya dadas, estas arras sean quitas. E se morir ante el marido que le las dier, ela mugier devengue suas arras, e faga d'ellas elo que quisier. E se fur atal mugier que haya fiyos a sua muerte, deleixe suas arras a su marido en que viva, e los fiyos no le podan pasar a elas en sua vida. E el marido téngalas para atal preito que las non venda, nin las done, nin las malmeta, nin las engaye, nin fiyo de otra mugier nunca en ellas parta, mientre fueren vivos aquellos fiyos de la otra mugier de que fueron esas arras. E por nengún preito sean quitas".

375 *Fuero Real*, [3, 2, 1]: "(…) E si la mugier auiendo fiios deste marido finare, pueda dar por su alma la quarta parte de las arras a quien quisiere, e las tres partes finquen a los fiios daquel marido onde lo ouo; e si fiios non ouiere, faga de sus arras lo que quisiere, quier en uida quier en muerte, e si ella murier sin manda e non ouiere fijos dél, finquen las arras al marido que ge las dio o a sus herederos. E si la mugier ouiere fiios de dos maridos o de más, cada uno de los fiios hereden las arras que dio su padre, de guisa que los fiios de un padre non partan en las arras que dio el padre de los otros (…)". Precepto que según J. F. Pacheco, *Comentario*, l. 14-15, p. 217, núm. 10, más que una doctrina de la reserva, contendría un doctrina de la troncalidad, o al menos la reservación estaría limitada a las arras y donaciones *propter nuptias*.

376 *Partidas,* [IV, XI, XXIII], se limita a establecer la reserva de la dote y la donación masculina a favor de los hijos comunes, y la atribución al supérstite de su usufructo: "(…) Casi los ouiessen, estonce deuen auer los fjos la propiedad dela donacion, o dela dote, e el padre, o la madre el que fincare biuo, o el que non entrare en orden, o que non fiziere adulterio, deue auer en su uida el fructo della (…)" , lo que es completado, con alusión ya a las segundas nupcias, en [V, XIII, XXVI]: "Quando los bienes de la madre son obligados a los fijos, e los del testador a los que han de recebir las mandas, e la casa o naue, o otra cosa, por lo que se gasto en repararla.- Marido de alguna muger finando, si casasse ella despues

contrario, en la costumbre jurídica recogida en el Fuero Viejo de Castilla, donde se reclama a la viuda que guarde una conducta irreprochable, no abandone su estado y conserve la integridad de las arras, como requisitos para conseguir el aplazamiento, hasta que sobrevenga su propio óbito, del rescate de las mismas por los herederos de su fallecido consorte, a quienes, en contrapartida, se les ofrece la alternativa de adelantar su reversión mediante el pago de 500 sueldos[377].

La regulación contenida en las Partidas presentaba, empero, evidentes resquicios por donde se colaban varias incertidumbres que el ordenamiento de Toro tratará de tapar. Así, en primer lugar, la ya analizada ley 14 atenderá al propósito de aclarar qué bienes –los privativos y los gananciales– quedaban exentos de la reserva. Y sentado este extremo, la ley 15 se orientará específicamente a disciplinarla, incorporando dos importantes modificaciones respecto a los contornos legales que la habían definido con anterioridad: por un lado, la viuda que pretendiese volver a casarse estaría obligada a reservar, no sólo los bienes recibidos de su difunto marido, sino también, tal como en origen estableciese la constitución *Feminae*, lo que hubiese heredado de los hijos premuertos nacidos de ese matrimonio; y además, en los mismos casos y en relación con los mismos bienes y personas, al igual que ocurría en la Novela 14 de Teodosio II, también el viudo quedaría sujeto a idéntica exigencia en el segundo o los siguientes enlaces que pudiese contraer[378]. Tenemos, pues, que dentro de

con otro, las arras e las donaciones, que el marido finado le ouiesse dado en saluo fincan a sus fijos del primer marido, e deuen las cobrar, e auer despues dela muerte de su madre e para ser seguros desto los fijos, fincan les porende obligados, e empeñados calladamente todos los bienes de la madre. Esso mismo dezimos que seria si muriesse el marido de alguna muger de quien ouiesse fijos, e teniendo ella en guarda a ellos, e a sus bienes se casasse otra vez, que fincan entonce todos los bienes de la madre obligados a sus fijos, e avn los de aquel con quien casa, fasta que ayan guardador (…)".

377 *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 1]: "Esto es fuero de Castiella. Que todo fidalgo puede dar a su muger en arras el terçio del heredamiento que ha. E, sy ella fiziere buena vida después de la muerte del marido e non casando, deve tener estas arras en toda su vida, plaziendo a los herederos; et, si los herederos non gelo quiseren dexar, deven dar a ella quinientos sueldos e entrar su heredat; et, sy fuere voluntad de los herederos del dexar tener la heredat de las arras, non las pueda ella vender nin enagenar en todos sus días. Mas, quando casare o quando finare, dévelo todo tornar a los herederos del muerto (…)".

378 *Leyes de Toro*, [15]: "En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los hijos del primero matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primero marido, ó heredaren de los hijos del primero matrimonio, en los mismos casos el varon que casare segunda, ó tercera vez sea obligado á reservar la propiedad dellos á los hijos del primero matrimonio; de manera que lo establecido cerca deste caso

su escueto y ambiguo enunciado, el precepto toresano venía a consagrar dos principios absolutamente ajenos a la tradición jurídica hispánica[379], que habrían de consolidar su vigencia durante centurias, hasta que hallase cauce de avance el proceso de codificación civil. Principios que, como ha demostrado Pacheco, la literatura jurídica posterior se encargaría de depurar, hasta sacar a la luz cómo su fundamento se encontraba en la versión justinianea de las dos mencionadas trascendentales leyes bajoimperiales, y en el desarrollo ulterior dado a la institución por el propio Justiniano en su Código ([5, 9, 6]; [5, 9, 7] y [5, 9, 8]) y en sus Novelas (2, 22 y 98, principalmente). Lo que pone de relieve que, en lo tocante a esta materia, la necesaria conciliación entre el derecho castellano anterior y las pautas normativas traídas por la Recepción no se opera en las Partidas, sino que se produce a partir de este momento, a impulso del debate doctrinal que la propia insólita redacción de la ley 15 va a generar[380].

Ya Gregorio López, en sus glosas a la ley de Partidas (5, 13, 26) reguladora de la reserva, probará haber sabido detectar la conexión justinianea escondida tras tan innovadoras soluciones[381]. Pero esta procedencia tampoco escapará a la percepción de los comentaristas de la norma toresana. Así, enfrentado al problema de determinar los bienes susceptibles

en las mugeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que pasaren á segundo, ò tercero matrimonio". *Nueva Recopilación,* [5, 1, 4]. *Novísima Recopilación*, [10, 4, 7].

379 Este alejamiento de la tradición legislativa anterior había sido ya puesto de manifiesto por S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 15, p. 291, núm. 14, al señalar que las leyes reales nada indicaban sobre la materia. Años después, inmerso ya en pleno proceso codificador, el propio F. García Goyena, *Concordancias,* apéndice 10, pp. 504-505, subrayaba como las soluciones introducidas por la ley 15 de Toro tenían origen en el Derecho Romano y no en el Fuero Real y las Partidas.

380 F. L. Pacheco, *La reserva binupcial*, pp. 446-457, que, lógicamente, servirán de guía al resto del análisis que aquí hagamos de esta ley.

381 Gregorio López, glosas: (i), «Marido», en la que, con apoyo en el Código [5, 9, 8] de Justiniano responde afirmativamente a la cuestión acerca de si lo dispuesto para la viuda es también aplicable al viudo; (k), «Si casasse», donde apela a otros dos preceptos del Código, [5, 9, 5] y [5, 9, 6], para aclarar que sólo si efectivamente se implicase en unas segundas nupcias tendrá cabida la reserva; (l), «Las arras e las donas», en la que acude a varias constituciones justinianeas para englobar en la reserva todos los bienes recibidos por la viuda del finado a título lucrativo, incluidos los recibidos por vía testamentaria; y (a), «Empenados», donde se sirve otra vez de la ley [5, 9, 6] del Código, para afirmar que la hipoteca tácita que, en garantía de los derechos filiales, planea sobre el patrimonio del bínubo, abarca tanto sus bienes presentes como los futuros. F. L. Pacheco, *La reserva binupcial*, pp. 447-449. Este nexo, sería también subrayado por F. García Goyena, *Concordancias*, apéndice núm. 10, «Bienes reservados», 503-506, p. 505, amparándose en la ausencia de precedentes de su mandato en las leyes anteriores.

de ser reservados, Antonio Gómez hará gala de un profundo conocimiento de la legislación del monarca bizantino, para sostener la inclusión dentro de esta categoría de todas aquellas pertenencias que la viuda hubiera recibido de su marido por razón del matrimonio o a título lucrativo, esto es: donaciones nupciales e *inter vivos*, mandas testamentarias, legados, fideicomisos y cualquier otro beneficio obtenido por estos conceptos, a los que, según disponía la ley 15, habría que sumar los heredados de los hijos premuertos, aunque solamente, precisaba Gómez, aquellos que le llegasen *ab intestato*, ya que los que éstos le hubiesen dejado voluntariamente *ex testamento* quedarían exentos, aduciendo como razón que mientras que la sucesión intestada responde a un mandato legal, en el caso de la testada la mujer hereda por voluntad expresa del hijo, como podría hacerlo cualquier extraño[382]. No obstante, tal exclusión resultaba incompatible con la ley 6 de Toro, que facultaba a los padres para heredar a los hijos tanto por uno como por otro canal sucesorio, por lo que autores posteriores, como Álvarez Posadilla o Llamas y Molina, tratarán de salvar este obstáculo, basándose en la distinción entre los bienes profecticios y los adventicios[383].

En lo que atañe a la igualación del estatuto del viudo al de su cónyuge, el propio Gómez nos da noticia de que lo único que había realizado el legislador de Toro era elevar a rango legal lo que, rigiendo en el derecho común, era ya *communis opinio* entre los doctores[384]. Defenderá, además, que como cautela frente a una eventual violación de la prohibición de enajenar los bienes reservados, sobre el caudal particular del supérstite que pasaba a ser bínubo pesaría una hipoteca tácita, que respecto a sus propiedades muebles debería ser reforzada mediante la realización de una estimación de su valor y la prestación de una fianza destinada a asegurar su restitución y la compensación de los daños que éstos pudiesen sufrir. Ahora bien, si a pesar de tomarse tales medidas, el viudo incumpliese el

382 A. Gomez, *Ad leges Tauri*, l. 14-16, fol. 79, núms. 1 y 2. Opinión que Gómez sustenta en las Novelas 22 y 2, modificativas de la ley [5, 9, 3] del Código de Justiniano. Lo mismo piensa J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 1, 3], fols. 29v y 30v, núms. 2 a 4 y 15. En parecido sentido, J. F. Pacheco, *Comentario,* l. 14-15, pp. 227-228, núms. 40-41.

383 En concreto, J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 15, p. 126, defiende que estará obligada a reservar todos los adquiridos *ab intestato* y las dos terceras partes de lo conseguido testamentariamente, por entender que en esos dos tercios es heredera forzosa por *dispositione legis*, pero no el tercio restante, en el que sucede como lo haría un extraño. Por su parte, S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 15, p. 291, núm. 40, excluye todos los adventicios y la tercera parte de los profecticios heredados *ex testamento,* debiendo guardar para los hijos los demás.

384 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 14-16, fol. 80, núm. 4.

mandato y lo hiciese antes de volver a casarse, los reservatarios podrían reivindicar el reintegro de lo enajenado de cualquier poseedor, planteándole, en contraste, más dudas el supuesto de que su contravención tuviese lugar una vez celebrado el nuevo enlace, inclinándose en este supuesto por diferir la ejecución de la demanda de revocación hasta después de acaecer la propia muerte del infractor[385]. Asimismo, Gómez creerá válida la cesión de bienes efectuada en favor de la viuda por los hijos o por el marido bajo la condición de que viviese honestamente o de que no reincidiera en el matrimonio[386]. Por último, los autores se preocuparán de identificar en qué casos decaerá la exigencia de reservar, al margen, obviamente, de que no existiese descendencia, resumiéndose los contemplados en la circunstancia de que, al atarse en otra relación conyugal, la viuda contase con la licencia de su difunto marido[387], o con la de los hijos, cuando afectase a los bienes heredados de alguno de sus hermanos, o, en fin, con la del soberano, si bien respecto a esta última posibilidad opondrá Llamas y Molina la fundada objeción de que este privilegio no parece referido a la situación que aquí nos ocupa, sino a la inobservancia del período de luto anual, y que, por ende, su eficacia se había extinguido, al haber sido derogada –como antes advertimos–, la sanción prevista para su vulneración[388].

Será, precisamente, viene a afirmar F. L Pacheco, el cúmulo de

385 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 14-16, fol. 80, núm. 5. La explicación que esgrime para tomar esta postura es la de que los hijos podrían fallecer antes que el progenitor, extinguiéndose con ellos la justificación de la reserva. Secunda su opinión J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 15, p. 126-127.

386 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 14-16, fol. 81, núms. 8 y 9. Para sostener esta conclusión argumenta que, al contrario de lo que ocurriría si el requisito de llevar una vida decorosa fuese impuesto a otros parientes o a un extraño, no considerándose entonces quebrantado por contraer unas nuevas nupcias, dado que el matrimonio es intrínsecamente lícito y honesto, en relación con el marido y los hijos constituye un grave ataque al pudor, que puede, perfectamente, acarrear que a la viuda que abandona su estado se le arrebate aquello que le fue concedido bajo dicha condición. F. L. Pacheco, *La reserva binupcial*, p. 455.

387 Recuerda, sin embargo, S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 16, p. 293, núm 48, nota 2, que la generalidad de los autores había objetado frente a este desistimiento del marido, que las reservas no habían sido introducidas por causa de la injuria que se hiciese al cónyuge premuerto, sino en atención a la justicia de no privar a los hijos del primer matrimonio de su derecho a suceder por sí solos en los bienes del difunto adquiridos por el superviviente.

388 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 14-16, fol. 80, núm. 6. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 3, 1], fol. 30r, núm. 9. J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 15, p. 125. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 15, pp. 293-294, núms. 47 a 54.

reflexiones y de soluciones esgrimidas por la doctrina a partir de estas dos leyes de Toro, y con apoyo, primordialmente, en el derecho romano justinianeo, el que, bajo su nuevo prisma racionalizador, recoja el movimiento codificador, dando cuerpo, sistematización y rango legal a lo que con anterioridad sólo había constituido un conglomerado de opiniones eruditas[389]. Así, en el Proyecto de Código civil de 1821 recibirán la denominación de «reservaticios», quedando en usufructo del supérstite, que siendo inmuebles no podrá enajenarlos[390], y en propiedad diferida de los descendientes habidos de un previo matrimonio, que la compartirán por mitad con los nacidos del nuevo enlace, todos los bienes que aquél hubiese recibido del cónyuge fallecido por disposición testamentaria, por sucesión intestada o por cualquier otro título lucrativo[391], así como los que hubiese heredado del hijo premuerto, pero aclarándose ahora, como había sostenido Antonio Gómez al interpretar la ley 15 de Toro, que éstos últimos únicamente tendrían tal consideración cuando hubiesen llegado a su poder por conducto sucesorio *ab intestato*[392]. Bienes que, en todo caso, perderían tal condición, pasando a ser propiedad del usufructuario, si desapareciese la prole para la que estaban reservados[393].

Más prolijo en su regulación, el Proyecto de Código civil de 1836, prescindirá de la mencionada calificación, y cuando existiesen hijos del vínculo anterior impondrá como condición para la celebración de un nuevo casamiento, la previa elaboración de un inventario formal y detalla-

389 F. L. Pacheco, *La reserva binupcial*, p. 457.

390 *Proyecto de Código civil de 1821*, [355]: "El cónyuge usufructuario de bienes reservaticios no puede enajenarlos, siendo inmuebles o reputados como tales".

391 *Proyecto de Código civil de 1821*, [351]: "Cualquiera de los cónyuges que contrae segundo o ulteriores matrimonios, quedando hijos del anterior o anteriores, si adquiere alguna cosa del cónyuge premuerto por disposición testamentaria o sucesión intestada, o por otro cualquier título lucrativo, sólo puede retenerla como ususfructuario, y la propiedad pertenece a los hijos o descendientes del respectivo matrimonio por disposición de la ley. Estos bienes se llaman reservaticios"; [353]: "En el caso de los dos artículos precedentes la propiedad de los bienes reservaticios pertenece a los hijos del respectivo matrimonio por partes iguales".

392 *Proyecto de Código civil de 1821*, [352]: "La reserva del artículo anterior tiene lugar también para con los bienes que recaen en el cónyuge sobreviviente por sucesión intestada de alguno de los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores".

393 *Proyecto de Código civil de 1821*, [354]: "Si fallecieren los hijos del respectivo matrimonio en vida del cónyuge sobreviviente sin dejar descendientes, el cónyuge reúne con el usufructo la propiedad de los bienes reservaticios". Resultado que también se da [356]: "Si el cónyuge usufructuario vuelve a enviudar sin hijos del respectivo matrimonio que dio lugar a la reserva, reasume la propiedad de los bienes reservaticios".

do, con indicación de justiprecio, cuenta y partición de todos los bienes que a tales hijos les correspondiesen en herencia o por cualquier otro vía, así como aquéllos cuya propiedad fuese reservable[394]. Coincidiendo éstos con los señalados en el proyecto de 1821, pero ampliándose su catálogo a los heredados de los hijos por sucesión voluntaria, y a las donaciones, legados y demás bienes que de modo gratuito le hubieran entregado al superviviente los parientes del difunto u otros extraños en consideración a éste[395]; sin embargo, de esta relación quedaban excluidos, como en la ley 14 de Toro, los bienes gananciales[396]. Convergía también este proyecto con el precedente en que la reserva no privaba al bínubo del usufructo de todos los bienes afectados[397] y en que se preveía el reparto equitativo de su propiedad entre las descendencias concurrentes[398], añadiéndose, ahora,

394 *Proyecto de Código civil de 1836*, [262]: "Cuando hayan quedado hijos de un matrimonio anterior no podrá el consorte sobreviviente contraer otro matrimonio, sin ejecutar antes formal inventario, justiprecio, cuenta y partición de los bienes que a los mismos hijos correspondan por muerte de su padre o madre, o por cualquier otro título, como también de los bienes cuya propiedad sea reservable". De las formalidades necesarias para la elaboración del inventario, de las consecuencias de su omisión, de su realización fraudulenta y de la enajenación de los bienes inventariables, así como de las repercusiones de esta situación sobre la patria potestad se ocupan los artículos [263] a [270].

395 *Proyecto de Código civil de 1836*, [271]: "El consorte viudo que contrajere segundo o ulterior matrimonio, está obligado a reservar para los hijos del anterior, y en defecto de éstos para los descendientes que tengan derecho de heredarlos, la propiedad de todos los bienes que haya adquirido del cónyuge difunto, o de sus hijos por sucesión testamentaria o intestada"; [1272]: "Son bienes sujetos a reservación: 1.º Las arras, legados, donaciones, y demás bienes que el consorte sobreviviente hubiere adquirido del difunto por título lucrativo y no oneroso, ya sea por acto entre vivos o por última voluntad. 2.º Las donaciones, legados y demás bienes que por un acto de liberalidad y por título lucrativo haya recibido o recibiere el cónyuge sobreviviente de los parientes del difunto o de extraños, siempre que al tiempo de otorgar aquellos actos hayan declarado, unos y otros, que lo hacían por consideración al difunto".

396 *Proyecto de Código civil de 1836*, [273]: "La obligación de reservar no se extiende a los bienes gananciales que el mismo cónyuge sobreviviente hubiese adquirido, cualquiera que sea la clase y procedencia de unos y otros".

397 *Proyecto de Código civil de 1836*, [274]: "Por el hecho de pasar a segundo o ulterior matrimonio pierde el cónyuge sobreviviente la propiedad de los bienes comprendidos en la disposición del articulo 271 (...); pero no perderá el usufructo de los mismos bienes, del cual podrá disponer según le pareciere". Además, [275]: "Los réditos de cantidades metálicas reservables, las pensiones y réditos de censos y vitalicios se reputan por usufructos".

398 *Proyecto de Código civil de 1836*, [276]: "En los casos en que tenga lugar la reserva, la propiedad de los bienes sujetos a ella se dividirá entre los hijos del matrimonio respectivo o entre sus descendientes por partes iguales".

que la devolución se haría de los mismos bienes en especie cuando fuesen inmuebles, y de su valor estimado al tiempo de la muerte del primer cónyuge en las otras clases[399].

Del espíritu que anidará en la extensa regulación que de esta institución se hará en el Proyecto de Código civil de 1851 tenemos testimonio directo gracias a los jugosos comentarios vertidos sobre ella por F. García Goyena. Quien, tras repasar la larga trayectoria histórica de medidas legislativas dirigidas a penalizar la binupcialidad, de las cuales, a pesar de haber sido derogadas, se preguntaba si no convendría rescatarlas, al menos dentro de un plazo imperativo de luto que, por equivalencia con el fijado en las Partidas para la reputación como legítimos de los hijos póstumos, proponía de diez meses[400], se planteará la cuestión de si tenía justificación la conservación de la figura de la reserva. A lo que responderá afirmativamente, basándose en su profundo arraigo en el derecho castellano, no contestado, por añadidura, por autor alguno, y sobre todo en su propia valoración como decorosa, política y equitativa. Juicio que sustentará en el temor que, a su parecer, alentaba la constatación de como la extremada dependencia afectiva y de autoridad hacia los segundos maridos había traído siempre muy amargos resultados para los hijos de los primeros matrimonios[401]. Ello unido a que estos comportarían cierta «injuria y olvido» del cónyuge premuerto, explicaría, por tanto, la intervención del legislador, no para vengar la ultrajada memoria del finado, sino con intención de venir en socorro de los desamparados y postergados[402].

Con este fundamento ideológico, el Proyecto de Código civil de 1851,

399 *Proyecto de Código civil de 1836*, [278]: "Esta devolución se hará en los mismos bienes en especie, cuando fueren inmuebles, y si fuesen de otra clase se devolverá el valor que tenían al tiempo de la muerte del primer cónyuge".

400 F. García Goyena, *Concordancias*, apendice núm. 10, «Bienes reservados», 503-506, pp. 503-504.

401 No me resisto, por su particular grafismo, a reproducir sus argumentos. F. García Goyena, *Concordancias*, apendice núm. 10, p. 504: "Los segundos matrimonio han parecido por punto general poco loables, así en la legislación civil como en la eclesiástica; sobre todo cuando han quedado hijos del primero; *honestam fornicationem*, los llamaron algunos Santos Padres; y los legisladores los han considerado siempre como funestos á los hijos que pasaron ya por la desgracia de perder a su padre o a su madre [.] El estremado amor de las mugeres por sus segundos maridos, la autoridad y ascediente natural de estos sobre aquéllas, el no menos peligroso e irresistible, aunque más encubierto, de los halagos de la madrastra, han dado por una triste y constante esperiencia resultados muy amargos para los desdichados hijos de los primeros matrimonios".

402 F. García Goyena, *Concordancias*, p. 413, y apendice núm. 10, p. 504.

que, como en Toro, dirigía su regulación tanto al bínubo como a la bínuba, no se apartaba de su precedente de 1836 en cuanto a la determinación de los bienes sujetos a reserva, salvo en que no se mencionaba la sucesión intestada del consorte desaparecido y en que se incluía la legítima[403], dejando también abiertas ciertas dudas acerca de si en la alusión a lo recibido de los hijos habría que entender exclusivamente comprendida la herencia forzosa[404]. En garantía de la obligación de reservar, de la que no le eximiría el consentimiento prestado por el cónyuge premuerto a su reincidencia en el matrimonio o la anuencia manifestada hacia la misma por sus hijos[405], el supérstite, al casarse, debería inventariar todos los bienes afectados y tasar los muebles[406], si bien éstos, en contradicción con la inalienabilidad deducible del silencio guardado al respecto por la ley 15 de Toro, podría enajenarlos tanto antes como después de volver a contraer nupcias, en lo que se establecía una diferencia con los inmuebles, pues todo acto de disposición que los tuviese por objeto solamente sería válido

403 *Proyecto de Código civil de 1851*, [800]: "El viudo o viuda que pasare a segundo matrimonio, estará obligado a reservar a sus hijos o hijas descendientes legítimos del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de sus difunto consorte, por testamento, donación o cualquier otro título lucrativo, incluso el de su legítima, pero no su mitad de bienes gananciales"; [801]: "La disposicion del artículo anterior comprende también los bienes que el viudo o viuda adquirió de uno de los hijos o hijas del primer matrimonio, por alguno de los títulos expresados, y los que hubo de los parientes del difunto consorte, por consideración a éste". El artículo [801] concuerda con el [272.2] del proyecto de 1836.

404 Esta es la solución adoptada en el derecho romano, y en el proyecto de 1821, [352], a la que se suma F. García Goyena, *Concordancias*, apéndice núm. 10, p. 505, si bien, como hemos visto, en el proyecto de 1836, [271 in fine] se aludía también a la voluntaria.

405 *Proyecto de Código civil de 1851*, [802]: "La reserva tiene lugar, aunque el difunto consorte haya autorizado al viudo o viuda para repetir matrimonio, y este haya sido contraído con anuencia de los hijos del primero (...)". De igual modo "(...) tiene también lugar, aunque el padre o madre haya vuelto a enviudar y muera en tal estado". Frente a la postura de A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 14-16, fol. 80, núm. 6, y S. Llamas y Molina, *Comentario*, l. 15, p. 293, núm. 48, proclives a admitir estas causas de exención, F. García Goyena, *Concordancias*, apéndice núm. 10, p. 506, cree más razonable lo establecido en el precepto, alegando, por un lado, que el fin principal de la reserva es proteger a los hijos y no reparar la injuria del premuerto, y por otro, porque los hijos podrían aprobar el segundo matrimonio por meros motivos de respeto.

406 *Proyecto de Código civil de 1851*, [807]: "El viudo o viuda, al repetir matrimonio, harán inventariar todos los bienes sujetos a reserva y tasar los muebles". Según F. García Goyena, *Concordancias*, p. 415, la tasación de los muebles es necesaria por su mayor facilidad para desaparecer o deteriorarse y por declarse válida su enajenación en el [809]. Además, apéndice núm. 10, p. 506, cree conveniente que sean sometidos a justiprecio y fianza.

si al sobrevenir su propio tránsito no quedasen reservatarios[407]. Además, debería asegurar mediante hipoteca la devolución en su mismo estado original de los bienes muebles que hubiese retenido, o bien la restitución del precio obtenido por los que hubiese enajenado, o el valor que tuviesen al tiempo de su salida, si es que se produjo a título lucrativo, o, en su caso, el precio de aquéllos otros que se hubiesen consumido; y asimismo debería garantizar la buena administración de los inmuebles y el retorno al adquirente de los raíces de los que se hubiese desprendido antes de celebrar un nuevo matrimonio[408]. Siendo admitidas como causas de la extinción del deber de reservar: la renuncia expresa a su exigencia por los hijos del primer connubio que fuesen mayores de edad, al igual que a las demás cosas que hubiesen donado o dejado en herencia a su padre o su madre sabiendo que ya había abandonado su estado de viudez[409]; y también que al producirse la muerte del que había optado por la binupcialidad ya no existiese descendencia legítima del anterior enlace, aunque ésta hubiese dejado herederos[410]. Por último, resultaba novedoso que la paternidad o

407 *Proyecto de Código civil de 1851*, [808]: "La enajenación que, de los bienes inmuebles sujetos a reserva, hubiere hecho el viudo o viuda antes o después de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero"; [809]: "Las enajenaciones de los bienes muebles, hechas antes o después de contraer segundo matrimonio, son válidas".

408 *Proyecto de Código civil de 1851*, [810]: "El viudo o viuda, al repetir matrimonio deberá asegurar con hipoteca: 1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren. 2.º La devolución del precio que recibió por los bienes muebles enajenados o el valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiere hecho a título lucrativo. 3.º La devolución del precio de los bienes muebles consumidos antes o después de repetir matrimonios. 4.º La devolución del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiere enajenado antes de repetir matrimonio. 5.º La buena administración de los bienes inmuebles no enajenados". Como garantía adicional, [811]: "Las diligencias de inventario, tasación y constitución de hipoteca se practicarán con intervención de los interesados en ellas".

409 *Proyecto de Código civil de 1851*, [803]: "Cesa la obligación de la reserva, cuando los hijos del primer matrimonio, mayores de edad, renunciaron expresamente a ella, y en las cosas que dejaron o donaron a su padre o madre, sabiendo que estaban ya segunda vez casados". En el segundo caso, resulta obvia su voluntad de eximir de la reserva. F. García Goyena, *Concordancias*, p. 414,

410 *Proyecto de Código civil de 1851*, [804]: "Cesa, además la reserva, si al morir el padre o madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero, aunque existan herederos". Lo que, según F. García Goyena, *Concordancias*, p. 414, tiene justificación en el hecho de que respecto a los herederos no obran las consideraciones por las que fue en su origen introducida en el derecho romano la reserva. Por el contrario, en apéndice núm. 10, p. 506, dice que no cesará aunque el bínubo haya

maternidad de un hijo natural reconocido o declarado judicialmente como tal se equiparaba a estos efectos a otro casamiento[411].

La disciplina del régimen de reservas establecida en el Proyecto de 1851 será respetada íntegramente, salvo ligeros retoques de redacción y alguna supresión, en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, que como principales novedades reseñables, otorgará validez a las enajenaciones de bienes inmuebles efectuadas por el cónyuge supérstite antes de contraer un nuevo matrimonio[412], liberará de reserva los bienes recibidos de los parientes por consideración al finado[413], y precisará que la obligación de reservar por el nacimiento del hijo natural entrará en vigor desde el día del alumbramiento[414].

vuelto a enviudar y no le queden hijos del segundo matrimonio. Este precepto modifica parcialmente el [279] del proyecto de 1836, que decía: "Cesa la reserva y por consiguiente sus efectos, si el cónyuge obligado a ella falleciere sin dejar hijos ni descendientes más que de uno solo de los matrimonios que hubiese contraído".

411 *Proyecto de Código civil de 1851*, [814]: "El viudo o viuda que, en tal estado, tuviere un hijo natural, y le reconociere o se declarare judicialmente ser suyo en los casos a que a esto haya lugar, se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva". Esta situación puede conectarse con la cuestión de si a la viuda que llevase una vida licenciosa debería serle de aplicación la reserva, lo que, coincidiendo con la opinión de A. Gómez, que, sin embargo, admitía su pérdida absoluta de lo recibido por el marido, desestima F. García Goyena, *Concordancias*, apéndice núm. 10, p. 506, quien, en la p. 416, manifiesta también su desacuerdo con el tenor del artículo, por considerarlo incongruente con lo señalado en el propio proyecto, al impedir dejar al hijo natural más del quinto disponible a favor de extraños.

412 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [983]: "Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles hechas por el cónyuge sobreviviente antes de contraer segundo matrimonio, observándose en cuanto a la regulación y computación de su importe, lo dispuesto respecto a las donaciones".

413 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [978]: "La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que por los títulos en él expresados hubiere adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio", que modifica en este punto el [801] del proyecto de 1851. El artículo anterior es el [977], que reproduce el [800] del proyecto de 1851.

414 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [989]: "(1) La obligación de reservar (…) será aplicable al viudo o viuda que en ese estado tuviere un hijo natural reconocido o declarado judicialmente como tal hijo. (2) Dicha obligación se contará desde el día de su nacimiento", que añade esta concreción al [814] del proyecto de 1851. También contienen variaciones en relación al proyecto de 1851: el [980] respecto al [804], eliminando la mención a que a falta de descendientes éstos dejen herederos; el [987], relativo a la obligación de asegurar los bienes reservados con hipoteca, que respecto al [810] suprime la mención a la devolución del precio de los bienes muebles consumidos, del precio al adquirente de los inmuebles enajenados antes de casarse, y la buena administración de los bienes raíces

Finalmente, aunque mostrando una amplia coincidencia con el Anteproyecto de 1882-1888, el Código civil[415] introduce algunas innovaciones, que conviene mencionar. Así, recupera como objeto de reserva los bienes que los parientes del difunto hubiesen entregado al viudo o la viuda en consideración a éste[416]; la validez de la enajenación de los bienes inmuebles sujetos a reserva hecha antes de celebrar segundas bodas se subordina a que el cónyuge sobreviviente asegure su valor a los hijos y descendientes del primer matrimonio[417]; y la de los bienes muebles realizada antes o después del enlace será eficaz, pero ahora bajo la condición de indemnizar[418]; al repetir matrimonio no solamente hay obligación de in-

no enajenados, e introduce el valor de los inmuebles válidamente enajenados. Además se suprime el [802] del proyecto de 1851.

415 *Código civil, edición reformada de 1889*, [968] a [980], que coincide, salvo en los puntos que expresamente mencionaremos, con los artículos [968] a [980] de la edición de 1888. En su comentario a esta sección, M. Falcón, *Código civil de España*, 3, pp. 350-355, lamenta que el Código haya mantenido las reservas, cuando todos los demás códigos modernos las han suprimido o las condenan. En particular, le parece criticable que afecten a los bienes heredados por vía intestada del cónyuge o del hijo premuerto, alegando que ninguna relación tienen con el anterior casamiento. Pero, además, muestra su extrañeza porque el legislador, llamado a definir por principios equitativos una institución tan oscura como ésta, haya confirmado todos los absurdos e incoherencias de los que la práctica había sembrado esta materia.

416 *Código civil, edición reformada de 1889*, [969], que modifica el [978] del Anteproyecto de 18882-1888, y coincide literalmente con el [801] del proyecto de 1851 (nota 402).

417 Esta adición no aparece en el artículo [974] de la edición del Código civil de 1888, que coincide con el [806] del proyecto de 1851 y el [982] del anteproyecto de 1882-1888. *Código civil, edición reformada de 1889*, [974]: "Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables hechas por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquellos a los hijos y descendientes del primer matrimonio". Lo mismo sucede con el artículo [975], en el que se señala que la enajenación de los inmuebles realizada por el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes légitimos del primero, añadiéndose ahora "sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria". Coletilla que no aparece en la edición de 1888, como tampoco en el artículo [808] del proyecto de 1851, ni en el [984] del anteproyecto de 1882-1888.

418 *Código civil, edición reformada de 1889,* [976]: "Las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes o despues de contraer segundo matrimonio serán válidas, salva siempre la obligación de indemnizar". Modifica el artículo [809] del proyecto de 1851 y el [985] del anteproyecto de 1882-1888. M. Falcón, *Código civil de España*, 3, pp. 353-354, entenderá incomprensible la introducción del deber de indemnizar, pues supone derivar responsabilidad de un derecho legítimo y, en su opinión, prohibir indirectamente su ejercicio.

ventariar todos los bienes reservables y de tasar los muebles, sino también de anotar en el Registro de la propiedad la calidad de sometidos a reserva de los inmuebles[419]; por último, la exigencia de asegurar con hipoteca la restitución de los bienes muebles no enajenados se hará en el estado que tuviesen al tiempo de la muerte del que los retuvo, si fuesen parafernales o procedieran de dote inestimada, y de su valor, si proviniesen de dote estimada, y además este deber se extiende al abono de los deterioros causados por su culpa o negligencia[420]. Aunque, sin duda, la novedad de mayor trascendencia que se incorpora es la de establecer también reserva en beneficio de los parientes colaterales de tercer grado, lo que era totalmente desconocido en la legislación castellana[421].

419 *Código civil, edición reformada de 1889*, [977]: "El viudo o la viuda, al repetir el matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la propiedad la calidad de reservables de los inmuebles, con arreglo a lo dispuesto en la ley Hipotecaria, y tasar los muebles". Modifica el artículo [807] del proyecto de 1851 y el [986] del Anteproyecto de 1882-1888. Según M. Falcón, *Código civil de España*, 3, p. 354, la obligación de inscribir en el registro implica convertir al cónyuge de dueño en mero usufructuario, pasando su propiedad *ipso iure* a los hijos del primer matrimonio.

420 *Código civil, edición reformada de 1889*, [978]: "Estará además obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca: 1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales o procedieran de dote inestimada; o de su valor si procediesen de dote estimada. 2.º El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia. 3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito. 4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados". Modifica el artículo [987] del anteproyecto de 1882-1888, que a su vez había modificado el [810] del proyecto de 1851.

421 *Código civil, edición reformada de 1889,* [811]: "El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden".

CAPÍTULO V

LIMITACIONES A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER CASADA

1. Condición femenina dentro del matrimonio en la sociedad medieval

Al estudiar, en el capítulo anterior, las pautas de distribución de las funciones en el seno de la pareja casada a la hora de administrar y gestionar el patrimonio conyugal, hemos constatado, como principio general, el acusado desequilibrio existente entre las importantes responsabilidades directivas reconocidas al marido y las limitaciones que recortan la capacidad de iniciativa y de actuación de la mujer sobre los elementos que lo integran. No obstante, al margen de tales aspectos concretos directamente vinculados al normal desenvolvimiento de la economía familiar, el ordenamiento de Toro va a regular otras cuestiones esenciales referidas a la posición femenina dentro del matrimonio en una serie de preceptos de enorme trascendencia, que fijarán definitivamente, durante siglos, el estatuto jurídico de la mujer casada, en la medida en que, al ser asimilada, en muchos puntos fundamentales, por la codificación civil, la situación de desigualdad entre los cónyuges consagrada en 1505 se proyectará, sin cambios profundos,

hasta que una ley de 2 de mayo de 1975 venga, por fin, a trastocar y a actualizar este vetusto y anacrónico orden de cosas[1].

Si hay que hablar de un lugar común, esgrimido casi con unanimidad por la generalidad de los estudiosos de la condición femenina en los siglos medievales, es el que atribuye al marido un rol dominante incuestionable en el juego de las relaciones personales y económicas tejidas dentro del matrimonio. Tanto las construcciones teóricas como los testimonios literarios y jurídicos convergen en esta dirección, que viene avalada por una longeva tradición, plenamente presente en el derecho romano, clásico y postclásico, y que es apuntalada por una doctrina cristiana, que si bien, al insistir en la idea de la igualdad de los hombres ante Dios, contribuye a revalorizar la dignidad de la condición de la mujer, asignándola un relevante papel dentro de la estructura de la familia y de la sociedad, no altera en nada, sino, al contrario, vendrá a reforzar, con apoyo ideológico en la constante proclamación de la supremacía viril contenida en los textos bíblicos, su absoluta subordinación al marido en la conducción de los asuntos comunes. Ahora bien, tampoco sería ecuánime olvidar que sus llamadas a la obediencia y a la devoción marital de la mujer encuentran contrapunto en el ensalzamiento de otras virtudes, como el amor, el sacrificio o la mutua confianza, demandadas a ambos cónyuges sin distinción, que acabarán trascendiendo del terreno puramente ético al jurídico, empujando a la adopción en la etapa tardoimperial de medidas legales contrarias al concubinato y restrictivas del repudio y del divorcio[2]. Por otra parte, fruto, seguramente, de la confluencia de las influencias romana y canónica, en el universo jurídico visigodo descubrimos una sensible atemperación de la radical marginación padecida por la mujer casada en las sociedades germánicas, a pesar de que ingresar en este estado civil sigue comportando una seria merma de sus derechos y facultades, al colocarla bajo la potestad y la autoridad de su marido, tanto en lo personal como en lo material, lo que incluso repercute en una gravosa reducción de sus expectativas hereditarias[3]. No obstante,

1 Mª. J. Muñoz García, *Las limitaciones*, p. 276.

2 Una visión general sobre la situación de la mujer casada en las distintas etapas del derecho romano: Mª. J. Muñoz García, *Las limitaciones*, pp. 35-50.

3 Así, buscando apartarla de los bienes inmuebles, varias leyes del Código de Eurico (320, 322, 323, 332), confluyen en reducir sus derechos hereditarios sobre los mismos a un mero usufructo, cuando concurre con varones. Véase M. García Garrido, *El régimen jurídico*, p. 418-419.

paulatinamente van a prosperar otras corrientes de signo inverso, que tienden a elevar notablemente su consideración como esposa y como madre, propiciando un desarrollo normativo que dará cobertura a su capacidad de atesorar en propiedad y en exclusiva determinados bienes privativos, a los que se intenta salvaguardar frente a las posibles presiones o actos lesivos de su consorte[4], así como una valiosa libertad de intervención en ciertos negocios jurídicos que son tenidos por indispensables para el mantenimiento del núcleo doméstico[5].

Es conocida la tesis sostenida por Hinojosa, que vinculaba la sujeción conyugal femenina a lo largo del medioevo y hasta la irrupción del derecho de la Recepción, a la supuesta pervivencia de un legado jurídico germánico, en el que perdurarían arcaicas costumbres semibárbaras, que habrían hallado un campo de cultivo muy favorable en un contexto de desmembración y debilidad del poder público, lo que habría arrojado a los más indefensos, entre ellos la mujer, a buscar el cobijo de quienes pudiesen protegerlos, aún a costa de ver recortada su personalidad y sus derechos[6]. No obstante, sin despreciar la posible influencia de esta fragmentación política, se antoja que esta situación de preponderancia varonil no puede ser ajena a las peculiaridades inherentes a esa sociedad agrícola, guerrera e itinerante, como tampoco, más tarde, al compás del crecimiento urbano, a la necesidad pública de asegurar un adecuado funcionamiento de los instrumentos de gobierno, de defensa, de mantenimiento del orden interno y de aplicación judicial de la cobertura normativa de la que se dotarán esas pujantes ciudades. Es cierto, pues, que dejar atrás la soltería significaba para la mujer mucho más que un simple cambio de estado, ya que al abandonar la órbita parental pasaba a integrarse en una nueva célula familiar en la que su posición jurídica se vía alterada y, a veces, degradada por la asunción de una pesada ristra de nuevas tareas y obligaciones. Aunque rara vez aflora la subsistencia de vestigios de primitivismo y de un

4 Por ejemplo, se intenta proteger a la mujer que actúa en su propio perjuicio coaccionada por el marido. *Liber Iudiciorum*, [3, 6, 1]: "(…) Quod si mulier sub metu uiri, consistens, quocumque argumento persuasa uel decepta aliquam de suis rebus nomine illius uiri, qui eam relinquint, scripturam conscripserit, huius modi scriptura nullam omnimodo firmitatem habebit, sed universa, que per eandem scripturam mulier dederat, iuri suo perenniter uindicabit".

5 Mª. J. Muñoz García, *Las limitaciones*, pp. 51-55.

6 E. de Hinojosa, *Sobre la condición jurídica*, p. 360, con conclusión muy propia de sus tiempo: "y esta situación, lejos de serla desventajosa, era para ella un bien positivo".

sometimiento tan exagerado al marido como los que se hacen visibles en el Fuero de Benavente o en el Fuero de Llanes, donde éste resulta exonerado de toda responsabilidad por los abusos cometidos en el ejercicio de su autoridad, aún en el caso de que los castigos corporales utilizados en la corrección de la conducta de la mujer desemboquen en graves lesiones o le provoquen la muerte[7]. No obstante, como ya se ha indicado en otro capítulo, la excepcionalidad de este tipo de preceptos y el análisis exhaustivo de las fuentes documentales fabrican la impresión de que no conviene exagerar acerca del alcance real de las potestades maritales, al menos en cuanto a esa presunta anulación de la capacidad de obrar de la mujer casada, ya que a través de dichos testimonios, sin que quepa negar el liderazgo masculino, ésta emerge investida de una individualidad y una autonomía incuestionables para involucrarse tanto en el tráfico de propiedades muebles y raíces, como en las redes de la transmisión hereditaria[8]. Otra cosa diferente es, que a partir del siglo XIII, a caballo de la importación de los principios del derecho común y de la doctrina construida en derredor suyo, de la difusión de la filosofía escolástica, e incluso del triunfo de una literatura popular de clara proclividad a la misoginia[9], se aprecie un paulatino encogimiento de su esfera de actuación, que las leyes de Toro vendrán a consolidar de manera permanente.

7 *Fuero de Benavente* 1167-XI (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales*, núm. 17, pp. 289-190), adiciones posteriores, [9, b]: "Et si uir uxorem legitimam cum bona uita habuerit, sicut homine facere, percuserit et inde obierit, nichil pectet neque de suo aliquid perdat, nec sit omicida". Precepto que es repetido en el *Fuero de Llanes*, 16 (A. Bonilla y San Martín, «El Fuero de Llanes», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, I, 1918, 99-149), [16]: "E sy el omne su muger legitima con quien oviere su vida buena, asy como los ombres fazen, e la ferir e ende murier, non peche ninguna cosa, nin pierda cosa de los suyo, nin sea omeçida".

8 Afirmaciones que, al menos hasta el siglo XIII, creo válidamente sustentadas en M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio*, pp. 238-244 y 557-564. Sin olvidar que en *Partidas*, [VI, III, IV], no se incluye a la mujer casada entre aquéllos que no pueden ser instituidos herederos, con una única excepción, recogida en *Partidas*, [VI, III, V], donde se dispone que la viuda que volviese a casarse antes de transcurrir un año desde la muerte de su marido no puede ser establecida heredera por ningún extraño o pariente más alejado del cuarto grado: "(...) Muger que cassase ante de vn año despues de muerte de su marido, no la puede ningun ome estraño establescer por heredera, nin otro que fuesse su pariente del quarto grado en adelante (...)".

9 A. García-Gallo, «La evolución de la condición jurídica de la mujer», en *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Universidad de Sevilla, 1982, 149-166, p. 150.

2. Actuaciones requeridas de licencia marital

a. Restricciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en la tradición jurídica medieval

El sometimiento de las actuaciones de la mujer susceptibles de afectar a la estabilidad de la economía familiar al requisito de la obtención del permiso marital arrastra una larga tradición anterior a su institucionalización por el legislador de Toro. En otro momento se ha aludido ya a cómo, a pesar de conservar su poder de disposición sobre las propiedades personales traídas al matrimonio o conseguidas durante la permanencia del mismo, en la documentación de estos siglos resulta habitual descubrir que a la hora de enajenarlas su dueña se preocupa de advertir que cuenta con la conformidad de su marido. Esta constatación encuentra, además, un amplio paralelismo normativo en un numeroso grupo de ordenamientos municipales, en los que se niega la capacidad de la mujer para vender, comprar o prestarse como fiadora[10]. Y también aflora en el derecho territorial contenido en el Fuero Viejo de Castilla y el Libro de los Fueros de Castilla, que tachan de nulidad todos aquellos negocios que la mujer casada emprendiese sin contar con la autorización de su consorte[11], teniendo cerrada, además, la posibilidad de contraer débitos de una

10 Entre ellos, *Fuero de Cuenca*, forma sistemática [XIX, 4]: "Qui debeat recipi in superleuatura.- In superleuatura nullus recipiatur nisi qui domum cum pignoribus in ciuitate habuerit. Quare mulier coniugata neminen superleuare potest, quia in potestate mariti est; nec filus dum in potestate patris fuerit (...)". Prohibición reiterada en otros fueros de esta misma familia: *Fuero de Zorita de los Canes*, [402], *Fuero de Iznatoraf*, [478] *Fuero de Plasencia*, [214]. *Fuero de Béjar*, [618]. *Fuero de Alcaraz,* [VIII, 4]. *Fuero de Alarcón*, [441]. *Fuero de Baeza*, [481]. *Fuero de Úbeda*, [XL, d]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [442]. *Fuero de Huete*, [358]. También en *Fuero de Molina de Aragón*, [XI, 25]: "La muger que fuere maridada non aya poder de vender nin de enpeñar sin mandamiento de su marido". *Fuero de Alcalá de Henares*, [65]: "Mulier maridada de Alcala, o de so termino qui alguna cosa fiare ad alguno ome, o mandare fiar, nol preste; e venga so marido e del una telada e escase de la fiadura (...)". *Fuero de Brihuega,* [225]: "Estos non fagan fiadura.- Toda mugier que aya marido non pueda fazer fiadura ninguna nin fijo emparentado". Igual en *Fuero de Fuentes de Alcarria*, [122].

11 *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 1, 9]: "Si la duenna casada conprare heredamiento o fiziere fiadura, si non pluguyere a su marido, non vale.- Esto es fuero de Castiella. Que ninguna duenna, que marido aya, non puede conprar eredamiento nin puede fazer fiadura contra otro sin otorgamiento de su marido. E, sy lo fiziere, el marido mostrar quel pesa ante testigos, sil diere una pescoçada e dixiere que non quiere que vala esta compra o

cuantía superior a cinco sueldos, aunque se admite la excepción de que en relación con su oficio –panadera, mujer de *bohon*–, esté dedicada al comercio de artículos de primera necesidad. De tal modo, que las deudas o fianzas que la mujer hubiera asumido fruto de estas actividades solamente podrán serle reclamadas por el acreedor, a ella o a sus herederos, una vez que haya fallecido su marido[12]. Pequeño margen dinerario de endeudamiento que, por otra parte, también es tolerado en el derecho de otras localidades como Sepúlveda, Coria, Usagre y Cáceres[13]. En términos muy similares se manifiesta el Fuero Real, que asimismo le exige la licencia del

fiadura que ella fizo, es todo desfecho e non vale por fuero"; [5, 1, 12]: "De la muger casada que faze debda o fiadura sin otorgamiento de su marido. Sy la muger que ha marido faze debda o mete fiadores a otros omes, para qualquier debda que sea, e el marido non lo otorgando, non pagará la debda nin quitará ladebdaa nin la fiadura que oviese la muger fecha, a menos de lo mandar o de lo otorgar su marido, de çinco sueldos en arriba (…)". Guarda similitud con este último precepto *Libro de los Fueros de Castilla*, [239]: "Título de deuda o de fiaduría que faga la muger sin otorgamiento del marido.- Esto es por fuero: Que muger que ha marido e faze deuda o echa fiador a otro omne por qualquier deuda que sea, et el marido non lo oviere otorgado, non pagará la deubda nin quitará la fiadura que oviese fecha, a menos de lo mandar e otorgar su marido, de çinco sueldos arriba (…)". La necesidad de obtener el permiso expreso y demostrable del marido para poder obligarse contractualmente queda claramente evidenciada a través de dos de los modelos documentales recogidos por G. Sánchez en su *Colección de fórmulas jurídicas castellanas*, III (1926), pp. 497-498, [XXVIII]: «Licencia que da el marido a su muger para vender algunos de sus bienes e la vencion de dello fase», y IV (1927), p. 395, [LII]: «Clausula para poner en qual quier recabdo que la muger otorga con liçençia de su marido».

12 *Fuero Viejo de Castilla,* [5, 1, 12]: "(…) e el marido non lo otorgando, non pagará la debda nin quitará la debda nin la fiadura que oviese la muger fecha (…) de çinco sueldos en arriba, fueras sy fuere la muger panadera o muger de buhón, a estos omes tales que las mugeres conpran e venden, plaze a los maridos conmo les plaze de la conpra que fazen o en que ganan, e deven ellos pagar lo que ellos manlievan. La debda que fizieren otras mugeres, a menos de lo mandar o de lo otorgar sus maridos, non las deven quitar sus maridos de mas de çinco sueldos e puédanlas anparar sus maridos mientra que fueren bivos e non pagar ellos nin ellas nada de çinco sueldos en arriba. Et, después que los maridos fueren muertos, deven dar ellas lo que manlievan e quitar las fiaduras que an fechas; e sy ellas fueren muertas, los que heredaron lo suyo, seyendo provadas las debdas conmo es derecho, dévenlas pagar, pues que lo suyo heriedan". Igual en *Libro de los Fueros de Castiella,* [239]: "(…) fueras ende si es muger panadera o muger de buhon o de tales omnes que sus mugeres compran et venden e plaze a los maridos; e de cómo les plaze de la compra que fazen en que ganan, así debe pagar lo que ellas manlievan (…)".

13 *Fuero de Sepúlveda*, [64]: "Otrossí, toda muger casada, o mançeba en cabello, o bibda, que morare con padre, o con madre, o con pariente, en su casa, non aya poder de adebdar debda ninguna mas de fata de I moravedí, nin de vender, seyendo de seso, si non fuer con plazentería del pariente con qui morare (…)". *Fuero de Coria*, [142]: "Todas las mugieres que enprestaren o acreyeren alguna cosa unas a otras, respondanse hasta un

marido para salir fiadora de un tercero, y contempla la misma salvedad respecto a los debitos adquiridos por la mujer que ejerciese como profesión la compraventa de mercaderías[14]. Aunque es más original el planteamiento del Fuero de Soria, que, aparte de reconocer la plena capacidad de la soltera para constituir fianza, marca una significativa contraposición entre la transferencia que sufren la mujer o sus herederos de la obligación de pagar la mitad de la fianza comprometida por el marido y la nulidad automática de la deuda o de la fianza que fuese contraída por ella sin que constase que tuviese la aprobación de su consorte[15]. Se trata, por lo tanto, de un principio muy consolidado, que, sin embargo, aparece atenuado en las Leyes del Estilo, donde, tras insistirse en la demanda de que se procure la aprobación marital para poder tomar débitos o presentarse como fiadora de otro, en analogía con lo señalado para el contrato celebrado por el menor sin asistencia de su tutor, se otorga validez al concluido por ella sin haber obtenido el beneplácito de su consorte cuando el negocio le reportase algún beneficio[16]. Trabas, en fin, a las que se suman otras importantes cortapisas procesales, de las que más adelante me ocuparé.

maravedi, e por esto no se paren tras sus maridos". Similar en *Fuero de Usagre*, [146], y *Fuero de Cáceres,* [145].

14 *Fuero Real*, [3, 18, 5]: "(…) E si la mugier fizier alguna fiadura por otri sin otorgamiento de su marido, non uala nin sea tenida ela nin sus bienes por tal fiadura"; [3, 20, 13]: "Maguer que mugier de so marido non pueda fiar nin fazer debda sin otorgamiento de so marido, pero si fuere mugier que uenda o compre pora sí o aya menester de mercadura, uala todo debdo e toda cosa que fiziere en quanto perteneçe a su menester". En su glosa a ésta última ley, A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real de España*, p. 311, extrae la conclusión de que tales restricciones obedecen al hecho de que la mujer casada se halla bajo la potestad del marido, lo que se materializa en tres órdenes diferentes: la residencia, las actividades económicas y la jurisdicción. Pero, como objeta Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, pp. 118-119, su opinión se ajusta más a los dictados del derecho común que a la realidad jurídica castellana, en la que, más que a una situación de incapacidad general, estas limitaciones responden al propósito de preservar saneada la economía conyugal, evitando los posibles perjuicios que su actuación por separado podría acarrear.

15 *Fuero de Soria,* [400]: "Sj el marido ffiziere debda o ffiadura despues que el et su mugier ffueren ayuntados por casamjento et oujeren tomado bendiçiones, do quier que la faga paguenla de consouno. Et si el uno dellos muriere ante que debda ssea pagada, el que ffincare biuo pague la meytad, et los herederos del muerto paguen la otra meytad. Et si la mugier ffiziere debda o ffiadura sin otorgamiento de su marido, ella nin sus bienes non ssean tenjdos por tal fiadura, saluo en aquella guisa que manda el ffuero de los emplazamientos. Et si ante que fuessen ayuntados por casamjento alguno dellos ffizo debda o ffiadura, paguela aquel que la ffizo; et ell otro nj sus bienes non ssean tenjdos de paguar la".

16 *Leyes del Estilo*, [244]: "Quándo vale el contrato que face la muger casada.-. Otrosi, en el título de las Deudas, y de las pagas, en la Ley que comienza: Maguer, asi que

La exigencia de completar mediante la licencia marital la restringida capacidad de obrar de la mujer casada se mantiene viva en los textos legislativos de Alfonso X que son permeables a la difusión del derecho común. Con la destacada particularidad, en el caso del Especulo, de que en el supuesto de que la mujer llegase a efectuar actos jurídicos prescindiendo de recabar el consentimiento del marido, si éste no mostrase su oposición se presumirá que han sido otorgados de modo tácito, cobrando validez todo lo realizado[17]. Podría sorprender que las Partidas no contengan referencia explícita alguna a la obligatoriedad de dicha autorización, teniendo en cuenta que en diversos pasajes de su contenido el legislador se pronuncia con inmoderada crudeza acerca de la innata superioridad del varón sobre la frágil mujer[18], a la que no se duda en calificar de débil, codiciosa y avariciosa[19], y de la que se dice que debe ser gobernada por él[20]. Pero cabe presuponer su exigencia a la luz de preceptos como el que le prohíbe dar limosna sacada de los bienes que están bajo el dominio del marido sin contar con la voluntad de éste, «porque el marido es como señor, e cabeça de la mujer», a no ser que la situación de extrema precariedad del mendigo le hiciese presagiar un grave riesgo de muerte por hambre. Aunque lo que sí podrá hacer sin encomendarse a nadie es utilizar sus propios bienes

muger de su marido no puede fiar, ni facer deudo sin otorgamiento de su marido, estas palabras, ni facer deuda. Y entiendenlas asi en casa del Rey en las deudas en que no se le sigue à la muger algun pro: mas si compra la muger casada alguna cosa, tenida es de pagar, que compró, y llevó: y eso mismo en el emprestido, ò en toda cosa de que pro se le haya seguido: ca los menores, y aun entonce tenidos son". En la misma glosa citada en la nota anterior, A. Díaz de Montalvo defenderá que el otorgamiento marital reclamado en esta ley debería ser previo a la conclusión del negocio, oponiéndose así a la regla canónica (Decretales, 3, 38, 11), que admitía su eficacia convalidante cuando se prestase con posterioridad.

17 *Especulo*, [5, 13, 21]: "(…) E otrossý quando alguno veye que ssu suegro o ssu ssuegra o ssu mugier entra en pleito con otri ssobre deffender alguna de las cosas quel ffueron dadas en casamiento con ella, e non la contradize, que el juyzio que fuere dado sobre aquella cosa contra alguna delas personas sobredichas, que enpeeçe al marido (…)".

18 *Partidas,* [IV, XXIII, II]: "(…) Otrosi de mejor condicion es el varon que la mujer en muchas cosas e en muchas maneras, assi como se muestra abiertamente en las leyes de los titulos deste nuestro libro (…)".

19 *Partidas*, [IV, XI, III]: "(…) e si acaesciesse que la esposa fiziesse don a su esposo, que es cosa que pocas vegadas auiene, porque son las mugeres naturalmente cobdiciosas e auariciosas (…)"; *Partidas* [III, VI, III]: "(…) que quando las mugeres pierden la verguença, es fuerte cosa de oyrlas, e de contender con ellas (…)".

20 *Partidas*, [III, II, V]: "(…) E por ende touieron por bien los sabios antiguos, que los maridos vsen delos bienes de sus mugeres, e se acorriessen dellos, quando les fuesse menester. E otrosi que gouernassen ellos a ellas, e que les diessen aquello que les conuenia, segund la riqueza e el poderio, que ouiessen (…)".

para socorrerle; y también utilizar algunas viandas sacadas de la despensa familiar, siempre que ello no perjudique a la provisión de las necesidades domésticas[21].

Mención especial merece, además, el hecho de que con las Partidas se produce la introducción legal en Castilla del famoso Senadoconsulto Veleyano, al establecerse que, con independencia de su estado civil, la mujer queda completamente inhabilitada para obligarse por otro, aduciéndose para ello motivos de índole más moral que jurídica, basados en la inconveniencia de que, por causa de estas actividades, se viese envuelta en pleitos que le empujasen a frecuentar lugares de reunión de muchos hombres, donde suelen ser habituales comportamientos muy poco adecuados a la castidad y las buenas costumbres que ella debe guardar[22]. En realidad, según J. Lalinde[23], la recepción del senadoconsulto, que en su formulación original concedía excepción frente a la acción dirigida contra la mujer que intercedía por un tercero como fiadora o prestando dinero, con la justificación de que, dadas su inexperiencia y sus carencias intelectuales, no sería equitativo que tuviese que responder por ejercer funciones propiamente varoniles, se había anticipado, ya desde el siglo

21 *Partidas*, [I, XXIII, XII): "Como puede la muger dar limosna de lo de su marido.- Casada seyendo la muger non deue fazer limosna sin voluntad de su marido nin puede prometer romeria, nin ayuno, nis castidad conel contra su voluntad. (…) E esto es, porque el marido es como señor, e cabeça dela muger: pero si ella ouiere algunas cosas suyas apartadamente como cabdal, que non sean en poder del marido ni lo aliñe el, bien puede del dar por Dios sin su mandado. Otrosi, aquello que es en poder del marido, assi como pan e vino e las otras cosas que han los omes en sus casas para sus despensas de aquellas, que ha la muger en guarda, segund la costumbre de la tierra, bien puede la muger fazer dellas merced, mesuradamente a los pobres segund ouiere la riqueza, no menguando en lo que han de cumplir. Pero esto se deue fazer con intencion que non pesara a su marido (…) Mas si ella entendiesse que le pesaria asu marido, o que le diria mal por ello, non lo deue dar, como quier que se duela en su coraçon, porque non lo puede fazer. Pero si ella viesse el pobre en tan grand cuyta de fambre, que se quisiesse morir, non deue dexar de se lo dar: maguer pese a su marido, e gelo vedasse por la razon de suso dicha (…)". En su glosa (i) «Apartadamente» a esta ley, Gregorio López, siguiendo la regla justinianea (Codigo, 5, 12, 30), precisará que tampoco podrá acudir a los bienes dotales, que caen bajo la administración del marido, sino solamente a los parafernales cuya administración retuvo.

22 *Partidas*, [V, XII, II]: "Quales non pueden ser fiadores.- (…) Otrosi dezimos, que muger ninguna, non puede entrar fiador, por otri. Ca non seria, cosa aguisada, que las mujeres, andouiessen en pleyto, por fiaduras, que fiziessen, auiendo allegar, a logares, do se ayuntan muchos omes a vsar cosas que fuessen contra castidad o contra buenas costumbres, que las mugeres deuen guardar".

23 J. Lalinde Abadía, «La recepción española del Senadoconsulto Velleyano», en *AHDE*, 41 (1971), 335-371.

XII, por vía consuetudinaria, a través de pobladores llegados del sur de Francia, calando en diversos ordenamientos locales catalanes y castellano–aragoneses, aunque en éstos últimos de modo imperfecto, al circunscribirse su aplicación a la mujer casada y admitirse las tres excepciones ya señaladas: que mediase la aprobación del marido, que las cantidades implicadas fuesen mínimas y que se tratase de una actividad habitual para ella en razón de su oficio. El caso es que rompiendo con esta tradición[24], el gran código alfonsino suprime tales particularidades, al instaurar, con carácter universal, una prohibición que se plantea, no como una limitación, sino como un privilegio favorable a la mujer, encaminado a compensar su propia defectuosa naturaleza[25]. De ahí que esta concesión se entienda renunciable –como asimismo sucede respecto a la madre que desea convertirse en tutora de sus hijos–, con el fin de evitar los posibles fraudes o problemas jurídicos que pudiesen derivarse de su ejercicio de esta función[26]. Posibilidad de abdicación que constituye una de las ocho excepciones contempladas[27], y que, siguiendo la clasificación propuesta

24 Un cambio de orientación para el que A. Aguilar Cano, «Sobre la ley 61 de Toro», en *RGLJ*, 59 (1881), 314-321, p. 317, sugería como posibles factores explicativos un supuesto restablecimiento de la severidad de las costumbres y una disminución de la secular preponderancia de la propiedad territorial.

25 *Partidas*, [V, XII, III]: "(…) Ca el derecho que han las mugeres en razon de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del, en el engaño: mas por la simplicidad, e por la flaqueza que han naturalmente (…)".

26 *Partidas*, [III, XVIII, XCV]: "Como deuen fazer la carta quando los juezes ponen los huerfanos en guarda de sus madres (…) E sobre todo que diga como doña Hurraca la sobre dicha en esta carta renuncia las leyes deste nuestro libro que dizen que las mugeres non se pueden obligar por otri". De esta posibilidad ofrecen noticias la fórmula «Donación», recogida por G. Sánchez, *Colección de fórmulas jurídicas castellanas*, *AHDE*, III (1926) pp. 476-478; un documento de 26 de junio de 1398, publicado por A. Millares Carlo y J. A. Mantecón, *Albúm de paleografía hispanoamericana de los siglos XVI y XVII*, t. III, México, 1955, pp. 19-22; y otro documento editado por V. L. Cuesta Gutiérrez, *Formulario notarial castellano del siglo XV,* Madrid, 1948, pp. 119 a 126. Los tres son reproducidos por Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, en su Apéndice documental, núms. 2, 8 y 14, respectivamente.

27 *Partidas*, [V, XII, III]: "Por quales razones pueden las mugeres ser fiadores por otri.- Muger diximos en la ley ante desta, que non puede entrar fiador por otri. Pero razones y a; porque lo podria fazer. La primera es, quando fiasse alguno por razon de libertad. E esto seria como si alguno quisiesse afforrar, su sieruo, por dineros e le entrasse alguna muger fiador por los dineros del aforamiento. La segunda es si fiasse a otri por razon de dote. Esto seria como si alguna muger entrasse fiador, a algun ome por darle la dote que deuia auer de la muger con quien casasse. La tercera es, quando la muger fuesse sabidora, e cierta, que non podía, nin deuia entrar fiador si despues lo fiziesse: renunciando de su

por Lalinde, podrían agruparse así: a) según la forma de contraerse la obligación: la renuncia, la prescripción, la renovación y la utilización de vestidos de hombre; b) según la materia sobre la que ésta recae: la liberación de un esclavo y la constitución de dote; c) según los efectos derivados de la misma que supongan beneficio para la fiadora: que interceda por precio, que afiance un hecho propio y que herede de aquél a quien presta su aval[28]. Sistemática que Mª. J. Collantes sugiere reducir a los casos en los que ella obra en beneficio propio o por motivos altruistas; aquéllos otros en los que actúa dolosamente; cuando confirma la fianza después de transcurridos dos años; y la renuncia, que sólo tendrá efecto si conoce el privilegio que le concede la ley[29]. Resulta indudable, pues, que respirando el espíritu de desconfianza y los prejuicios sobre la condición femenina presentes en el derecho romano, las Partidas rescatan el senadoconsulto en su literalidad. Pero, aunque, como veremos, es cuestión generadora de cierta confusión, reflejada en la ley 61 de Toro, la que no se recibe todavía es la ley Auténtica *si qua mulier* de Justiniano (Novela 134, cap. VIII), que confirmando un viejo edicto de Augusto, renovado por Claudio, declaraba nula toda intervención de la mujer a favor del marido, a menos que a ella misma le reportase alguna ventaja[30].

grado, e desamparando el derecho que la ley les otorgo, a las mugeres en esta razon. La quarta razon es, si alguna muger entra fiador por otri, e durasse en la fiadura fasta dos años: e dende adelante, diesse peños, aquel, a quien entro fiador, o le fiziesse carta de nueuo, en que renouase otra vez la fiadura. Ca estonce deue ome asmar, que el principal debdo sobre que fue la fiadura fecha: mas pertenesce a ella, que aquel por quien entra fiadora. La quinta razon es, si la muger recibiesse precio, por la fiadura que fiziesse. La sesta es, quando la muger se vistiesse vestiduras de varon engañosamente, o fiziesse otro engaño qualquier, por que la rescibiese alguno por fiador, cuydando que era varon. Ca el derecho que han las mugeres en razon de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del, en el engaño: mas por la simplicidad, e por la flaqueza que han naturalmente. La setena razon seria, quando la muger fiziesse fiadura, por su fecho mismo. E esto seria, como si entrasse fiador, por aquel que la ouiesse fiado a ella, o en otra manera, semejante desta, que fuesse a su pro. O por razon de sus cosas propias. La octaua razon es quando la muger entra fiador, por alguno e acaesciere despues desso, que ha de heredar los bienes de aquel que fio. En qualquier destas ocho razones, sobre dichas, que entrasse la muger fiador, por otri, dezimos que valdria la fiadura, e seria tenuda de la cumplir".

28 J. Lalinde Abadía, *La recepción española*, pp. 360-365.

29 Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 262.

30 Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 85. Ausencia que es percibida por Gregorio López en su glosa (f), «Renunciando», a Partidas, [V, XII, III], donde, apoyándose en la Auténtica, niega la validez de la renuncia hecha a favor del marido. Las diferencias existentes entre una y otra norma serían puestas de relieve por J. G. Heineccio, *Elementa iuris civilis sencundum ordinem Pandectarum*, Tomus Primus, Venecia, 1767,

b. Licencia general

La dispersión y parcialidad de las regulaciones referidas a la delimitación del ámbito de actuación autónoma de la mujer casada y las propias discordancias de planteamiento creadas con la adhesión a los principios romanistas, patentes en las Partidas, tratarán de ser superadas por el legislador de Toro mediante una serie de leyes, que en su conjunto compondrán un completo marco normativo sobre la materia, llamado a acumular, como dijimos, una inusitada vigencia. La clave de esta construcción se hace reposar sobre una institución, la licencia marital, ya conocida antes, como sabemos, pero dotada ahora de un sólido fundamento teórico, desarrollado, básicamente, en la ley 56. Lo que, aceptando el criterio defendido por Mª. J. Muñoz[31] frente a las pautas de sistematización adoptadas en el propio ordenamiento toresano, nos aconseja arrancar el análisis de esta figura central a partir de este precepto. Aunque, antes de entrar en su contenido, conviene plantearse por qué precisa la mujer disponer de esta licencia. Desde luego, su exigencia no responde en estas leyes a la necesidad de poner barreras a las nefastas consecuencias esperables de la *fragilitas* y la *imbecillitas* congénitas de su sexo, que invocaban el derecho justinianeo y, como epígonas suyas, las Partidas[32]. Y así lo confirma el hecho de que la capacidad de la soltera y de la viuda no se cuestione en ningún momento. Por tanto, la explicación hay que buscarla, de un lado, en su situación de sujeción a la potestad del marido y, sobre todo, en la prevención de los perjuicios que sus actividades por separado podrían ocasionar sobre la prosperidad de una economía familiar cuya dirección está encomendada al hombre, a quien se pretende asegurar el control de todas las operaciones que pudieran incidir sobre ella[33].

lib. 16, tit. 1, & 206, p. 398: 1. El senadoconsulto cubre un ámbito general y la Auténtica sólo afecta a la fianza hecha a favor del marido. 2. El afianzamiento realizado en vulneración de la Auténtica es nulo *ipso iure*, pero no si fuese contrario al senadoconsulto. 3. Éste puede renunciarse fuera de juicio y la Auténtica ni siquiera en este caso. Citado por Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 263.

31 Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 96.

32 Aunque son prejuicios que todavía esgrimen para justificar la obligación de la licencia autores como J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 114v, núm. 2; A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, fol. 343, núm. 1, o Gregorio López, glosa (g), «Otra manera», a Partidas, [IV, XI, V].

33 La necesidad de mantener la unidad de conducción de la administración del patrimonio conyugal en una sociedad predominantemente agraria ajustada a un ritmo lento, es subrayada como causa por M. Pérez-Victoria de Benavides, «La licencia marital

Permite la ley 56 que el marido pueda dar licencia general a su mujer para contraer y para realizar todo aquello que le estaría prohibido hacer sin ella[34]. De su redacción se desprende que este otorgamiento constituye un acto personal, voluntario, exclusivo, indelegable, revocable y no sujeto a requisito formal alguno, si bien, mientras que hay autores, como Castillo y Palacios Rubios, que opinan que deberá plasmarse de manera expresa, por escrito o mediante registro documental[35], a juicio de Antonio Gómez y de Matienzo cabría deducir su manifestación tácita a través de cualquier otra actuación o conducta del marido que dejase inequívocamente clara su intención de conceder la licencia o de consentir el asunto conducido por su mujer[36]. Sus efectos, tan taxativamente descritos por la ley, que ello bastará para desactivar las discrepancias doctrinales[37], son los de conferir plena validez a todas las operaciones emprendidas a su amparo, resultando las concluidas sin su concurso, no nulas, dado que no existen ni incapacidad ni ilicitud, sino anulables, es decir, de eficacia subordinada al ejercicio de la acción de impugnación por el marido o sus causahabientes[38]. Cuestión más espinosa a la que se enfrentarán los intérpretes de esta norma será, sin embargo, la de discernir si esta autorización general habilita a la mujer para embarcarse en toda suerte de negocios jurídicos, o si, por el contrario, debe entenderse circunscrita a aquello que otros preceptos legales anteriores le habían negado. No obstante, parece difícil aceptar que en su virtud la mujer se viese aupada a una posición completamente

en la Historia del Derecho castellano. Una perspectiva metodológica», en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, 6 (1977), 217-259.

34 *Leyes de Toro*, [56]: "Mandamos que el marido pueda dar licencia general á su muger para contraher, y para hacer todo aquello que no podía hacer sin su licencia: y si el marido se la diere, vala todo lo que la muger hiciere por virtud de la dicha licencia". *Nueva Recopilación*, [5, 3, 3]. *Novísima Recopilación*, [10, 1, 12].

35 D. del Castillo, *Las leyes de Toro glosadas*, l. 56, fol. 192r, núm. 2. Su postura se apoya, por analogía, en la similitud con el consentimiento del padre al hijo para actuar en juicio, que legalmente se ordena que sea dado por escrito. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 56, fol. 116r, núm. 2.

36 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, fol. 344, núms. 4 a 7. En concreto, como actos que servirían para atestiguar la existencia de la licencia menciona: la actuación conjunta de la pareja contratando o cuasicontratando con un tercero; la presencia, aunque sea puramente pasiva, del marido durante la conclusión del negocio por la mujer; y la realización por ésta de contratos asociados a la ocupación que desarrolla, con la aprobación de su cónyuge. También aboga por la licencia tácita, refutando las tesis de Castillo, J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 3] fol. 55v, núms. 7 a 10.

37 Por todos, J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 56, fol. 116r, núm. 1.

38 Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 99-100 y 106.

equiparable a la del marido, con la aquiescencia de éste. Por eso, los autores tienden a reducir su alcance a los asuntos ordinarios asumidos por su cónyuge, principalmente los recogidos en las leyes 54 y 55, excluyendo los extraordinarios[39], entre los que se especifican: afianzar en nombre de otro, liberar deudas, malgastar los bienes matrimoniales, cerrar contratos reales o hacer donaciones[40]. Y asimismo hay coincidencia en rechazar que este permiso pueda servirle para enajenar, gravar o hipotecar, en parte o en su conjunto, los bienes dotales, ya que, conforme a lo establecido en las Partidas, esta facultad también le estaba sustraída al marido[41]. Una imposibilidad que, según Antonio Gómez, no es subsanable mediante juramento, porque el recurso a este expediente es inadmisible si se hace en perjuicio de un tercero, que en este caso sería el propio marido[42]. Es más, para Gómez, ni siquiera de sus parafernales podrá ella disponer libremente sin licencia, dado que la participación que a éste le corresponde en sus frutos podría verse perjudicada[43]. Por otra parte, se espera que la actividad desplegada por la casada al amparo de la venia marital se mantenga siempre dentro de los márgenes de la buena fe, quedando viciada

39 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 56, fol. 192v, núm. 3. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 56, fol. 116r, núm. 4. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 3, 3], fol. 56r, núm. 1. B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, I, p. 354, entiende que esta licencia constituye un simple mandato general, basado en la confianza que el marido tieme en la mujer, que, sin embargo, no redime de todas las prohibiciones que tendría un apoderado.

40 En una perspectiva más general, de la misma opinión se manifiesta M. Pérez-Victoria de Benavides, *La licencia marital*, p. 230.

41 *Partidas*, [IV, XI, VII]: "(…) Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enajenar, nin mal meter, mientra que durare el matrimonio, la donación que el dio ala mujer, nin la dote que recibio della: fueras ende, si la diere apreciada. E esto deue ser guardado por esta razon: porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque a cada vno dellos libre e quito lo suyo, para fazer dello lo que quisiesse, o a sus herederos, si se departiesse el matrimonio por muerte". A pesar de suscribir esta opinión, alegando que en las leyes 54 y 55 no se alude a esta posibilidad, M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 56, 35v-36r, p. 36, enumera hasta dieciocho supuestos en los que sí estaría admitida la enajenación de los bienes dotales. Sólo J. González Serrano, *Comentario histórico*, II, l. 56, p. 272, núm. 3, se aparta de esta línea, al sostener que la dote estimada puede ser enajenada, en su calidad de propietario, por el marido, quien, además, puede conferir esa misma facultad a su mujer; por el contrario, en el caso de la dote inestimada será preciso el acuerdo entre ambos consortes.

42 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, fol. 344, núm. 8. Opinión que es suscrita por P. Nolasco de Llano, *Compendio*, l. 56, p. 312, núm. 3, y con similares argumentos, S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, pp. 301-302, núm. 3.

43 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, fol. 343, núm. 1.

de nulidad si luego se demostrase dolosa o fraudulenta[44]; y además, que sea desarrollada con la «diligencia propia de un padre de familia»[45], convirtiéndole la omisión de esta actitud en responsable de los daños que su falta de celo y aptitud pudieran ocasionar. Finalmente, la doctrina se dividirá entre quienes, como Castillo o López de Palacios Rubios consideran que la eficacia de la licencia se agota con el primer acto ejecutado[46] y los que, como Matienzo y Acevedo, defienden que su duración es indefinida, salvo que medie posterior revocación voluntaria[47].

c. Licencia para actos particulares

Aceptación y repudiación de herencia

Junto a la licencia general, que acabamos de tratar, las leyes 54 y 55 de Toro configuran una licencia especial, que se convierte en imprescindible para acometer determinadas actuaciones jurídicas. En la primera de estas leyes, dicha autorización se exige como requisito inexcusable para que durante el matrimonio la mujer pueda repudiar cualquier herencia, ya le venga por vía intestada o testamentaria; regla que rige también respecto a su aceptación, excepto cuando la tomase a beneficio de inventario[48]. Una vez más, frente a la capacidad incondicionada de la soltera y de la viuda, a la casada se le amputa una parte esencial de su personalidad jurídica,

44 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 56, fol. 192v, núm. 3. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 56, fol. 116r, núm. 4. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 3, 3], fol. 56r, núm. 2.

45 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 56, fol. 192v, núm. 3. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 56, fol. 116r, núm. 3. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 3, 3], fol. 56r, núm. 1.

46 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 56, fol. 192v, núm. 4. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 56, fol. 116v, núm. 7.

47 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR [5, 3, 3], fol. 56r, núm. 7, se basa en que la expresión de la ley: "vala todo lo que hiziere" es universal y general, por lo que debe extenderse a los actos futuros. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 3], fol. 70, núm. 8. Opción que Mª. J. Muñoz García, *Las limitaciones a la capacidad*, p. 105, ve más acertada, pues en otro caso habría que hablar de licencia especial.

48 *Leyes de Toro*, [54]: "La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga *ex testamento*, ni *ab intestato*: pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia qualquier herencia *ex testamento*, *et ab intestato* con beneficio de inventario, y no de otra manera". *Nueva Recopilación*, [5, 3, 1]. *Novísima Recopilación*, [10, 20, 10].

hasta asimilar su situación civil a la del menor sometido a tutela, en aras de la protección del interés del marido y de la sociedad conyugal ante los perjuicios que de su decisión pudieran derivarse. Y para lograrlo, el legislador no tiene reparos en apartarse de los ordenamientos precedentes, que se habían abstenido de poner trabas a la libre voluntad de la mujer para ejercer o abdicar de sus derechos sobre la herencia a la que había sido convocada[49], por estimarse que, no habiéndose consolidado todavía ésta, su dejación no comportaba merma patrimonial alguna. Por lo que atañe a la denegación, además de subrayar el referido cambio de rumbo producido respecto al *ius commune,* juristas como Castillo, Palacios Rubios o Acevedo llamarán la atención sobre la posible contradicción en la que podría incurrir esta ley en relación con la 47 y la 48, de las que se colige que a raíz de su casamiento la hija sale de la potestad paterna, pasando a ser *sui iuris*, lo que teóricamente le capacitaría para decidir según su propio arbitrio la postura a adoptar. Sin embargo, no dejarán de admitir que la razón de su inhabilitación estriba en que las consecuencias de lo que ella haga no afectarán al padre, sino al marido, que es quien, como usufructuario de la herencia, podría verse perjudicado al verse privado de los beneficios que ésta pudiese reportarle[50]. A lo que añadirá Matienzo, que si renunciase sin contar con la preceptiva licencia, su cónyuge o ella misma podrían después aceptarla, por estar su anterior pronunciamiento viciado de nulidad[51]. Y por su parte, Llamas y Molina, que suscribe los planteamientos de sus antecesores, amplia la aplicación del precepto a los legados y las donaciones *inter vivos*, debido –alega– a que por su naturaleza serán siempre lucrativos para quien los recibe[52].

Idénticos motivos a los expuestos explican que en la segunda parte de la ley se prohíba también la adición de la herencia, salvo cuando se hiciese a beneficio de inventario, es decir, resguardándose de la obligación de responder de las cargas que pudiese traer adheridas que fuesen más

49 Así, en *Partidas*, [VI, VI, XIII]: "Quales omes que son establecidos por herederos pueden tomar, e ganar la herencia por si: e quales per otorgamiento de otri (…)", no se incluye a la mujer entre quienes necesitan un otorgamiento ajeno para aceptar la herencia.

50 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 54, fols. 185r-186v, núms. 1 a 17. Este autor compara esta situación con la del pupilo, que no puede repudiar sin permiso del tutor, y la del monje, que necesita el de su abad. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 54, fol. 114r, núms. 2 y 3. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 1], fol. 53, núm. 4.

51 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR [5, 3, 1], fol. 51v, núms. 3 y 4.

52 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 54, p. 294, núm. 4.

allá de las que alcanzasen a subvenir sus propios elementos integrantes[53], buscando eliminar, de esta forma, el peligro que podrían entrañar para la economía conyugal. Unánimemente conformes con la medida, los comentaristas solamente se detendrán en la resolución de algunos supuestos concretos que podrían plantearse. Por ejemplo, el de que por negligencia de la mujer, el inventario pactado por ella no llegase a efectuarse dentro del plazo establecido, ante lo cual, sostendrá Matienzo que el marido no deberá sufrir las consecuencias, a menos que compartiese la culpa de que dicho término temporal hubiese expirado, en lo que encuentra la enérgica oposición de Acevedo, quien recuerda que la adición realizada en estas circunstancias será nula, ya que sus efectos se proyectan hacia otros bienes distintos de los hereditarios[54]. Otro punto en el que polemizarán estos autores será el relativo a si la mujer queda obligada *in solidum* a los acreedores cuando acepta la herencia sin beneficio de inventario y sin licencia[55]. A su vez, Llamas y Molina refutará la posibilidad de que la mujer que contraiga nuevas nupcias pueda adquirir o rechazar la mitad que le corresponde de los gananciales obtenidos en un enlace previo sin el beneplácito de su actual pareja, lo primero por no gravarle, y lo segundo por no privarle del provecho que su apropiación podría reportarle[56]. Por último, González Serrano sugerirá la hipótesis de que el marido consintiese que la mujer manifestase su disposición a entrar en la sucesión sin observar la

53 La institución del beneficio de inventario venía regulada en *Partidas,* [VI, VI, V]: "Como el heredero non queriendo tomar plazo para consejarse deue entrar los bienes del defunto seguramente, faziendo inuentario primero (…)". La razón de esta diferencia la plantea con claridad B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, I, p. 349-350: "Pero la ley comprende dos estremos (…) no permite a la mujer repudiar una herencia, aunque sí admitirla, con tal que lo haga a beneficio de inventario. El primero de estos actos sería perjudicial al marido interesado desde luego en los productos de la herencia, y para quien no es indiferente que se aumenten los bienes de su esposa: en cambio nada pierde con la adición hecha en el segundo caso, pues recibida la herencia a beneficio de inventario, la responsabilidad se estiende hasta donde alcancen los bienes y no más".

54 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa III a NR [5, 3, 1], fol. 52r, núm. 1. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 3, 1], fol. 55, núms. 17 y 18.

55 Mientras que J. Matienzo, *Comentaria*, glosa III a NR [5, 3, 1], fol. 52r, núms. 1 y 2, parece inclinarse en sentido afirmativo, A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 3, 1], fol. 55, núm. 19, impugna esta opinión, siendo tibiamente secundado, con apelación a lo dispuesto por la ley 55, por S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, p. 295, núm. 6.

56 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, p. 295, núms. 7 a 9. Aduciendo que nunca los actos de la mujer deben comprometer los intereses puestos bajo la salvaguarda del marido, comparte su juicio B. Gutiérrez Fernández, *Estudios*, I, p. 350.

precaución de confeccionar el inventario, opinando que entonces deberá arrostrar los daños que ello le acarrease, a no ser que pudiese probar que no tuvo conocimiento de ese acto, que en tal caso será considerado nulo y absolutamente vacío de valor[57]. Este autor entenderá, además, que el régimen de esta ley sería también de aplicación a los legados y a las donaciones, tanto *inter vivos* como *mortis causa*[58].

Contratar, cuasicontratar y redimir obligaciones y deudas

Mucho más rico será el debate doctrinal ante el extenso diámetro del ámbito de maniobra de la mujer casada rendido a la disciplina de la licencia marital por la ley 55 de Toro. Constando su contenido de dos partes bien diferenciadas, su exigencia para contratar y cuasicontratar, rescindir lo ya contratado y liberar una deuda, de un lado, y la incapacidad procesal de comparecer, activa o pasivamente, en juicios civiles, por el otro[59], trataremos de cada una de ellas por separado. Pero en el entendimiento de que la inhabilitación absoluta sentada en la norma –en tanto que no admite excepciones– obedece al mismo propósito anteriormente mencionado de preservar de perturbaciones la jefatura del marido en la gestión de los asuntos matrimoniales, ya que una vez disuelto el matrimonio no se pedirá la licencia. Y con esta finalidad se arbitra este eficaz instrumento de control, que los autores consideran aplicable no solamente a los bienes hurtados a las menguadas facultades de administración y disposición de la mujer, es decir, dote, arras y gananciales, sino también a sus bienes propios y parafernales[60].

57 J. Gónzalez Serrano, *Comentario histórico*, II, l. 54, p. 265, núm. 8. En todo caso, advierte, la mujer deberá responder con sus bienes, porque actuó como si pudiera hacerlo.

58 J. Gónzalez Serrano, *Comentario histórico*, II, l. 54, p. 264, núms. 6 y 7. Aunque en el caso de las donaciones *inter vivos* opina que puede llevar a situaciones ridículas, por negarse a la mujer lo que se admite para los niños.

59 *Leyes de Toro*, [55]: "La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido como no pueda hacer contracto alguno, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningun contracto que á ella toque, ni dar por quito á nadie del, ni pueda hacer quasi contracto, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido: y si estuviere por si, ó por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere". *Nueva Recopilación*, [5, 3, 2]. *Novísima Recopilación*, [10, 1, 11].

60 Así lo interpretan, entre otros, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, fol. 343, núm. 1, y A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 2], fol. 57, núm. 1. La cuestión de los parafernales planteaba un problema de compatibilidad con *Partidas*, [IV,

Indudablemente, la limitación más importante que establece este precepto es la relativa a la capacidad de contratar, sobre la cual surgirán abundantes dudas, que sus comentaristas resolverán en direcciones, muchas veces, divergentes[61]. Una primera cuestión, suscitada también respecto a la licencia general, será la de si la autorización debería concederse de manera expresa, o si bastará con que sea tácita, como es opinión común entre los juristas, que estiman suficiente para considerarla implícita el hecho de que el marido esté presente, sin oponerse, cuando ella contrata, o que ambos negocien conjuntamente con un tercero; deducción que será igualmente aplicable cuando litigue en juicio[62]. Este problema lo conectan varios de ellos con el referido a si la mujer precisará de la licencia de su cónyuge para contratar con él mismo, a lo que, por ejemplo, Castillo, Antonio Gómez y Matienzo responden que el simple cierre de la operación entre ambos permite presumir que concurre la conformidad del marido[63], mientras que Gregorio López, aferrado al viejo argumento

XI, XVII], que otorgaba su dominio a la mujer, puesto de relieve por F. Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, I, pp. 771-772, quien, para salvarlo, aboga por perfilar la licencia marital o judicial como un complemento necesario a la capacidad de administrarlos de la mujer, en la que el marido no podrá intervenir, salvo que ella le hubiese cedido expresamente su gestión. Véase Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, p. 356.

61 En su análisis me servirá de apoyo, como en los demás puntos concernientes a este apartado, Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 131-151.

62 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 187v-188r, núm. 10, quien añade que si la ley hubiese querido que la licencia fuese expresa lo hubiese indicado así. M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 55, fol. 34v, núms. 13 a 15. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115r, núm. 5. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 55, fol. 344, núms. 4 y 5, que señala que si el marido guardase silencio es que el asunto no le produce ningún daño, añadiendo que si la mujer realiza esas operaciones en el desempeño de alguna ocupación o negocio habitual, consintiéndolo el marido, la licencia puede presumirse existente. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 2], fols. 58 a 60, núms. 8 al 23, considera que para entender que existe consentimiento tácito el marido debe realizar algún acto positivo, como asistir a la celebración del contrato o llamar a un notario; y tambíen que si actúa conjuntamente con su mujer, el contrato debe tenerse por válido, especialmente si resulta confirmado por el paso del tiempo, pues la voluntad se declara tanto de palabra como de obra. Comparte estas opiniones J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 55, p. 328. La cuestión sería tardíamente resuelta por sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1861, que confirmaría que sería suficiente la existencia de actos del marido que permitiesen deducir, sin ningún género de dudas, que consintió y aprobó la obligación contraída por su mujer. Sentencia citada por B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, I, p. 359.

63 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 187v-188r, núm. 10. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 55, fol. 344, núm. 4. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 53v, núm. 12. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, p. 298, núms. 8 y 9, parece suscribir la opinión de estos autores, aunque recoge la propuesta de A. de Acevedo, *Comentarii iuris*

de que su inferioridad física y mental le hace vulnerable a obrar contra su propio interés, sostiene que ni siquiera contando con su consentimiento podrá contratar con su consorte[64]. En contraste, la posibilidad de que la licencia se preste después de haber sido concluido el contrato por la mujer no crea debate, pues la ratificación viene específicamente prevista, como luego veremos, en la ley 58, pero siempre deberá anticiparse a la eventual reclamación presentada por la otra parte, pues de ser posterior esa confirmación carecerá de efectos[65]. Por otro lado, la categórica frase «no puede hacer contrato alguno», contenida en la ley, llevará a la doctrina a preguntarse si esta exclusión afecta a ciertos actos jurídicos concretos. Así, habrá coincidencia en afirmar que en ella no están comprendidas las facultades de testar y de dejar legados, que ya las Partidas admitían para la mayor de edad, cualquiera que fuese su estado[66], aunque todavía sigue negándosele la aptitud para figurar como testigo en el testamento[67]. Sí aparecen, por el contrario, notables discrepancias respecto

civilis, III a NR, [5, 3, 2], fol. 59, núms. 15 a 17, de optar por la licencia por simple cautela, y recuerda que la ley 61 prohíbe que la mujer se obligue de mancomún con el marido.

64 Gregorio López, glosa (g), «Otra manera», a Partidas, [IV, XI, V].

65 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 187v, núm. 6. M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 55, fol. 34v, núm. 15. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115r, núm. 4. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 55, fol. 344, núm. 6. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 2], fols. 60-61, núms. 25 a 27.

66 Más exactamente, en *Partidas*, [VI, I, XIII] se incluye la relación de quienes no pueden hacer testamento, no mencionándose entre ellos a la casada mayor de doce años: el hijo que se halla bajo potestad paterna, el mozo menor de catorce años y la moza menor de doce, el que haya perdido la memoria, el mudo y el sordo de nacimiento o el que siéndolo con posterioridad no sabe escribir. En *Partidas*, [VI, XII, I] se reconoce su capacidad para otorgar codicilo: "(…) E puede lo fazer todo ome que sea mayor de catorze años, e la muger de doze años, solamente que non sea de aquellos a quien es defendido según diximos en el titulo de los testamentos (…)".

67 *Especulo,* [4, 7, 3]: "Mugier dezimos otrossí, que non deue testiguar en las cosas que aquí diremos, assí commo en testamento que ffaga alguno por carta quando ffinasse, o manda que ffaga por palabra estando en tal manera que non podiese ffazer testamento. Pero si acaesciesse, que alguno ouiesse a ffazer ssu manda con cueyta en tal lugar que non podíes auer varones para testigos, ffaziéndola ante dos buenas mugieres o más, en tal manda como ésta dezimos, que bien pueden testiguar las mugieres (…)". *Partidas*, [VI, I, IX]: "Quales omes non pueden ser testigos en los testamentos (…) Nin las mugeres, nin los que fuessen menores de catorze años (…)". Mantienen estos planteamientos: D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fols. 187r-v, núms. 4, 5 y fol. 188r, núm. 14. M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 55, fol. 35r, núm. 19. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115r, núm. 3. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 52v, núm. 3. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 2], fols. 67-68, núms. 88 y 94 a 96, excepto cuando el testamento contuviese un contrato.

a las donaciones, pues si bien hay bastante unanimidad en requerir la licencia para las efectuadas *inter vivos*, por tratarse de un contrato y, además susceptible de traer graves perjuicios al marido[68], en lo tocante a las canalizadas *mortis causa* choca la postura de Matienzo, partidario de no exigirla, por analogía con su libre capacidad de testar, y la de Acevedo, que la pide, apelando al carácter contractual de estas liberalidades, en tanto que Llamas y Molina intenta conciliar ambas posiciones, defendiendo que la donación será válida cuando su entrega se condicione a la muerte del marido, y nula si se realiza en vida de éste[69]. Asimismo, los autores reflexionarán sobre su necesidad para desarrollar otras clases de actividades con trascendencia jurídica como son: constituir dote[70], dar limosna o contribuir a causas piadosas[71], transigir o comprometerse[72],

68 Los pronunciamientos sobre esta naturaleza contractual no son, con todo, siempre categóricos. La licencia es imprescindible para D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 188r, núm. 15, y A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, l. 55, fols. 64-65, núms. 66 y 67. F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l. 52-57, fol 253r, núm. 49, sostiene que ni siquiera basta una licencia general, siendo precisa licencia especial. Se plantean dudas sobre si constituye un contrato: J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115r, núm. 9, y J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 52v, núm. 2, que se hace eco del debate existente sobre si cabe incluir la donación entre los contratos, pero opina que la ley 55 ha querido incluirla con toda razón, porque con ella se puede causar mayor perjuicio al marido que con otros tipos de contratos.

69 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 52v, núm. 2, con apoyo en Partidas [V, XI, IV], donde se indica que el que puede testar puede donar *mortis causa*. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 3, 2], fols. 64-65, núms. 72 y 73. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 55, p. 297, núms. 4 y 5. B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, I, p. 351, encuentra la propuesta de Llamas ingeniosa, pero difícil de aceptar.

70 M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 55, fol. 35r, núm. 20, cree que no se precisa la licencia, a lo que se oponen J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 53r, núm. 10, y A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 2], 2, fol. 65, núm. 66, que incluso la entiende imprescindible para dotar a la hija común, ya que podría ocurrir que al marido no le interesase que fuese muy copiosa, o que prefiriese esperar un tiempo para dotarla.

71 También aquí se contraponen la posición favorable de M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 55, fol. 35, núms. 17 y 18, y las de J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 53r, núm. 10, y A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 3, 2], fol. 65, núms. 70 y 71, que siguen alegando para reclamar la necesidad de la licencia el perjuicio que ello podría comportar para el marido, a menos, según Acevedo, que la limosna fuese de muy escasa entidad y que la hija hubiese sido generosamente dotada, pues entonces sí estaría permitida.

72 Mientras que D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 188r, núm. 14, y J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115r, núm. 8, piensan que la licencia es innecesaria, por considerar que en el concepto de contrato no entra el compromiso, J.

afianzar, empeñarse o hipotecar[73], y participar en compraventas[74]. Otro principio que no alienta discusión alguna es el de que el juramento no sirve para proporcionar firmeza al contrato celebrado sin la aprobación del marido[75]. Y un último asunto abordado por la mayoría de los intérpretes de la ley es el concerniente a si, aun en defecto del obligatorio permiso marital, el contrato será válido cuando resultase útil y provechoso para la mujer, tal como, contradiciendo lo dispuesto en el Fuero Real, se contemplaba en las Leyes del Estilo. Los juicios sobre este punto se diversificarán: desde Palacios Rubios, que rebate su eficacia, aun cuando beneficie al marido[76]; a Cifuentes Acevedo o Álvarez Posadilla[77], que entienden que cuando éste obtenga alguna ventaja puede ratificarlo antes de que la otra parte lo impugne; y hasta quienes, como Antonio Gómez, Matienzo o

Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 53r, núm. 8, aboga por lo contrario, debido a que, a su juicio, el compromiso tiene fuerza de donación.

73 La imposibilidad de eludir la obligación de obtener la licencia para implicarse en estos actos, reforzada por la ley 61 de Toro, es suscrita por la generalidad de los autores. Por ejemplo, D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 188r, núm. 15. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 52v, núm. 4, y A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 2], fol. 65, núm. 68.

74 Tampoco genera polémica que la mujer no puede realizar compras o efectuar ventas sin la aprobación marital: D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 188r, núm. 15. M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 55, fol. 35r, núm. 21, que apunta como excepción el que el marido sea pobre, lo que, sin embargo, refuta, incluso en el caso de que, estando la mujer en una situación de extrema necesidad, el marido estuviese ausente, A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 2], fols. 63-65, núms. 48, 55, 74 y 80, quien, al igual que J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 53v, núms. 5 y 6, sí admite la transferencia de la posesión sin licencia.

75 Por todos, J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 116v, núm. 18, y A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, fol. 344, núm. 8, que establece una distición entre la eficacia del juramento para validar el contrato realizado por la mujer sin licencia de los parientes, al estar basada su necesidad en la fragilidad del sexo femenino, por lo que su admisión no causa perjuicio, y su ineficacia en este otro caso, en que es exigida para evitar daños patrimoniales al marido.

76 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 116v, núm. 19. También sostendrá, mucho más tarde, que la ley no permite esta interpretación, B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, I, p. 352.

77 M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 55, fol. 35r, núm. 22. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 6], fol, 75r, núm. 12, cree que en todo caso es necesaria la ratificación del marido, o en su defecto, la del juez. En realidad, lo que afirma J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 55, p. 327-328, que *a sensu contrario* viene a ser lo mismo, es que el contrato no valdrá si el marido se empeñase en no ratificarlo o muriera antes de hacerlo. Y añade que, si verdaderamente bastase la utilidad, la posibilidad de recurrir a la licencia judicial contemplada en la ley 59 supondría una creación superflua.

Llamas y Molina –éste con apoyo la ley 59, que permite solicitar la licencia judicial cuando la causa de contratar sea favorable para la mujer, si bien introduce ciertas objeciones[78]–, lo tienen por efectivo y consolidado cuando se demostrase productivo para la contratante.

Recordemos, además, que la ley no solamente exige la licencia para poder celebrar contratos, sino también para desistir de «ningun contracto que a ella toque», lo que parece aludir, no al que hubiese realizado de soltera y vaya a ser ejecutado ahora, que únicamente le compete a ella, sino al efectuado con sus bienes privativos ya de casada y con licencia del marido, pues habrá pasado automáticamente a ser un asunto concerniente a ambos miembros de la pareja[79]. Por eso, la doctrina no cuestionará la oportunidad de su sujeción a iguales solemnidades y requisitos que los impuestos para la contratación[80]. Y lo mismo sucede respecto a la prohibición de remitir o perdonar obligaciones ajenas, a menos –cabe suponer–, que éstas sean puramente personales y huecas de connotaciones patrimoniales, así como la de protagonizar cuasicontratos, es decir, hechos lícitos y voluntarios por los que ella adquiriese un compromiso jurídico, recíproco o no, con un tercero[81].

Comparecencia en juicio y capacidad procesal

Además de en la esfera contractual, las restricciones sufridas por la mujer casada en virtud de la ley 55 de Toro invaden, recortándolo sensiblemente, su ámbito de autonomía en el terreno procesal, al prohibírsele

78 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, fol. 343, núm. 2, equipara esta situación a la del menor de edad que contrata sin autorización del tutor. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 2], fol. 53v, núm. 13. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 55, p. 297-298, núms. 6 y 7, en principio suscribe la postura de los dos anteriores, acudiendo al paralelismo con la ley 54, que sólo permite adir la herencia a beneficio de inventario, pero muestra reticencias en el supuesto de que el negocio sea lesivo para el marido.

79 Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 143.

80 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 188r-v, núms. 16 a 18. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, fol. 343, núm.1. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 3, 2], fol. 54r-v, núm. 1. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 3, 2], fol. 68, núm. 99. Sólo J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115r, núms. 10 y 11, parece apartarse de esta línea, al sostener que el concepto de «distrato» no cabe en el de contrato.

81 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 188v, núms. 25 a 27. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115r, núms. 12 y 13. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 55, fol. 343, núm. 1. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa III a NR, [5, 3, 2], fol. 54v, cuestión (c). A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 2], núms. 102 a 105. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 55, p. 299, num. 14.

comparecer en juicio, tanto activa como pasivamente, sin licencia de su marido, y declararse carente de validez todo aquello que actuase, por sí sola o con mediación de un procurador, sin cumplir dicha condición. Aunque, en realidad, este tipo de cortapisas habían constituido una constante en la evolución jurídica precedente, si bien nunca habían llegado a provocar la anulación absoluta de su legitimación como litigante.

Así, como trasunto de lo dispuesto en el derecho visigodo, en el Fuero Juzgo la casada tiene negada la capacidad para participar en pleitos en representación de otra persona, aunque sí se admite que defienda sus propias causas, de tal modo que el marido no podrá sustituirle sin su autorización, y si lo hiciese, ella podrá apelar frente al fallo contrario del tribunal, solicitando la reanudación de la vista y asumiendo su alegato o delegándolo en quien desease designar[82]. Y a pesar de que no se trata de un aspecto al que prodiguen su atención, también en los ordenamientos municipales descubrimos que sus facultades aparecen disminuidas en este terreno. Por ejemplo, en los fueros de la familia de Cuenca-Teruel únicamente se contempla su posición como encausada reemplazando como responsable subsidiaria a su marido ausente o fugado ante la reclamación de un crédito pendiente no satisfecho por él[83]. Circunstancia que también viene regulada en el Fuero de Soria, que, sin embargo, presenta las destacadas novedades de aceptar que la mujer argumente en su propio litigio, y de exigir a la unida en matrimonio que, con excepción sólo de los vinculados a los «fechos mugieriles» y por una cantidad no superior a cinco sueldos, consiga el otorgamiento de su pareja para poder promover su iniciación[84], amén de una curiosa especialidad, referida a la mujer

82 *Fuero Juzgo*, [2, 3, 6]: "Las mueres non deven traer el pleyto dotri nenguno, mas bien pueden razonar su pleyto si se quisieren. Ni el marido non puede traer el pleyto de la muier sin su mandado de ella, si non diere buen recabdo que la mugier aya por firme lo que el fiziere. E si la mugier lo quisiere despues desfazer, el marido deve perder la pena que prometio con el recabdo. E si el marido que trae el pleyto de la mugier sin su mandado, lo perdiere por ventura, esto non deve empeecer a la mugier, que ella non lo pueda demandar de cabo por si, ó por otri si quisiere. E si por ventura el marido fué venzido con derecho, é la mugier se querella de cabo, si ella o su personero fuere venzudo otra vez, porque semeia que su marido fue venzudo con tuerto, ella debe fazer emienda al iuez que iudgó primeramientre el pleyto é á su adversario, por quel fizo trabaiar con tuerto assi cuemo manda la ley".

83 Sobre esta cuestión se ha tratado en el apartado referido al reparto de responsabilidades por deudas y delitos en el seno de la pareja casada, al que me remito.

84 *Fuero de Soria*, [147]: "Ninguna mugier non pueda seer personera dotri nin pueda razonar pleyto ageno; mas el su pleyto mismo pueda lo razonar si quisiere"; [162]:

«maridada» que regentase una tienda donde se comerciase con cera, óleo, pimienta y similares, la cual podrá suscitar la activación del procedimiento judicial encaminado a solventar conflictos derivados de estos asuntos, salvo en los casos en los que estuviese prevista una sanción pecuniaria, una caloña, siendo entonces su cónyuge quien deberá asumir su defensa o la denuncia de los hechos[85]. Es más, de la importancia que se concede al poder de representación que corresponde en exclusiva al marido nos da una buena prueba la rigurosidad de la pena, equiparada a la impuesta por homicidio, con la que en algunos lugares se castiga a quien se arrogase el papel de prestar auxilio judicial a la mujer ajena[86].

Por su parte, el Fuero Real –del que, en lo esencial, no se apartan ni el Especulo ni las Partidas, excepto en que en ambos cuerpos legales la mujer tiene permitido escudarse en la ignorancia de las leyes por razón de su sexo[87]– adopta en este apartado una postura relativamente tolerante, ya que, si bien el marido puede voluntariamente demandar o responder a

"Mugier maridada, pleyto que fiziere con otri u otro con ella sin otorgamiento de su marido, non uala, si non en aquellas cosas et en aquella guisa que dize en el capitulo de los emplazamientos, et en pleyto de filaza, et de las otras cosas que pertenecieren fechos mugieriles fasta v. ss.".

85 *Fuero de Soria*, [135]: "Mugier maridada non pueda enplazar omne ninguno ni mugier ninguna, ni ella non uenga a plazo, fuera sacado si fuere enplazada por su marido non seyendo en la uilla ni en el termino (...). Otrosi si fuere mugier que tenga tienda de çera et de olio et de pimienta et de las otras cosas que perteneçen a este mester, que pueda enplazar e demandar por si. Et sea tenida de uenir al plazo et responder en estas cosas sobredichas et non en otras, saluo en pleyto de calonna en que el sennor aya parte, que sea tenido el marido de traher la a derecho o responder por ella (...)".

86 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática [XIII, 3]: "Siquis uxorem alienam defenderit, pectet trecentos soldos, et exeat inimicus". Igual medida se recoge en *Fuero de Zorita de los Canes*, [310]. *Fuero latino de Teruel*, [411]. *Fuero romance de Teruel*, [523]. *Fuero de Iznatoraf*, [314]. *Fuero de Béjar*, [396]. *Fuero de Alcaraz,* [IV, 90]. *Fuero de Alarcón*, [294]. *Fuero de Baeza,* [313]. *Fuero de Úbeda*, [XXX, 7 (b)]. En Plasencia y Béjar este hecho no comporta la declaración de enemistad, repartiéndose los 330 maravedíes de multa entre el marido y los alcaldes. *Fuero de Plasencia*, [155]: "Todo omne que mugier aiena deffendiere, peche XXX mrs. al marido et a los alcaldes (...)". En este mismo sentido, *Fuero de Ledesma*, [387]: "Quien anparare mugier ayena asu marido, peche trezientos soldos, e non li preste; e en esto non a parte el palacio".

87 En el *Especulo*, [1, 1, 12] se justifica porque la mujer es de débil naturaleza: "(...) e otrossí las mugieres sse pueden escussar por rrazon que sson de fflaca e de liuiana natura, e aún por que les non cae de aprender leys en escuelas nin de vsar pleitos aminadas entre los varones (...)". Y en *Partidas* [III, XIV, VI] porque: "son simples de seso", o [V, XIV, XXXI]: "(...) O si fuesse muger o menor de veynte e cinco años, o labrador simple, ca estos atales bien se pueden escusar en tales razones como estas diziendo, que non sabian estas leyes".

la acusación en el lugar de su consorte[88], a ésta se le reconoce la facultad de hacer alegaciones en aquel proceso que le afecte directamente, pero no en la posición de un tercero, a no ser –en las Partidas– que se tratase de sus ascendientes o descendientes[89]. Al tiempo que para pleitear con su padre o con su madre, a la soltera se le pide tener cumplidos veinticinco años, y a la casada que cuente con la autorización del marido[90]. Y en lo tocante a la prestación de su testimonio, en el Fuero Real solamente resulta habilitada en los denominados «fechos mujeriles» y sobre las cosas que fueran contra el rey o contra su señor[91], mientras que en el Especulo, en las causas graves sólo se admite su participación cuando no hubiese hombres a los que recurrir para identificar a quienes pudiesen conocer

88 *Fuero Real*, [1, 10, 5]: "Todo marido pueda demandar e responder por su mugier e todo pariente por su parient fasta en aquel grado que manda la ley deste fuero que non pueda testiguar un por otro; e esto sea dando fiador que aquel por quien demandare o respondire que lo otorgue que esté por ello (...)". *Especulo*, [4, 8, 11]: "Non sseyendo dados por perssoneros por testigos o por carta, assí como de ssuso dixiemos, omnes ý á que pueden demandar e rresponder por otros; e éstos sson assí commo marido por mugier, o pariente por pariente ffasta el quarto grado conplido (...)".

89 *Fuero Real*, [1, 10, 4]: "Ninguna mugier non razone pleyto ageno nin pueda seer personero dotri, mas su pleyto proprio puédalo razonar si quisiere". *Especulo*, [4, 9, 3]: "(...) E los que pueden rrazonar por ssí e non por otros son éstos: assý commo mugier que non puede rrazonar por otri, ca non conuiene a las mugieres rrazonar pleitos aienos porque esto non pertenesçe ssinon a los varones (...)". *Partidas*, [III, V, V]: "Quien puede ser personero, e a quienes es defendido que non lo sea.- (...) Otrosi dezimos, que muger non puede ser personera en juyzio por otri. Fueras ende, por sus parientes, que suben, o descienden por la liña derecha, que fuessen viejos, o enfermos, o embargados mucho en otra manera. E esto quando non ouiesse otri en quien se pudiessen fiar que razonasse por ellos. E aun dezimos, que puede la muger, ser personera para librar sus parientes de seruidumbre, e tomar, e seguir alçada de juyzio de muerte, que fuesse dado contra alguno dellos (...)".

90 *Fuero Real*, [1, 11, 8]: "(...) Mas después que los fiios salieren de poder de su padre o de su madre o estando con ellos fueren casados e ouieren sus cosas departidas e recabdaren sus cosas por ssí e ouieren edat de XXV annos e fizieren pleyto co su padre o su madre o con algún dellos, tal pleyto uala. Esto uala entre los fiios uarones; ca pleyto que faga fiia por casar, quier sea en cabellos quier bibda, sil fiziere con padre o con madre o con uno dellos, non uala, maguer aya XXV annos; e si fuer casada e lo otorgue el marido el pleyto que fiziere, uala".

91 *Fuero Real*, [2, 8, 8]. En concreto, como «fechos mujeriles» se mencionan las "(...) cosas que fueren fechas o dichas en banno o en forno o en molino o en río o en fuente, o sobre filamientos o sobre teximientos o sobre partos o en casamientos de mugier o en otros fechos mugeriles, e non en otras cosas sinon en las que manda la ley"; pero no siendo éstos, "Si fuere mugier que ande en semeiança de uarón, non queremos que testimonie, sinon en cosa que sea contra rey o contra su sennorío".

los hechos, y en los demás pleitos cuando las mujeres llamadas a testificar fuesen de buena fama y no existiese contra ellas motivo de recusación[92], que son requisitos también presentes en las Partidas[93].

Queda patente, por tanto, que las limitaciones procesales contenidas en la ley 55 suponen un agravamiento respecto a estos antecedentes, aunque también es evidente que el legislador ha querido salvaguardar la función supervisora del marido, pero sin llegar a conferirle la representación legal de la mujer, con lo que, implícitamente, ésta conserva su capacidad para comparecer ante los tribunales, por sí misma o auxiliada por un procurador, sin perjuicio de que esta aptitud necesite ser completada[94]. A la hora de buscar la justificación latente en esta medida, constituye un lugar bastante común entre los autores apelar a que actuar en juicio equivale a realizar un cuasicontrato, y a que sería contradictorio que, por un lado, a la mujer se le prohibiese enajenar y que, por otro, se le permitiera pleitear, tal vez en relación con los mismos bienes[95]. Es más, Castillo sostiene que ni siquiera cuando el litigio afectase a sus bienes parafernales y privativos podrá eludir el trámite de conseguir la licencia de su cónyuge, ya que sus frutos son de pertenencia conjunta[96]. Ahora bien, si el marido

92 *Especulo*, [4, 7, 3]: "(…) Otrossí dezimos que non pueden testiguar en pleito que ssea de iustiçia de muerte nin de lissión en cuerpo de omne o de mugier, o porque perdiesse lo que ouiesse o fuesse desterrado, ssinon sse acaesçiesse que el mal ffecho sse ffeziesse en tal lugar que non podiessen auer varones que testiguassen e oviessen a preguntar a las mugieres para auer entrada de ssabiduría, por que metiessen a pena o a tormento, a aquellos enffamados para ssaber la verdat de aquel ffecho. En todas las otras cosas pueden testiguar las mugieres sseyendo de buena ffama e non auiendo en ssy alguna de aquellas cosas por que puedan sseer dessechados los testigos".

93 *Partidas,* [III, XVI, XVII]: "Muger de buena fama puede ser testigo en todo pleyto fueras ende en testamento (…) Mas si contra la muger fuesse dado juyzio de adulterio, o fuesse vil, e de mala fama non deue ser cabido su testimonio en ningund pleyto assi como de suxo diximos".

94 Por tanto, la necesidad de licencia no significa que el marido pueda sustituir su voluntad, actuando siempre y en todo caso como su representante legal, pues está función solo puede asumirla cuando la mujer, que no es incapaz, se la conceda. Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 146-147.

95 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 189r-v, núms. 29 y 30. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115r, núm. 14. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa V a NR, [V, IIII, II], fol. 54v, núms. 2 y 3, quien apunta que aunque no hubiese sido determinado por la ley 55, sería obvio que esta actividad se halla comprendida en la misma. De la misma opinión es, B. Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios*, I, p. 353.

96 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 189r, núm. 30. Ello no es óbice para que en este supuesto la mujer deba ser citada primero, porque es a ella a quien el asunto le compete principalmente.

se encontrase ausente o le denegase su aprobación, podrá acudir al juez para solicitarla, en los términos fijados en las leyes 57 y 59. Eso sí, una vez obtenida la autorización marital o judicial, ésta será eficaz en todas las fases del proceso[97]. Los juristas no se pondrán de acuerdo, sin embargo, acerca de si la licencia es también indispensable en los juicios criminales, como defiende Castillo, o sólo en los civiles, que es la postura adoptada por Acevedo, quien, a pesar de exigir su presentación incluso cuando actuase a favor de sus padres impedidos, o del propio marido, o para pedir tutor para sus hijos, aduce que la costumbre admite que se defienda a sí misma en las causas penales[98]. Parecer que es secundado por Llamas y Molina, que entiende que en estas últimas su falta es suplida por el juez[99]. A la luz del enunciado de la norma, tampoco surgen dudas acerca de que la carencia del consentimiento no puede ser compensada por la intervención de un procurador[100]. Finalmente, aunque la doctrina maneja estos conceptos con escasa precisión, parece claro que desde el momento en que se admite la posterior ratificación por parte del marido, lo actuado por la mujer sin su permiso no será nulo, sino anulable[101]. Inclinándose por esta misma solución, Llamas y Molina se ratifica en su interpretación respecto a la validez del contrato efectuado sin licencia que resultase provechoso para la mujer, extendiéndola a la sentencia favorable lograda por ésta cuando hubiese litigado sin la requerida conformidad de su cónyuge, lo que, además, vendría a concordar con la línea marcada en el derecho justinianeo[102].

97 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 190r-v, núm. 34. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115v, núm. 16.

98 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 189r, núm. 30. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 2], fol. 68, núms. 107 y 108.

99 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 55, p. 300, núm. 17.

100 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 190v, núm. 34. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa VI a NR, [5, 3, 2], fol. 55r, cuestión (f).

101 Con todo, son varios los autores que hablan de nulidad: D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 55, fol. 190v, núm. 35. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 55, fol. 115v, núms. 17 a 19. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa VII a NR, [5, 3, 2] fol. 55r, cuestión (g). Mientras que se refieren a actos anulables: M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 55, fol. 34v, núm. 3, y A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 3, 2], fol. 68, núm. 109. Véase, M. J. García Muñoz, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 150-151.

102 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 55, p. 300, núm. 16, donde se refiere a una ley de Gardiano (Código, 2, 13, 14), en la que se declaraba válida la sentencia dada a favor de una menor que había litigado sin curador.

d. Ratificación de las actuaciones efectuadas sin licencia

Precisamente, ante la previsible materialización de estas posibles situaciones de inexistencia de la licencia, la ley 58 introduce un mecanismo de subsanación de tal carencia, consistente en la ratificación retroactiva por parte del marido, sea con carácter especial o general, de las actuaciones previas o simultáneas realizadas por su mujer[103]. Luego, bastará este asentimiento diferido, libre, además, de requisitos o solemnidades, para dotar de plena firmeza y validez a la totalidad, o a alguno en concreto, de los actos protagonizados por ésta sin su aprobación y, por ello, susceptibles hasta ese momento de ser impugnados por terceros y de caer en trance de anulación[104].

No obstante, este remedio vulneraba un principio que se consideraba radicado en el derecho natural, según el cual, cuando para que un acto fuese eficaz se demandaba que existiese licencia era imprescindible que ésta le precediese, porque en el caso contrario sería conceptuado nulo. Sabemos, gracias al testimonio de Palacios Rubios, que la comisión redactora –de la que él mismo formó parte– fue muy consciente de esta contradicción, que fue largamente debatida, aunque al final reinó un acuerdo unánime en admitirla, pero concebida, no como una licencia en su significado estricto, sino como un consentimiento, que tendría la misma fuerza si se prestaba antes, durante o después de producirse los hechos que tomase por objeto[105]. Distinta será, sin embargo, la explicación proporcionada

103 *Leyes de Toro*: [58]: "El marido pueda ratificar lo que su muger ouiere fecho sin su licencia no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificación sea general, ó especial". *Nueva Recopilación*, [5, 3, 5]. *Novísima Recopilación*, [10, 1, 14].

104 Noción de anulabilidad, y no de nulidad, que parece claramente confirmada por la propia expresión de la ley «su licencia no embargante». En consecuencia, el acto efectuado sin permiso del marido no será nulo, ni inexistente, ni en formación, ni ineficaz, ni incompleto, sino anulable y subsanable. M. J. García Muñoz, *Limitaciones a la capacidad*, p. 109-110.

105 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 58, fol. 117v, núms. 1 y 2. Para llegar a esta original solución se apoya en *Partidas*, [I, IV, XXXII] (aunque erróneamente cita [I, IV, II]): "Licentia en latín y otorgamiento en romance todo es una cosa". En igual sentido, J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 5], fol. 57v, núms. 1, 2 y 5, basa su argumentación en que cuando el consentimiento persigue beneficiar a la persona que lo da, no se requiere que sea *pro forma* y puede ser posterior, mientras que si se trata de una persona que en nada se beneficia debe concederse *pro forma* y con anterioridad. Por el contrario, J. González Serrano, *Comentario histórico*, I, pp. 277-278, núms. 4 a 6, entenderá que, dada la meridiana claridad de los términos utilizados por la ley, tal tipo de disquisiciones conceptuales deben entenderse puramente ociosas.

por Antonio Gómez, quien diferencia entre la licencia cuyo otorgamiento se exige como requisito formal para la validez de una determinada acción jurídica, que necesariamente deberá ser anterior a ésta, y la que únicamente pretende evitar un perjuicio a terceros –en este caso, el marido–, que surtirá efecto en cualquier momento en que se conceda[106]. Sin, por lo tanto, transformar en válido un acto que ya lo era por sí mismo, precisa Matienzo, que insiste en que ésta finalidad de protección de los intereses del marido es la que anima la admisión legal de la ratificación[107]; al igual, podríamos añadir, que la imposición de la licencia busca, esencialmente, preservar la estabilidad de la economía conyugal. Hay autores, como Palacios Rubios, Matienzo y, sobre todo, Llamas y Molina[108], que para reforzar esta interpretación acerca de la naturaleza de la ratificación, proponen una estrecha analogía entre este precepto y la ley 42, que, sin embargo, casa mal con el sentido de esta norma, donde se sienta como regla general que los mayorazgos no se consolidan cuando la obtención de la licencia regia es posterior a su fundación, y como excepción el que la convalidación del mayorazgo ya constituido debe constar expresamente, lo que tampoco encaja exactamente con la licencia marital, que también puede ser tácita[109]. De igual modo, carece de fundamento el símil esgrimido por Llamas y Molina con la situación del menor que obra sin autorización de su tutor o curador, dado que el menor es siempre incapaz y la casada no[110]. Por lo demás, es condición inexcusable corroborada por la doctrina que, para

106 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, p. 344, núm. 6.

107 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 3, 5], fol. 57r-v, núms. 4 a 7. Pese a cuestionar la argumentación de Matienzo, A de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 3, 5], fol. 74, núms. 4 a 6, llega a análogas conclusiones, al afirmar que el mero hecho de que se consienta la ratificación ulterior al acto prueba que el consentimiento se demanda, no para dar sustancialidad al mismo, sino para evitar perjuicios al marido. También abundan en esta idea: J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 58, p. 330, y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 58, p. 305, núms. 4 y 5.

108 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 58, fol. 118r, núm. 4, y J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 5], fol. 57r, núm. 3, se limitan a trasladar a este precepto los principios esgrimidos en su comentarios a la ley 42. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 58, p. 306, núm. 8, va más allá, al encontrar una plena identidad entre el requerimiento de la licencia del príncipe y la del marido. En el extremo opuesto, J. González Serrano, *Comentario histórico,* I, pp. 277-278, núm. 6, niega que exista base de comparación entre ambas leyes.

109 Suscribo en este punto la argumentación de M. J. García Muñoz, *Limitaciones a la capacidad*, p. 113.

110 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 58, p. 304, núm. 2. También recurre a esta comparación J. González Serrano, *Comentario histórico*, I, pp. 276-277, núm.

tener valor, la confirmación debe anticiparse a cualquier reclamación de nulidad interpuesta por la otra parte[111], a la que añade Llamas y Molina la de que el marido conozca el contenido de las operaciones sobre las que se quiere proyectar[112]. Ningún autor se plantea dudas, en fin, sobre la doble posibilidad, explícita en la ley, de que su órbita de validación sea particular, para ciertos asuntos concretos, o bien universal[113].

e. Licencia judicial

Ni siquiera la falta de autorización o ratificación marital levanta un obstáculo insuperable para que las acciones emprendidas por la mujer casada sin el beneplácito de su cónyuge consigan consolidar su eficacia, ya que el ordenamiento de Toro le ofrece todavía la salida de que esta exigencia sea salvada mediante la decisión judicial de otorgarle la licencia, bien frente al rechazo contumaz del marido que ha sido instado a concedérsela, ley 57, o bien porque la ausencia de éste se augura prolongada o su vuelta improbable, ley 59, requiriéndose en ambos casos la constancia de que concurre una causa legítima y necesaria o, en el segundo supuesto, de que es beneficiosa para la destinataria[114]. Se trata, pues, de una licencia extraordinaria, subsidiaria de la del marido, que busca evitar el perjuicio

2 y 3. La oportunidad de esta analogía es asimismo rebatida por Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 113-114.

111 M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 58, fol. 37r, núm. 2. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 3], fol. 57v, núm. 9. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 5], fol. 74, núm. 5 y 7.

112 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 58, p. 304, núms. 6 y 9. En el núm. 7, menciona expresamente entre los actos susceptibles de ratificación la comparecencia en juicio.

113 Por todos, J. Matienzo, *Comentaria*, glosa III a NR, [5, 3, 5], fol. 57v, núm. 1. No obstante, Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 364, propone una lectura restrictiva de la ratificación general, limitada a los actos a los que aluden las leyes 54 y 55 de Toro, ya que, en otro caso, resultarían vaciadas de significado.

114 *Leyes de Toro*, [57]: "El Juez con conoscimiento de causa legitima y necesaria compela al marido que de licencia á su muger para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido, et si compelido no se la diere, que el Juez solo se la pueda dar". *Nueva Recopilación*, [5, 3, 4]. *Novísima Recopilación*, [10, 1, 13].

Leyes de Toro, 59: "Quando el marido estuviere ausente, y no se espera de proximo venir, ó corre peligro en la tardanza: que la justicia con conoscimiento de causa seyendo legitima, ó necesaria, ó provechosa á su muger, pueda dar licencia á la muger, la que el marido le habia de dar: la qual asi dada vala como si del marido sea". *Nueva Recopilación*, [5, 3, 6]. *Novísima Recopilación*, [10, 1, 15].

que éste puede ocasionar a su consorte con su arbitraria negativa o su imposibilidad de prestarla, pero que, a diferencia de la suya, solamente podrá cumplir su función si antecede al acto –en singular, ya que no cabe que sea general[115]– cuya realización va dirigida a facilitar, y ello debido a que únicamente estará justificada una vez que, presentada la solicitud por la mujer, hayan sido comprobados por el juez el fundamento y la conveniencia de dársela[116].

Si algún aspecto de estas dos leyes ha atraído la atención de sus comentaristas ha sido, sin duda, el relativo a las razones que pueden determinar que el juez estime la existencia de una causa legítima y necesaria. El primer requisito en el que se insiste es en el de que dicha motivación debe ser conocida por la autoridad judicial respecto al hecho concreto en cuestión, debiendo, según Acevedo, hacerse constar en la escritura de concesión, y con el máximo lujo de detalles, el procedimiento, con desglose de sus fases, por el cual se ha llegado al convencimiento acerca de la pertinencia de otorgar la licencia[117]. Por «legítima y necesaria» entiende Castillo que dicha causa sea justa, verdadera y esencial[118], citando Ma-

115 Es una consecuencia que se desprende del enunciado de la ley, aceptada por los autores. Entre ellos, F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l.52-57, fol. 255r, núm. 73.

116 Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 116-118. La imposibilidad de que se conceda *a posteriori,* con eficacia ratificatoria, es sólidamente argumentada por A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 3, 6], fol. 75, núm. 4, alegando que mientras que con su ratificación el marido siempre está expuesto a que ésta le cause problemas, el juez nunca corre este riesgo.

117 A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III a NR, [5, 3, 4], fols. 70-71, núms. 2 a 9. Son aspectos que el juez tendrá que acreditar: que el marido ha sido citado y se halla presente; que las argumentaciones de ambas partes han sido escuchadas; que el orden procedimental ha sido respetado; que se ha establecido un plazo para la aportación de pruebas y alegatos, y que han sido atendidas las excepciones y réplicas presentadas por los litigantes. Otros autores que reclaman ese conocimiento previo son D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 57, fol. 194v, núm. 10, y l. 59, fol. 198r, núms. 7 a 9. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 59, fol. 118v, núm. 4. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 4], fol. 56v, núms. 1 y 2; respecto a la ausencia del marido, glosas III, núms. 1 y 2, y IV, núms. 1 a 3, a NR, [5, 3, 6]. Señala este último autor que el juez, antes de proceder, debe verificar si el marido está realmente ausente y si hay indicios de que su regreso se va a retrasar, y después comprobar si existe una situación de necesidad o de provecho para la mujer, no considerando indispensable la citación de la parte contraria ni del marido. Con lo que se muestra conforme A. de Acevedo, glosa III a NR, [5, 3, 6], fol. 76, núms. 10 a 12, salvo cuando no haya peligro en la demora, pues entonces sí cree obligatoria la citación del marido. Los criterios de estos dos autores los reproduce S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 57, p. 303, núm. 3, y l. 59, p. 308, núm. 3.

118 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 59, fol. 198r, núm. 9.

tienzo como circunstancias merecedoras de esta calificación: la urgencia de liquidar deudas pendientes, que la mujer demande el rescate de la dote al marido abocado a la miseria por su prodigalidad, o, en el supuesto previsto en la ley 59, que verificado el previsible duradero alejamiento del cónyuge, el negocio planeado sea ventajoso para ella y no lesivo para él[119]. Sin embargo, no se escapa a la percepción de los juristas la aparente contradicción que comporta la exigencia ahora de licencia, cuando en relación con las leyes 54 y 55 ésta no será pedida si el contrato o el pleito se adivinan de utilidad para la mujer. Ante lo cual, apunta Antonio Gómez que tampoco aquí es precisa su obtención, residiendo la auténtica justificación de que se reclame en que gracias a ella, aunque después se revele improductivo, lo actuado cobra plena firmeza y validez a perpetuidad[120]. Más original, y bastante criticada, es la respuesta de Acevedo, para quien la diferencia estriba en que refiriéndose la ley 59 a una situación en la que, al no estar presente, el marido no puede intervenir para impedirlo, la mujer quedará más inerme frente a cualquiera que quisiera engañarla, aunque también sostiene que si la utilidad del contrato fuese evidente, éste será válido, se hallé o no él ausente, sin su licencia y sin la del juez[121]. Una argumentación que es rebatida por Llamas y Molina, que desecha que quepa aplicar el criterio de notoriedad del beneficio y se suma a la opinión de Antonio Gómez acerca de que no es indispensable lograr la autorización, porque, concluye, no cabe pensar que la prohibición legal, debiendo orientarse a amparar el interés del marido, acabé dañándole para favorecer a aquél extraño que contrate con su mujer[122]. En cualquier caso, antes de recurrir a sustituirle, el juez debe intentar agotar todas las opciones para mantener el asunto dentro de su cauce normal, ejerciendo su arbitrio para propiciar la concordia entre la pareja, o si el marido persiste en su resistencia, instándole a conceder su permiso mediante medidas coactivas entre las que, por ejemplo, Matien-

119 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I completa a NR, [5, 3, 4], fol. 56v, núms. 1 a 4, y glosa IV completa a NR, [5, 3, 6], fol. 58v, núms. 1, 2 y 3.

120 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 54-59, fols. 343-344, núm. 2. Le sigue P. Nolasco de Llano, *Compendio*, l. 59, pp. 311-312, que señala que, por el contrario, cuando faltase dicho permiso, si después lo realizado se demuestra inútil se deshará.

121 A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 3, 3], fols. 76-77, núms. 12 y 13. Por tanto, en su opinión estas tres leyes se aclaran y complementan entre sí.

122 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 59, pp. 308-310, núms. 4 a 7. No obstante, su opinión tampoco es compartida por J. González Serrano, *Comentario histórico,* I, pp. 281-282, alegando que es necesario probar previamente ese mismo provecho.

zo menciona la multa, la imposición de caución o el encarcelamiento[123]. Pero si, a pesar de todo, esta presión resultase infructuosa, el juez está facultado para suplirle –como lo haría, comparan varios autores, con el tutor que rehusase al menor su consentimiento[124]–, dictando su propia licencia, cuyos efectos serán, en opinión común de la doctrina, exactamente iguales a los que hubiera tenido, de materializarse, la denegada por el marido[125]. Impera también el consenso al calificar de acertada la solución de extender el ámbito de la intervención judicial al supuesto del marido que se halla fuera de la localidad y sin visos de retornar en un tiempo breve[126], así como –suele añadirse, aunque no lo recoja la ley–, al caso del que es víctima de algún trastorno mental[127]. La fijación del plazo considerado prudencial de espera a su regreso corresponderá al juez, que habrá de valorar la distancia y la complejidad del asunto que retiene al marido en otro lugar[128], aunque deberá acortarlo cuando «corre peligro en la tardanza», frase que Castillo interpreta alusiva al riesgo de que la demora provoque la pérdida de los bienes dotales o de los gananciales[129].

123 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II completa a NR, [5, 3, 4], fol. 56v, cuestión (b).

124 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 57, fol. 195r, núm. 16. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa III a NR, [5, 3, 4], fol. 56v, cuestión (c). A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 3, 4], fol. 73, núms. 25 a 29.

125 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 57, fol. 195r, núms. 13 a 15, y l. 59, fols. 198r-v, núms. 10 y 11. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 57, fol. 117r, núm. 1. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa V completa a NR, [5, 3, 6], fol. 58v, cuestión (e).

126 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 6], fol. 58r, núm. 1, distingue entre que el ausente se halle en algún lugar remoto o desconocido, pudiéndose entonces prescindir de su licencia, aunque Matienzo aconseja que se pida, y aquél que se encuentra en un sitio cercano o del que se sepa que puede volver pronto, en cuyo caso la mujer tendrá que esperar a que esté presente para contratar. Idea que suscribe A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 3, 6], fols. 75-76, núms. 1 a 3, 8 y 9, quien identifica tres supuestos en los que no es preciso enviar requisitoria o esperar al marido: cuando no se sabe donde se encuentra ni se espera su pronto regreso, cuando se sabe que se halla en tierras lejanas y cuando hay peligro en la demora.

127 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 59, fol. 197v, núms. 2 y 3. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 6], fol. 58r, núm. 4.

128 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 59, fol. 197r, núm. 4. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 59, fol. 118r, núm. 2. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 3, 6], fols. 75r-v, núms. 1 a 3 y 8.

129 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 59, fol. 197v-198r, núm. 6.

2. Ámbito de incapacidad no subsanable

A diferencia de las restantes leyes toresanas encuadradas en este capítulo, en las que se han arbitrado medios destinados a compensar la falta de plenitud de la que adolece la capacidad de obrar de la mujer casada en determinados terrenos, la ley 61 de Toro se separa de esta constante para acotar un espacio inaccesible para ella, donde ni la autorización del marido sirve para redimirla de su exclusión. Se trata, además, de un precepto más extenso y cargado de contenido que los otros analizados, lo que, unido a las ambigüedades y lagunas que sazonan su redacción, explica las intensas controversias doctrinales despertadas en torno suyo, no sólo entre sus comentaristas, sino entre los juristas incursos ya en el período codificador[130]. Con tan singulares rasgos fue, de hecho, concebida esta norma que, a través de su expresión introductoria: «De aquí en adelante», constituye una de las escasas excepciones a la regla de retroactividad consagrada por la Real Cédula dada en Sevilla en 1511 por D. Fernando y Dña. Juana, en cuya virtud se mandaba que el ordenamiento de Toro fuese también observado en los pleitos ya comenzados y en las causas y negocios originados por actos anteriores a la fecha de su promulgación, salvo en los casos, como éste, en los que ley estableciese expresamente su no aplicación a los asuntos y situaciones pasados o a los iniciados antes de ese momento[131].

130 De la importancia concedida a esta ley por los juristas de los siglos XIX y XX da una más que diáfana muestra la relación de artículos dedicados a su análisis. Entre los principales: P. Gómez de la Serna, «Consulta. ¿Queda obligada la mujer que contrae de mancomún con su marido, si renuncia con juramento a la ley 61 de Toro?, en *RGLJ,* 9 (1857), 39-42, y «Nueva consulta sobre la ley 61 de Toro», en *RGLJ,* 11 (1857), 191-200. A. Groizard, «Nueva interpretación de la ley 61 de Toro», en *RGLJ*, 11 (1857), 377-392. E. Montero Ríos, «Sobre la ley 61 de Toro», 14 (1859), 157 a 166. A. Aguilar Cano, «Sobre la ley 61 de Toro»», en *RGLJ*, 59 (1881), 314-321. G. de Azcárate, «Juicio crítico de la Ley 61 de Toro», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1 (1918), 12-22.

131 Real Cédula recogida en *Nueva Recopilación*, [2, 1, 6]: "Mandamos, que las leyes que Nos hechas, y publicadas en la Ciudad de Toro, en siete dias del mes de Março del año de mil y quinientos y cinco años, que van comprehensas en esta nueua Recopilación, como leyes generales en los pleytos, y causas, que despues de la dicha publicacion de nueuo se huuieren començado, o començaren o mouieren, los juezes de nuestros Reynos las guarden, y cumplan, y executen en todo, según que en ellas, y en cada una dellas se contiene, aunque los casos, y negocios, sobre que los dichos pleytos se començaron, o se començaren, o mouieren de aquí adelante, ayan acaecido, y pasado antes que las dichas leyes se hiziessen, y ordenasen, excepto en los casos que las dichas leyes de Toro expressamente dizen, y declaran, que no se entiendan, ni estiendan a las cosas y negocios pasados".

a. Prohibición de constituir fianza a favor del marido

Dentro de su complejidad, en el texto de la ley 61 se abordan tres cuestiones nítidamente diferenciadas, que trataremos por separado. En la primera de ellas, se prohíbe a la mujer casada salir fiadora de su marido, aunque se alegue que la deuda se contrae en su propio provecho[132]. Para adentrarnos en la comprensión de esta norma es preciso acudir a la, ya descrita, recepción operada en el derecho castellano-aragonés del viejo Senadoconsulto Veleyano, por el cual la mujer resultaba gratificada con un beneficio universal, y como tal renunciable, frente a la acción dirigida contra ella a consecuencia de haber intercedido por otro como fiadora o entregando dinero a título de préstamo[133]. Asimilación que, siendo canalizada en su forma más genuina por las Partidas, ya antes había prendido

También en *Novísima Recopilación*, [3, 2, 6]. D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 61, fols. 200v-201r, núm. 2, entiende esta excepción ligada al principio de que las leyes declarativas no pueden ser retroactivas cuando son contrarias a la opinión común, por lo que la ley 61 no supondría sino una renovación de lo dispuesto en el Senadoconsulto Veleyano, la Auténtica *si qua mulier,* el Fuero Real y las Leyes del Estilo. Sobre esta cuestión, véase el trabajo ya citado de J. Martínez Gijón, «La vigencia temporal de las leyes de Toro», en *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, II-2, Madrid, Editorial Complutense, 1996, 115-130.

132 *Leyes de Toro,* [61]: "De aquí adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger. Y asimismo mandamos, que quando se obligare á mancomun marido, y muger en un contrato, ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna: salvo si se provare que se convirtió la tal deuda en provecho della: ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada: pero si lo que se convirtió en provecho della, fue en las cosas que el marido le era obligado á dar, asi como vestirla, y darla de comer, y las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna, lo qual todo lo que dicho es se entienda si no fuere la dicha fianza ú obligación á mancomun por maravedis de nuestras rentas, ó pechos derechos dellas". *Nueva Recopilación,* [5, 3, 9]. *Novísima Recopilación*, [10, 11, 3].

133 El texto del Senadoconsulto, de incierta fecha, lo reproduce J. Lalinde Abadía, *La recepción española*, p. 336, nota, 3: "Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius Senatusconsulti verba haec sunt: Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de re ita consuluerunt; quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operat, ut in ea re Senatus voluntas servetur". Su evolución posterior en el derecho romano la analiza este autor en pp. 335-339.

por la vía consuetudinaria, pero con una formulación adulterada, en la que, además de sustituirse su fundamentación original en la intrínseca debilidad natural y la incapacidad femenina para el desempeño de las tareas propiamente varoniles por una radicación en el principio general de la sumisión de la mujer al marido, se admitían varias excepciones y se producía una perturbadora confusión, que se hará patente en los fueros municipales de la familia de Cuenca-Teruel y en las redacciones de derecho territorial castellano[134], con la Auténtica *si qua mulier* de Justiniano, que apartaba de dicho privilegio, declarándolo nulo, todo afianzamiento efectuado por la mujer a favor del marido, a no ser que del mismo extrajese ella algún rendimiento ventajoso[135]. Luego, es esta última disposición la rescatada por la ley 61, pero eliminando la mencionada salvedad final, con lo que la prohibición adquirirá un carácter absoluto y pasará, por ello, a ser irrenunciable[136].

Entre los temas de reflexión suscitados por este apartado de la ley, se incluye, lógicamente, la explicación de su razón de ser, que Antonio Gómez vincula a que la fragilidad y la inexperiencia inherentes al sexo femenino impiden que la mujer pueda salir garante o fiadora ajena, por lo que, sin perjuicio de que si así lo hiciese quedaría obligada civilmente, le asiste el recurso de acogerse al privilegio consagrado en el senadoconsulto Veleyano, lo que le eximirá de pagar o le permitirá recuperar lo ya entregado, salvo que, de conformidad con lo dispuesto en las Partidas, desistiese voluntariamente de ampararse en el mismo, bien ratificando

134 J. Lalinde Abadía, *La recepción española*, especialmente pp. 347-351, 355-357 y 360-361

135 Confirmando sendos edictos previos de Augusto y Claudio, esta ley aparecía recogida en la Novela 34, cap. VIII: "Et illud vere praeuidimus pro subjectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio uiro, aut scribat, et propriam substantiam aut seipsam obligatam faciat: jubemus nullatenus hujusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat; sive privatum sive publicum sit debitum: sed ita esse ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt". Buscando explicación a los motivos que pudieron impulsar a Justiniano a adoptar esta medida, S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, p. 319, núm. 9, apunta que no pudo ser otra que el mayor estímulo que tenían las mujeres para prestar estas fianzas por sus maridos en razón del respeto y subordinación que les tenían, lo que podía dar ocasión a que degenerasen en donaciones encubiertas entre marido y mujer.

136 Frente a la vinculación de la confusión generada por este precepto a la asimilación del Senadoconsulto Veleyano por A. Groizard, *Nueva interpretación,* pp. 381-382, E. Montero Ríos, *Sobre la ley 61 de Toro*, pp. 160, atinará al detectar que su conexión es con la Novela 34 de Justiniano.

el contrato dos años después, bien dando su fianza o su aval por segunda vez, o sencillamente absteniéndose de invocarlo. Aunque, en aplicación del precepto toresano, ni siquiera estos expedientes bastarán para eludir el veto que pesa sobre el ejercicio de estas actividades en relación con su marido, debido a que podría parecer que tras ellas se encubre una donación entre los cónyuges, reprobada por el derecho[137]. Algunos juristas se plantean, además, la pregunta de si dentro del campo de inhabilitación aquí definido se comprende la posibilidad de prestar fianza a un tercero o al propio marido después de haber obtenido la licencia de éste. Un problema que Castillo y Palacios Rubios resuelven en sentido negativo con el argumento, el primero, de que ello podría propiciar el fraude a favor del marido canalizado a través de otra persona, y ambos de que debe prevalecer lo ordenado en las Partidas (5, 12, 2 y 3) frente al Fuero Real (3, 20, 13), que sí lo consentía respecto al extraño[138]. No obstante, la interpretación de Acevedo, al que seguirá Llamas y Molina, es la inversa, diciendo que no habiendo sido revocada esta última disposición ni por el gran código alfonsino ni por la ley 61, será suficiente que renuncie previamente al beneficio Veleyano, para después guarecerse, simplemente, en lo señalado en la ley 55, reguladora de esta clase de licencia[139].

Otra cuestión que también devendrá en intensa polémica será la relativa a si la fianza cobrará validez cuando repercuta ventajosamente para la mujer. Posibilidad que será aceptada por Palacios Rubios y siglos más tarde por Álvarez Posadilla[140], pero que descartan Castillo[141] y Antonio Gómez, quien para desecharla esgrime dos poderosos argumentos: uno, porque la ley distingue claramente entre que la mujer actúe como fiadora del marido y que se comprometa con éste en mancomún; y el otro, que para

137 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 61, fol. 346, núm. 1. Su posición la secunda, en lo esencial, J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 9], fols. 59v, núms. 1 a 3. J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 61, p. 333, subraya que la finalidad de la ley toresana es proteger a la propia esposa frente al posible engaño del marido. La opinión de A. Gómez es abrazada con fidelidad por S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 61, p. 321, núm. 24.

138 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 61, fols. 201v, núm. 6, se basa, además, en la idea de que esta función es impropia de la condición femenina, ya sea casada o soltera, por lo que ni el consentimiento del marido ni el del padre bastarán para capacitarle para ejercerla. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 61, fol. 119v, núm. 3.

139 A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa I a NR, [5, 3, 9], fol. 79r-v, núm. 13. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 61, pp. 325-326, núms. 47 a 49.

140 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 61, fol. 120r, núm. 6. J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 61, p. 334.

141 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 61, fols. 201v-202r, núms. 6 y 7.

demostrar que la deuda se ha convertido en utilidad de la mujer, según el tenor de la norma, «aunque se diga y se alegue», no pueden ser consideradas suficientes la confesión, la afirmación o la prueba aportadas por ella misma[142]. No obstante, a la exposición de Gómez se opondrán Matienzo y Acevedo, que sostendrán que la regla opera igual para la fianza que para la obligación mancomunada, por lo que, atendiendo a la expresión «salvo si se probare» referida a esta segunda en la ley, ambos contratos podrían consolidarse en el caso de que el beneficio de ellos derivado pudiera ser comprobado[143]. Mientras que, a su vez, depués de analizar las opiniones encontradas de estos autores, Llamas y Molina se decanta a favor de la tesis defendida por Gómez, por estimarla más ajustada a la letra de la norma, que, a su juicio, disciplina de manera diferenciada las dos instituciones[144]. Por otra parte, la indiscutida facultad de renunciar a la excepción concedida por el senadoconsulto Veleyano, que las Partidas reconocían a la mujer, llevará a algunos juristas a debatir acerca de si dicha potestad podría ser trasladable a la versión de la Auténtica reflejada en esta primera parte de la ley 61. Analogía que, siendo negada por Antonio Gómez en relación con el marido[145], tampoco es contemplada por Gregorio López, que entendiendo nula *ipso iure* la fianza, rechazará que la mera renuncia pueda servir para convalidar la obligación[146]. Matienzo refutará asimismo que la abdicación de la dispensa pueda ser sustituida mediante juramento[147], tropezando en este punto con la crítica de Acevedo, quien predica su presencia como imprescindible en aquellos contratos que, como ocurre

142 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 61, fol. 346-347, núm. 2. Le sigue P. Nolasco de Llano, *Compendio*, l. 61, p. 314.

143 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 3, 9], fols. 60r-v, núm. 3. Aduce este autor que cuando la ley dice que la fianza no valga, aunque se alegue que la deuda se convirtió en su beneficio, debe entenderse cuando en el contrato o en el propio instrumento de la fianza se afirma este hecho, o se alega en juicio, porque se presume fraudulenta esta confesión, alentada por el miedo o el excesivo amor al marido, o que se enmascara una donación prohibida. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 3, 9], fol. 82, núm. 18.

144 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 61, pp. 320- 323, núms. 14 a 31. Solución a la que también se suma J. González Serrano, *Comentario histórico,* I, pp. 295-296. También se apuntará más tarde a esta opinión: E. Montero Ríos, *Sobre la ley 61 de Toro*, p. 163. Y asimismo, B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* I, pp. 366-367. Analiza en profundidad esta cuestión M. J. García Muñoz, *Limitaciones a la capacidad*, p. 178-183.

145 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 61, fol. 346, núms. 1 y 2, que no niega su factibilidad cuando se tratase de interceder por un extraño.

146 G. López, glosa (f), «Renunciando» a Partidas, [V, XII, III].

147 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa I a NR, [5, 3, 9], fol. 60r, núm. 5. Basa su pos-

en este caso, no tengan validez por sí mismos, y que, además, acaba admitiendo la confirmación de la fianza realizada por la casada en favor de su cónyuge, aunque sometiéndola a unos requisitos formales extraordinariamente exigentes[148]. Una postura en la que, a la postre, vendrá a coincidir Llamas y Molina, pues si bien primero, reputando la fianza hecha al marido nula *ipso iure*, contradirá, como los anteriores, que la renuncia pudiese, por sí sola, revestirla de eficacia, más adelante, con apoyo tanto en las Partidas como en postulados canónicos, defenderá que los arreglos contractuales protagonizados por las mujeres que no fueran civilmente válidos adquirirán firmeza y fuerza de obligar cuando interviniese juramento[149]. Son, en fin, como ha advertido Mª. J. Muñoz, discordancias doctrinales que, sin duda, responden a la realidad de una práctica, la de la renuncia expresa y solemne, efectuada ante fedatario público, con indicación del conocimiento de la existencia de esta protección legal –obviando así su carácter prohibitivo y necesario– y afirmación de que se está obrando por libre voluntad, que es dibujada por las fuentes documentales y por las propias noticias suministradas por los comentaristas de la ley como tan habitual, que parece llegar a tomar el aspecto de una pura cláusula de estilo[150].

tura en que el juramento no puede suplir la falta de conocimiento, y menos en el caso de la mujer, a la que por su sexo se le presume la ignorancia.

148 A de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, III, NR, [5, 3, 9], fol. 81, núms. 10 y 13. Mientras que la casada que con licencia marital saliese fiadora de un tercero sólo estaría forzada a renunciar al senadoconsulto ante notario público, que deberá informarle del alcance del privilegio, y únicamente deberá prestar juramento cuando fuese menor de veinticinco años, la mujer fiadora de su marido, además de al privilegio Veleyano, debería renunciar a la ley de Partidas, a la ley 61 de Toro y a otras similares, a la hipoteca y a la obligación de los bienes dotales, las arras y los demás propios suyos, jurar la escritura y el contrato, y afirmar que éste le beneficio, y , si fuese menor de edad, hacer constar que no vulnerará el contrato bajo ningún concepto. Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, pp. 468-469, notas 147 y 148, aporta pruebas documentales acerca de como, a pesar de lo complicados de estos requisitos, en la práctica eran cumplidos.

149 S. Llamasy Molina, *Comentario crítico*, II, l. 61, pp. 326-332, núms. 50-82. En la misma línea P. Gómez de la Serna, *Consulta*, p. 38, que tampoco renuncia a los viejos argumentos: "Esta ley cuyo objeto fue proteger a las mujeres casadas contra su misma debilidad, preservarlas de la opresión que en circunstancias dadas podían ejercer sobre ellas sus maridos, libertarlas de la coacción moral a que su obediencia, su respeto y amor al jefe de la familia, tal vez las condujera, impedir que de dotadas y ricas quedaran reducidas a la pobreza, y por último, evitar las donaciones paliadas de mujer a marido, prohibidas por las leyes, es irrenunciable".

150 M. J. García Muñoz, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 272-273.

b. Adquisición de obligación mancomunada

En contraste con el carácter absoluto de la prohibición de prestar fianza en favor del marido, a continuación la ley 61 delimita otro ámbito de incapacitación de la mujer casada, la de adquirir una obligación mancomunada con su consorte, respecto al cual es liberada de cualquier responsabilidad, aunque, sin embargo, se admite una excepción que le era negada en el supuesto anterior: la de que el crédito redunde en su propio beneficio. En tanto que, igualmente, orientada a combatir el peligro de un posible encubrimiento fraudulento de las donaciones interconyugales[151], esta medida guarda coherencia con lo establecido para la fianza, pero al aceptarse que la mujer responda por aquella parte de la deuda que le proporcione algún provecho, se está introduciendo un importante cambio de criterio, que los autores, aunque sin mucho éxito, se esforzarán en esclarecer[152]. En realidad, la clave de está disposición estriba en la alteración que se produce del principio de reparto equitativo de la carga de las deudas contraídas conjuntamente por la pareja, que habían sentado el Fuero Real (3, 20, 14) y las Leyes del Estilo (207), para volver a la solución vigente en el derecho común, que, si bien en el caso de los extraños preveía que los que se obligasen *in solidum* deberían responder asimismo de modo mancomunado, con independencia de sobre cuál de ellos revertiese la utilidad, en lo tocante a los integrantes del matrimonio adoptaba la misma regla que ahora era recogida por el legislador de Toro[153]. Para Castillo y Palacios Rubios, la razón que le habría impulsado a liberar a la mujer de participar en el pago del débito residiría en el deseo de evitar que, al figurar paritariamente en el instrumento de constitución, se tuviese al marido como principal y a ella como fiadora o garante suya, por lo que –añade el primero–, no se la tendrá por involucrada en la liquidación del crédito si este extremo no se

151 Esta es la justificación ofrecida por S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 61, p. 324, núm. 35.

152 Como posibles explicaciones, Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico*, p. 376-377, sugiere que la fianza coloca a la mujer en una posición de superioridad no muy acorde con su sumisión a la potestad del marido, da mayor opción a que actúe bajo la presión o la amenaza de éste y, por último, a través de ella es más fácil camuflar una donación hecha a favor del cónyuge. Sin embargo, lo que el legislador habría pretendido en el caso de la obligación mancomunada sería defenderla de su propia inexperiencia y de los perjuicios que ello podría provocarle a ella y a la sociedad conyugal. Por eso, sólo se admite en la medida en que se comprueba que le beneficia.

153 M. J. García Muñoz, *Limitaciones a la capacidad*, p. 184.

señalase expresamente[154]. A su vez, Antonio Gómez se imagina la situación inversa, que la mujer se obligue como principal y el marido como fiador, entendiendo que, no estando esta eventualidad, sino la contraria, proscrita por la ley, si se demostrase que su concurso no ha venido viciado por dolo o engaño de su consorte, lo que también será exigible respecto a su alegación de que extrajo ganancia de ella, la obligación compartida será plenamente válida y eficaz[155]. Idea a la que no se adhiere Acevedo, que rebate que la mujer pueda quedar vinculada ni como principal, ni en la mitad, ni solidariamente en la totalidad, salvo cuando se tratase de dotar a la hija común[156]; pero sí Matienzo, y Nolasco de Llano[157]. Y también Álvarez Posadilla, quien, por otra parte, sostiene que la mujer podrá renunciar a la protección dispensada por este precepto, pero que si quisiera atarse *in solidum* a la deuda deberá manifestar también su desistimiento del beneficio de la división[158]. Aspecto en el que le contradice Llamas y Molina, que rechaza la necesidad y la viabilidad de la renuncia, aduciendo que si la obligación no ha sido provechosa para la mujer, está prohibida por la norma y, por lo tanto, es nula, no pudiendo servir, pues, este recurso para hacer válido el contrato, mientras que si le hubiese resultado ventajosa será vano y superfluo acudir al mismo, porque ya ha sido aprobada por la ley[159].

Es, justamente, la valoración de esa conversión de la deuda en rentable para la mujer la que concentra el grueso de la discusión doctrinal suscitada acerca de esta ley. La primera cuestión a resolver será, naturalmente, la concerniente a la verificación de si ha habido o no provecho para

154 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 61, fols. 201v-202r, núms. 7 y 8, y fol. 205r-v, núms. 30 a 35. J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 61, fols. 121r-121v, núms. 14 a 18, advierte que si se obligasen *in solidum*, y no se dijese nada, podría irse por el todo contra uno cualquiera de ellos.

155 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 61, fol. 347, núms. 4.

156 A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 3, 9], fols. 82v-83r, núms. 19 a 25.

157 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa II a NR, [5, 3, 9], fol. 60v, núm. 4. P. Nolasco de Llano, *Compendio*, p. 315.

158 J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 61, p. 336.

159 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, p. 331, núm. 78. La postura de Llamas será la adoptada por P. Gómez de la Serna, en su breve nota, *Consulta. ¿Queda obligada la mujer que contrae de mancomún con su marido, si renuncia con juramento a la ley 61 de Toro?*, y su contestación, *Nueva consulta sobre la ley 61 de Toro*, a las objeciones planteadas por el letrado Valentín Gil Virseda, con replica posterior, también rebatiéndole, de A. Groizard, *Nueva interpretación de la ley 61 de Toro*. Escrtitos todos ya citados.

ella, ordenada por la propia norma. Para llegar a la cual, Castillo estimará insuficiente la simple confesión, ya que ésta podría ser simulada o venir forzada por el miedo o el engaño, que no cree excluidos ni siquiera cuando se plasma documentalmente o se realiza en presencia del juez[160]. Sobre ello se muestra, empero, en desacuerdo Palacios Rubios, que aunque también considera que la confesión debe ser completada por una prueba de utilidad, y no solamente cuando contratan conjuntamente, sino incluso cuando el marido actúa por separado, piensa que la intervención judicial basta para desactivar la sospecha de dolo, coacción o fraude que subyace siempre que ambos cónyuges asumen unidos un mismo crédito[161]. En lo que sí coinciden estos dos juristas es en afirmar que a las ocho excepciones admitidas por las Partidas respecto a la inhabilitación de la mujer para obligarse o afianzar pueden añadirse otras razones, entre las que Castillo propone: la de que consienta la enajenación de pertenencias suyas, recibiendo en contraprestación otro bien equivalente, y la de que se obligue por réditos reales[162]; a las que Palacios Rubios agrega la de que el asunto negociado no le resulte perjudicial[163]. Como ya antes indicábamos, A. Gómez se inclina por diferenciar el tratamiento legal dispensado a la fianza y a la obligación mancomunada, única de la que acepta que se derive responsabilidad uxoria en aquella parte prorrateada de la que se demuestre, no con la mera confesión, pues es preciso aportar prueba fehaciente, que su coparticipación le reportó ciertas ventajas[164]. Línea en la que le siguen Nolasco de Llano y Llamas y Molina[165], pero de la que, como también apuntábamos, se apartan Matienzo y Acevedo, que opinan

160 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 61, fol. 202r-v, núms. 9 a 14. Además, afirma que la prueba de la utilidad debe realizarse en la misma causa en la que se le otorgó la licencia para obligarse (fol. 203v, núm. 22).

161 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 61, fol. 119v-120r, núms. 5 y 6.

162 Aún propone una tercera: la que parte de la idea de que los gastos necesarios efectuados en los bienes dotales, cuando se producen constante matrimonio, sólo disminuyen la dote en la mitad perteneciente al marido, mientras que los beneficios y mejoras son comunes a los dos miembros de la pareja en tanto que permanezca unida. D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 61, fols. 202v-203r, núms. 15 y 16.

163 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 61, fol. 120r, núm. 6.

164 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 61, fol. 347, núm. 3. Los motivos que alega para descartar la eficacia de la confesión son similares a los manejados por los otros autores citados, con el añadido de que en la ley Auténtica *si qua mulier* expresamente se dice que la utilidad debe constar de modo manifiesto.

165 P. Nolasco de Llano, *Compendio*, l. 61, p. 315. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 61, pp. 326-332, núms. 50-83, en relación con el problema de la eficacia de la renuncia.

que la regulación contenida en la norma es homogénea para ambas instituciones, por lo que asimismo en el caso de la fianza será aplicable la citada excepción. Extremo éste que, en una bastante confusa exposición, también suscribe Álvarez Posadilla, quien además, con razonamiento escasamente original, precisa que por utilidad hay que entender el aumento y beneficio de sus cosas[166]. Merece mención, finalmente, la singular teoría de Llamas y Molina acerca de que la obligación mancomunada adquirida por los consortes quedará en suspenso en tanto que se acredite mediante prueba si ha repercutido o no en provecho de la mujer[167], lo que contrasta con la postura, que se antoja mejor fundada, de que será reputada nula *ipso iure* en cualquier circunstancia[168].

Esta excepción introducida por la ley respecto a su segunda prohibición viene mediatizada, a su vez, por una importante reserva: la de que, a pesar de constatarse esa utilidad, no le beneficie a ella directamente por afectar a cosas, como la comida, el vestido y las demás indispensables para la subsistencia, que el marido tiene el deber de procurarle en razón del matrimonio, en cuyo caso recaerá sobre él la responsabilidad exclusiva de la deuda. A partir de esta formulación, la doctrina española de la que, en el siglo XIX, será denominada «potestad doméstica de la mujer casada» ha suscrito de manera unánime que esta institución encuentra su antecedente más directo en esta ley 61, aunque, en realidad, podrían buscarse otros todavía más remotos, como la llamada «potestad de las llaves» del derecho visigodo o los «fechos mugeriles» de los que habla el Fuero Real. Sin embargo, como advierte Mª. J. Muñoz[169], tal supuesta conexión presenta notorias debilidades: por un lado, esta potestad consiste en aquellos actos que la mujer casada puede realizar por sí sola, sin necesidad de licencia marital o judicial, para atender al normal desenvolvimiento

166 J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 61, p. 334.

167 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 61, p. 324, núm. 34, ratificándose en ello en p. 330, núm. 71. Con todo, no es el único que refuta su nulidad, ya que también J. González Serrano, *Comentario histórico*, p. 296, núm. 9, lo hace con el curioso argumento de que si no en todos, sí en la mayoría de los casos acabará descubriéndose que, de forma directa o indirecta, ella obtuvo algún provecho.

168 Prueba de ello, afirmará E. Montero Ríos, *Sobre la Ley 61*, p. 164, es que, incluso aunque se demuestre ventajosa para ella, no le obliga de una manera absoluta, sino sólo en proporción al beneficio, y no en la mitad o en el todo, como ocurriría, si fuera solidaria, en el caso de que el acto hubiese sido válido desde su inicio. Postura a la que se abona Mª. J. Collantes, *El régimen económico*, pp. 377-378.

169 Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 175.

del hogar, mientras que la ley 61 parte del presupuesto de que ella se obliga conjuntamente con su cónyuge; y por otra parte, ninguno de los comentaristas del precepto hace alusión a la misma, ni se plantea que sea ella la que gestione estos asuntos familiares por separado. Pues, en efecto, son distintas las cuestiones en las que se detienen sus cavilaciones. Por ejemplo, Castillo y Palacios Rubios[170] afirman que el marido está constreñido a asumir estos gastos, tanto si la dote le ha sido entregada como si únicamente le ha sido prometida, pero ambos convienen, al igual que Matienzo y Acevedo[171], en que si su situación fuese de pobreza, lo cual Castillo requiere que sea probado mediante decreto judicial, la carga de subvenir las necesidades alimenticias de la familia se traslada a su esposa, aunque no se requiere que vaya en proporción acorde a su dignidad social, sino solamente que alcance a lo imprescindible para vivir, y sin tener que desprenderse, además, de sus bienes dotales y parafernales, a no ser que los emplease con el fin de sacar al marido de la cárcel donde estuviese preso; en cuanto a las «otras cosas necesarias», los dos autores entienden incluida en ellas la asistencia médica a la mujer enferma, especialmente si está loca. Mientras que para Álvarez Posadilla nada hay más esencial, después de vestir y comer, a lo que también se refiere Llamas y Molina[172], que la casa en la que habita la pareja, de cuyo alquiler también deberá ocuparse la mujer, si su cónyuge fuese insolvente[173].

c. Contribución a las cargas y deudas debidas al fisco regio

Donde más original se muestra, sin embargo, la ley 61 respecto a todos sus precedentes es al rematar su contenido advirtiendo que, sin perjuicio de lo dispuesto hasta este punto de su enunciado, la mujer casada deberá participar en la satisfacción de los compromisos adquiridos en virtud de la fianza o la obligación mancomunada cuando su objeto

170 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 61, fols. 203v a 205r, núms. 23 a 29, y J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 61, fol. 120r-121r, núms. 10 a 13.

171 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa IV a NR, [5, 3, 9], fol. 61r, núm. 2, y A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 3, 9], fol. 83r, núms. 32 a 34. A diferencia de Diego del Castillo, este autor opina que en el caso de insolvencia del marido, la mujer está comprometida a pagar incluso con la venta de sus bienes dotales.

172 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 61, p. 320, núms. 12 y 14.

173 J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 61, p. 335.

recayese sobre rentas, tributos o derechos pertenecientes a la hacienda regia. Seguramente, Antonio Gómez acierta de pleno en el diagnóstico de la motivación de esta novedosa disposición, que subraya correctora del derecho común, al poner de relieve como la preferencia anteriormente concedida al privilegio y el interés privado de la mujer, pasa ahora a ser postergada frente a la conveniencia fiscal y pública[174]. Por lo que su comprensión no puede sustraerse a un contexto histórico de creciente dificultad en la imposición y la recaudación, que aconsejaba no cegar canales de ingresos a las debilitadas arcas reales[175]. Tan categórico es, además, el mandato legal, que Castillo lo considera irrenunciable y aplicable incluso contra el juramento del beneficio de la *restitutio in integrum*, que hasta ese momento se reconocía a la casada menor de veinticinco años[176]. Y a Cifuentes sólo se le ocurre preguntarse si la mujer tendría que contribuir a la liquidación de las deudas fiscales cuando no las hubiese contraído junto al marido, concluyendo afirmativamente tanto en lo relativo a los gananciales, salvo que hubiese renunciado a ellos antes de que el marido se obligará, como a sus bienes propios, aunque hubiese cedido su parte de las adquisiciones conyugales[177]. Llamas y Molina, además de adherirse a la lectura hecha por A. Gómez de la norma, recuerda que en este caso no se admite discusión o presentación de prueba acerca de si la deuda devengó o no un rendimiento favorable para la mujer[178]. Finalmente, B. Gutiérrez, hablando, claro está, en un momento histórico muy diferente, no ocultará su desacuerdo con lo que considera un indecoroso prevalecimiento por parte de la Hacienda de sus privilegios frente a los particulares[179].

174 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 61, fol. 347, núm. 6.

175 Situación descrita para explicar la orientación de esta medida por A. Aguilar, *Sobre la ley 61 de Toro*, p. 319, que alude a las graves dificultades por las que atravesaba la hacienda regia para atender a sus ingentes necesidades, frente a la imposibilidad de extraer ingresos de la gran masa de propiedades territoriales vinculadas y el deficiente funcionamiento de sus mecanismos recaudatorios.

176 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 61, fol. 206r, núm. 39.

177 M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 61, fol. 37v, núm. 1.

178 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, p. 333, núm. 87.

179 B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, I, pp. 368-369. Para conocer todo lo odioso de esta excepción, dice, no hay más que unir las primeras a las últimas palabras de la ley, es decir la declaración de la nulidad de la fianza de la mujer y el beneficio que se arroga el Fisco.

3. Restricciones a la capacidad uxórica en el derecho de la codificación

a. Asimilación y adaptación de la legislación de Toro en los sucesivos proyectos codificadores

Al igual que en las demás esferas del derecho privado que hasta ahora hemos transitado, la larga y laboriosa carrera que acabará desembocando en la promulgación del Código civil se nutre en sus inicios –sin llegar después a perderla de vista hasta su postrera derogación, y con evidente impronta todavía en su producto final– de la amplia tradición consolidada a partir de la legislación de Toro, su vigencia continuada gracias a su incorporación en las grandes recopilaciones castellanas, y el cúmulo de opiniones y controversias doctrinales volcadas en el, muchas veces vano, intento erudito de rellenar y esclarecer sus numerosas lagunas y ambigüedades.

Proyectos de Código civil de 1821 y 1836

Obviamente, a lo largo de los siglos transcurridos la sociedad, las costumbres y las mentalidades han conocido una evolución que no puede dejar de reflejarse en una nueva forma de organizar y sistematizar los principios jurídicos rectores de la actividad entre particulares. Pero en el terreno de las relaciones de autoridad y del reparto de funciones en el seno de la pareja casada el espíritu y los planteamientos no habrán cambiado sustancialmente. Esto se trasluce con meridiana nitidez en el primer frustrado proyecto de codificación en el ámbito civil, el de 1821, que sin perjuicio de rendir cuentas a su nuclear inspiración liberal mediante la retórica proclamación del principio de igualdad legal de todos los españoles[180], en lo concerniente a la equiparación entre los sexos se aferrará a las viejas concepciones arrastradas secularmente sobre la conveniencia de mantener el desequilibrio entre ellos. No en vano, ya en su discurso preliminar, de no cuestionada autoría del progresista Nicolás María Garelly, vendría a subrayarse que el verdadero imperio de la mujer descansaba en «sus virtudes, su esmero por el bien de la sociedad, su afán por complacer y aliviar, y

180 *Proyecto de Código civil de 1821*, [51]: "Todos los españoles son iguales ante la ley para reclamar derechos y cumplir obligaciones, sin diferencia de nacimiento, de calidad o de fortun. Esta igualdad constituye el derecho que se llama *igualdad legal*".

no contrariar al jefe natural de la sociedad», de donde se extraían los tres principios básicos que deberían regir la comunidad conyugal: dirección del marido, igualdad de fruiciones y fidelidad recíproca[181]. No sorprende, pues, que, en coherencia con estos postulados, el proyecto hiciera de la condición femenina una circunstancia limitativa de la capacidad jurídica. Así, aunque, por primera vez se reconocía a la madre el ejercicio de la patria potestad[182] en los supuestos de viudez –pero con su pérdida en el caso de contraer segundas nupcias– y de ausencia del marido[183], paralelamente se circunscribía el ámbito de los derechos de la mujer a las labores y los tráficos compatibles con el decoro de su sexo[184], lo que comportaba su exclusión del desempeño de los cargos públicos y de las funciones de depositaria, administradora de cosas ajenas, tutora y curadora[185]. No obstante, parece acertado deducir que, a pesar de estas restricciones, la intención

181 En realidad, toda esta parte del discurso resulta enormemente ilustrativa: "La sociedad conyugal es el contrato más noble; es el eslabón más fuerte del vínculo que reúne a los hombres entre sí; es la base de la civilización del linaje humano (…). La Comisión, al desenvolver sus ideas acerca de ella y de sus efectos, huyó de los dos escollos que ofrece esta materia. Si la perpetua tutela de las mujeres de los antiguos romanos, o la tiranía abierta que ejercen sobre el bello sexo los actuales pueblos de oriente le pareció tan odiosa como injusta, no fue más plausible a sus ojos la teoría de ciertos filósofos, que guiados por nociones vagas de justicia y generosidad, o deslumbrados por uno que otro ejemplo, quisieran establecer en el seno de las familias una rivalidad ominosa, de la cual en último resultado sería víctima la parte más débil. Su verdadero imperio es el de sus virtudes, su esmero por el bien de la sociedad, su afán por aliviar y complacer, y no contrariar al jefe natural de la sociedad. «Dirección del marido, igualdad de fruiciones; fidelidad recíproca»; tales son los principios que facilitan a esta sociedad llegar al colmo de su perfección. La Comisión ha procurado sentarlos; y se complace en tributar a nustras antiguas leyes el homenaje de su gratitud, pues que en esta parte respiran por lo general tanta sabiduria como justicia". J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil,* II, p. 19.

182 *Proyecto de Código civil de 1821*. Dicurso preliminar: "Limitar el poder paternal a lo justo; corroborar más y más el respeto filial; extender a las madres la patria potestad, según se ha practicado con muy felíz suceso en algunas provincias de la Monarquía". J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil,* II, p. 20.

183 *Proyecto de Código civil de 1821*, [87]: "Si el ausente fuese viudo y tuviese hijos menores, la Autoridad dispone que se les nombre un tutor que cuide de sus personas y administre las cosas de su padre"; [379]: "(1) La potestad patria se disuelve por parte de la madre si ésta pasare a segundo matrimonio (2) Si enviudare segunda vez, y no tiene hijos del segundo matrimonio, reasume los derechos de la potestad patria".

184 *Proyecto de Código civil de 1821*, [74]: "La mujer tiene derecho a ocuparse en cualquier labor o tráfico compatible con el decoro de su sexo".

185 *Proyecto de Código civil de 1821*, [71]: "La ley excluye a las mujeres de los cargos públicos y de los de depositaría, administración de cosas ajenas, tutela y curaduría, salvo en los casos en que la misma ley dispone literalmente otra cosa".

del legislador iba menos orientada a institucionalizar la inferioridad supuestamente inherente a su género que a apartarla de aquellas parcelas en las que su protagonismo podría perturbar el papel predominante reservado al marido, e incluso amenazar la estabilidad de la economía familiar[186]. Sentido en el que cabe interpretar que a la mujer se le permitiese comparecer en juicio en las causas propias criminales, y en las civiles cuando no se hallase sujeta a potestad paterna, marital o tutelar, con las excepciones, en el caso de la casada, de que su acción se encaminase a evitar que el marido dilapidase los intereses comunes, o de que, en las causas civiles y criminales, tuviese la representación del cónyuge o de los hijos[187]. Y en igual dirección parece apuntar que, una vez alcanzada la edad legalmente establecida, pudiese testificar en los procesos civiles y penales, salvo en aquellas circunstancias en las que específicamente se requiriese el testimonio de un varón[188].

Será, por tanto, dentro de la esfera del matrimonio donde realmente se dejará sentir con plenitud el recorte de su capacidad. Por eso, se disponía que la mujer seguiría en su condición al marido mientras perviviera la convivencia conyugal, perdiendo su nacionalidad si se casase con un extranjero[189], y que tendría el suyo por domicilio, a donde quiera que el marido lo trasladase, excepto en situaciones de incapacidad física o moral o de ausencia de éste, las cuales, como hemos visto, implicaban un sensible ensanchamiento de sus facultades[190]. Además, al marido se le adjudicaba el derecho de administrar y dirigir las cosas comunes y el de ser obedecido

186 Coincido en esta apreciación con Mª. J. Collantes de Terán, *La economía del matrimonio*, p. 168.

187 *Proyecto de Código civil de 1821*, [72]: "Las mujeres pueden comparecer en juicio en los casos siguientes: 1º, en causa propia criminal; 2º, en las civiles propias, no estando bajo la potestad patria, marital ni tutelar; 3º, en las causas civiles que se dirigen a evitar o atajar la dilapidación que el marido causare en los interese comunes; 4º, en las civiles o criminales en que representan a su marido o hijos con arreglo a la ley".

188 *Proyecto de Código civil de 1821*, [75]: "La mujer, teniendo la edad que prescribe la ley, hace fe en los procesos civiles o criminales y en los contratos en general, salvo si la ley exige específicamente la calidad de varón en el testigo".

189 *Proyecto de Código civil de 1821*, [55]: "La mujer sigue la condición del marido mientras dura el matrimonio"; [56]: "La mujer española que casó con extranjero que conserva el pabellón de su nación recupera los derechos inherentes a la calidad de español, pasando al estado de viuda, si reside en territorio de las Españas, pero sólo desde la época y sin efecto retroactivo".

190 *Proyecto de Código civil de 1821*, [178]: "La mujer casada tiene por domicilio el de su marido, mientras que no recaiga declaración de divorcio, o decreto de habilitación para administrar las cosas del matrimonio, por ausencia o incapacidad física o moral del

por ella[191], aunque, en contrapartida, sobre él recaían los deberes de protegerla tanto en juicio como en cualquier otra circunstancia, y de darle un trato acorde con su condición[192]. Una posición de liderazgo que resultaba reforzaba, en fin, con todos aquellos instrumentos que ya le había proporcionado el legislador de Toro.

Analizado ya el rol dominante atribuido al marido en cuanto a la dirección y administración de la sociedad conyugal, hay que reseñar que también se rescataba la institución de la licencia marital como requisito indispensable para la libre asunción por la mujer de todos aquellos asuntos susceptibles de comprometer los intereses comunes. Licencia que, en consonancia con la Ley 56 de Toro, podía tener un carácter general, abarcando la posibilidad de contratar, comparecer en juicio o celebrar toda clase de negocios, o los de algún tipo en particular, entendiéndose incluidos, lo que suponía novedad, aquellos actos que fuesen accesorios y dependientes del principal[193]. Aunque asimismo cabía otorgarla con un alcance especial, exclusivamente aplicable a determinados ámbitos de actuación. Así, al igual que en la ley 54 de Toro, esta autorización se predicaba precisa para poder aceptar o repudiar una herencia, si bien aquí ya no se excusaba su obtención cuando la adición se hiciese a beneficio de inventario[194]. Y lo mismo que en la ley 55, sería también imprescindible para celebrar contratos, lo que se hacía extensible a cualquier otra forma de obligación *inter vivos*[195], y para intervenir en juicio, si bien frente a la

marido. En este caso tiene domicilio propio según las reglas generales"; [313]: "La mujer está obligada a seguir el domicilio del marido".

191 *Proyecto de Código civil de 1821*, [311]: "El marido tiene derecho de dirigir y administrar las cosas comunes del matrimonio. Tiene igualmente derecho a ser obedecido por la mujer. Uno y otro se entiende mientras que no se declare por la Autoridad pública la separación del matrimonio o la incapacidad del marido".

192 *Proyecto de Código civil de 1821*, [312]: "El marido tiene obligación de proteger a su mujer con esmero en juicio y fuera de él, y a darle el trato correspondiente a la condición en que se hallan".

193 *Proyecto de Código civil de 1821*, [321]: "(1) El marido puede autorizar a la mujer para contratar o comparecer en juicio, o generalmente en toda clase de negocios, o especialmente en negocios de cierta clase, o particularmente en asunto determinado. (2) La mujer autorizada para comprar y vender, o para manejar en un ramo determinado, se entiende autorizada igualmente para todos los actos accesorios y dependientes".

194 *Proyecto de Código civil de 1821*, [315]. "La mujer no puede celebrar contratos, ni aceptar o repudiar herencia sin autorización del marido".

195 *Proyecto de Código civil de 1821*, [315]; [73]: "La mujer casada no puede contraer obligación civil entre vivos sin permiso del marido. Esta prohibición comprende las obligaciones así principales como accesorias".

inhabilitación absoluta para acudir careciendo de permiso ante los tribunales, por sí sola o mediante procurador, que hacía la norma toresana, ahora se distinguía entre los pleitos criminales, en los que podría actuar como demandada, y los civiles, en los que tendría completamente vetado participar, admitiéndose, sin embargo, como excepción que concurriese en las causas de nulidad o separación matrimonial[196].

La licencia judicial supletoria de la del marido, contemplada en las leyes 57 y 59 de Toro, también encontraba cabida en este proyecto, y con rasgos muy similares. De un lado, la existencia de causa legítima, necesaria y provechosa, de la que hablaba la ley 57, se traducirá aquí en la negativa caprichosa del marido a prestar su autorización, considerándose como tal cuando el negocio del que se tratase fuese útil o ventajoso para la mujer sin ser perjudicial para el matrimonio[197]. Mientras que la ausencia del marido, atendida en la ley 59, podría justificar su concesión cuando fuese grande la urgencia, a pesar de que su alejamiento no fuera prolongado y de que se supiese su paradero[198]. Ahora bien, su estimación podría asimismo basarse en la incapacidad física o moral del marido para hacerse cargo de la gestión de la sociedad conyugal, cuyo gobierno, en caso de recibirla, se dejaba en manos de la mujer[199]. La competencia para suplir la

196 *Proyecto de Código civil de 1821*, [314]: "(1) La mujer no puede comparecer en juicio en negocio alguno civil sin autorización del marido, ni en los criminales como demandante; salvo para instaurar el juicio de nulidad o separación del matrimonio, civil o criminalmente, y lo que se dispone en los artículos 316, 118 y 319. (2) La mujer demandada por delito puede comparecer en juicio sin autorización del marido".

197 *Proyecto de Código civil de 1821*, [316]: "La negativa caprichosa del marido en autorizar a la mujer para alguno de los actos que se explican en los dos artículos anteriores, da derecho a la mujer para que se le supla la autorización por el Juez civil del partido con conocimiento de causa"; [317]: "(1) La negativa del marido en autorizar a la mujer para alguno de los actos de que hablan los artículos 314 y 315, se declarará caprichosa cuando el acto de que se tratare sea de alguna manera útil o beneficioso a la mujer, sin perjudicar a los intereses del matrimonio; acerca de lo cual será tambíen oído el marido, y se instruiirá este juicio con arreglo a lo que dispone el Código de procedimientos. (2) La determinación definitiva del Juez es apelable al Tribunal Superior".

198 *Proyecto de Código civil de 1821*, [318]: "(1) Si el marido se hallare ausente, aunque conste su paradero, y el negocio fuere urgente, la mujer puede asimismo obtener la autorización judicial para los actos que se expresan en los artículos 314 y 315. (2) En la ausencia del marido cuyo paradero no consta, tiene lugar lo dispuesto en el capítulo 2º, título 3º del libro 1º".

199 *Proyecto de Código civil de 1821*, [319]: "La incapacidad física o moral del marido para dirigir y administrar las cosas comunes del matrimonio da derecho a la mujer para pedir y obtener autorización judicial, a fin de desempeñar por sí la dirección y admi-

licencia le correspondía en el primer supuesto al juez de partido, y en los de marcha del domicilio o de incapacidad al juez de primera instancia, con audiencia previa al marido o a su defensor y posible apelación frente a la decisión de ambos al tribunal superior[200].

Por último, también era admitida la ratificación ulterior de los actos otorgados o celebrados por la mujer, que recogía la ley 58 de Toro, con aclaración incluida de la cuestión que tan debatida había sido por la doctrina acerca de la validez, o no, de la confirmación manifestada por el marido de manera tácita, dándose eficacia a la misma cuando a resultas de dichas actuaciones ella hubiese practicado después alguna otra relacionada sin existir queja alguna por su parte, o cuando estando en conocimiento de su realización, él no hubiese presentado reclamación en plazo[201]. Y a consecuencia de todo lo anterior, la falta de licencia o de ratificación determinaban la nulidad de todos los actos efectuados por la mujer, a petición formulada, dentro del término legal, por el marido o sus herederos, que deberían asumir la reintegración a la parte damnificada de cuanto derivado de tales asuntos hubiera redundado en beneficio de los dos o de alguno de los cónyuges[202].

nistración que corresponde al marido por la ley. (2) La ley tiene por incapacitado al marido si cayere en demencia, fatuidad, inercia absoluta, disipación o prodigalidad habitual".

200 *Proyecto de Código civil de 1821*, [320]: "(1) La autorización de que hablan los dos artículos anteriores compete al Juez de primera instancia, con apelación al Tribunal superior en la forma que dispone el Código de procedimientos. (2) En estos juicios debe oírse al marido y, en su defecto, al Procurador Síndico más antiguo en calidad de defensor suyo".

201 *Proyecto de Código civil de 1821*, [323]: "El marido puede ratificar expresa o tácitamente los actos otorgados o celebrados por la mujer. Se entiende ratificarlos tácitamente: 1º Si consiguiente a ellos practicó por sí algún otro acto sin protestar en contrario. 2º Si teniendo conocimiento de ellos, dejó transcurrir el término de seis meses sin hacer notificar su reclamación judicial o extrajudicialmente a la otra parte interesada".

202 *Proyecto de Código civil de 1821*, [322]: "Los actos otorgados o celebrados por la mujer sin la autorización del marido o la supletoria judicial son nulos, si éste no los hubiere ratificado. La nulidad sólo puede oponerse por el marido, o por sus herederos, dentro del término legal en que el marido pudiera reclamarlos"; [324]: "La reclamación del marido contra los actos de la mujer le obliga a reintegrar a la parte damnificada en cuanto de ellos resultó utilidad a la sociedad conyugal o a cualquiera de los dos cónyuges". A diferencia del resto de los artículos de este capítulo, que beben directamente de las leyes de Toro, según M. Peset, *Análisis y concordancias,* p. 81, el artículo 322 trae origen del *Code* napoleónico, en concreto de su artículo 225, si bien en éste también se permitía reclamar a la mujer.

Frente a la acentuada fidelidad a las concepciones tradicionales acerca de la posición jurídica de la mujer casada que anidaba en su antecedente, en el Proyecto de Código civil de 1836 se atisban algunos tímidos avances, a pesar de la advertencia con la que se enfriaba la tibia proclamación de la igualdad jurídica entre los sexos, mediante el anuncio de la admisión legal de diferencias entre ellos[203]. Un aviso que se materializará en el capítulo dedicado a la delimitación de los derechos y obligaciones emanantes del matrimonio, en cuya primera sección, centrada en los existentes entre los consortes, si bien se insistía en la asignación al marido de la dirección de la familia y a la mujer del deber de obedecerle, vivir en su compañía, no separarse de él sin licencia[204], y seguirle a donde quiera que fijase su residencia –aunque se le ofrecía la posibilidad de evitarlo cuando se tratase de tener que viajar a ultramar, o a lugares expuestos a una guerra o una epidemia, o cuando la marcha se debiese a una pena de destierro[205]–, también se afirmaba que los dos cónyuges se debían mutua fidelidad y asistencia, que los títulos, honores y dignidades eran comunes entre ellos y que el marido tenía la responsabilidad de defender a su mujer en toda circunstancia y de mantenerla en forma adecuada a su clase social y a sus posibilidades, del mismo modo que ésta debería corresponderle cuando fuesen él o su familia quienes necesitasen auxilio[206]. Conviene

203 *Proyecto de Código civil de 1836*, [17]: "Ambos sexos son iguales en derecho: la ley, no obstante, establece algunas diferencias que se expresan en el lugar correspondiente".

204 *Proyecto de Código civil de 1836*, [183]: "Al marido corresponde la dirección de la familia, y la mujer debe obedecerle, vivir en su compañía y no separarse de él sin licencia ni aun temporalmente". [184]: "Los consortes podrán ser compelidos recíproca y judicialmente a la reunión; y mientras dure la ausencia o separación voluntaria del marido, conservará la mujer todos los derechos procedentes del matrimonio".

205 *Proyecto de Código civil de 1836*, [185]: "La obligación que por regla general tiene la mujer de seguir a su marido al paraje en que éste quisiese residir o establecerse, cesa en los casos siguientes: 1.º Cuando el marido quisiere trasladarse a un país infestado, o que siendo teatro de guerra ofrezca la residencia en él un peligro inminente. 2.º Cuando intentare, por su mera voluntad y no por causa del servicio público, trasladarse a un punto de ultramar cuya ordinaria navegación pase de treinta días . 3.º Cuando el marido saliere del territorio español por delito que hubiere cometido. 4.º Cuando la mujer probare legalmente que no puede hacer una navegación, por su avanzada edad, achaques reconocidos o cualquier otro motivo grave, no podrá ser obligada a embarcarse". Los artículos [186], [187] y [188] desarrollan éste.

206 *Proyecto de Código civil de 1836*, [180]: "Los cónyuges se deben mutua fidelidad y asistencia y ambos están obligados a mantener y educar a sus hijos"; [181]: "Los títulos, honores y dignidades son comunes entre los cónyuges"; [183]: "El marido está obligado a defender a su mujer así en juicio como fuera de él y a mantenerla según su clase

reseñar, además, que presentándola como importante novedad, a pesar de haber sido ya introducida en el proyecto de 1821[207], en la exposición de motivos se ponía mucho énfasis[208] en la atribución que se hacía a la madre mayor de veinticinco años de la patria potestad en los supuestos de viudez, ausencia y –lo que se incorporaba ahora– prisión o condena del marido como causante único del divorcio[209]. En contraste, fuera del ámbito de facultades de la mujer continuaba quedando intervenir como testigo en el otorgamiento de contratos, testamentos y otros instrumentos con consideración legal de prueba escrita, aunque sí se le permitía testificar en juicio[210]. Y también se dejaban fuera de su alcance, salvo para la abuela del pupilo, el ejercicio de la tutela y de la curaduría[211].

y la posibilidad de sus facultades. Esta obligación es recíproca cuando aquél o la familia necesitan de los auxilios de la mujer".

207 *Proyecto de Código civil de 1821*, [370]: "(1) Los derechos principales que da la calidad de padre respecto de los hijos legítimos se llaman potestad patria. (2) Bajo el nombre de padre se comprenden el padre y la madre. (3) Durante el matrimonio sólo el padre ejerce los derechos de la potestad patria. La madre los ejerce en defecto del padre, por su muerte, ausencia o incapacidad".

208 *Proyecto de Código civil de 1836*, Exposición de motivos (J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil,* II), pp. 95-96, donde, después de lamentar que en las leyes patrias se hubiesen seguido ciegamente los principios del derecho romano, en el que la mujer ocupaba en una posición similar a los hijos, se dice que se le atribuye un derecho que dimana de la naturaleza, y fundado en la más vigorosa justicia, ya que "participando igualmente de las incomodidades, atención y cuidados que trae consigo el gobierno de una familia, debe gozar en cuanto a los hijos de los mismos derechos que el padre", si bien se pone el límite de los veinticinco años, por considerarse que es a esta edad cuando ya se la supone suficientemente cuerda y experimentada para asumir esta tarea.

209 *Proyecto de Código civil de 1836*, [386]: "Durante el matrimonio solamente el padre ejerce la patria potestad, excepto en los casos siguientes: 1.º Cuando por ausencia, o por cualquier otra causa de incapacidad física o moral judicialmente declarada no pueda ejercerla. 2.º Cuando hubiese sido condenado a penas corporales que le impidan ejercer este derecho. 3.º Cuando se declare por sentencia que él solo dio motivo al divorcio por las causas graves que se expresan en el artículo 233"; [387]: "En los tres casos especificados en el artículo anterior, ejercerá la madre la patria potestad, y si fuere menor de veinticinco años, el Juez nombrará de oficio un curador adjunto, que intervenga con ella en la administración de los bienes pertenecientes a los hijos (…)"; [138]: "También recaerá la patria potestad en la madre por muerte de su marido (…)".

210 *Proyecto de Código civil de 1836*, [2169]: "Las mujeres que tengan la edad competente y los demás requisitos expresados en el artículo… (sic en la edición manejada) pueden ser llamadas a declarar en juicio; más no podrán servir de testigos en el otorgamiento de contratos, testamentos y demás instrumentos a los cuales la ley da el carácter de prueba escrita".

211 *Proyecto de Código civil de 1836*, [442]: "Tienen impedimento legal para ser

De la distribución que se hacía en este proyecto de la titularidad y de los poderes de administración y usufructo de los bienes de la sociedad conyugal hemos hablado ya en otro apartado. Puestos, pues, a tratar de las limitaciones de actuación que pesaban sobre la mujer, y de las vías que se le proporcionaban para subsanarlas, constatamos que las concordancias que en la regulación de esta materia se daban con las pautas marcadas en la legislación de Toro eran aún bastante más estrechas que en el Proyecto de 1821, con trascripción literal, incluso, de varias leyes y asimilación de algunas reflexiones doctrinales que, en palabras de Mª. J. Muñoz, eran convertidas en auténticas normas legales[212]. Dentro de un tratamiento insólitamente detallado, la principal atención se concentrará en la licencia marital, que, en idénticos términos que en la ley 56 toresana, podría cobrar un alcance general o especial[213], abarcando la dispensada para representar al marido en alguna operación en particular todos los actos asociados o subordinados a la misma[214], y siendo en ambas modalidades únicamente válida para acometer aquellos que no estuviesen prohibidos por la ley[215]. Además, en cualquiera de las dos variantes la concesión podría ser tanto expresa, mediante escritura pública o privada dada ante tres testigos[216], como tácita, considerándose ésta concurrente si el marido presenciase el acto requerido de licencia sin oponerse a su realización, si lo autorizase con su firma, o si conociendo su existencia dejase pasar seis meses sin manifestar su protesta[217]; así como en el caso de los asuntos conducidos

tutores y curadores: (...). 2.º Las mujeres a no ser la abuela del pupilo de ambas líneas (...)".

212 Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 207.

213 *Proyecto de Código civil de 1836*, [197]: "El marido puede dar licencia general o especial a su mujer para contratar o hacer todo lo que no podría sin dicha licencia. Si la diere será válido cuanto la mujer hiciere en uso de ella".

214 *Proyecto de Código civil de 1836*, [202]: "La mujer a quien su marido hubiese dado poder o licencia para representarle en algún negocio particular, se entenderá habilitada para todos los actos que tuvieren conexión o dependencia de aquél".

215 *Proyecto de Código civil de 1836*, [201]: "La licencia dada por el marido a la mujer, aun cuando lo fuere en escritura pública, valdrá únicamente para actos que no estén prohibidos por la ley".

216 *Proyecto de Código civil de 1836*, [198]: "La licencia del marido, sea general o especial, puede ser expresa o tácita. La expresa deberá concederse por medio de escritura pública o privada ante tres testigos, según las circunstancias del negocio".

217 *Proyecto de Código civil de 1836*, [199]: "Supónese que el marido da tácitamente su licencia a la mujer: 1.º Cuando está presente al acto sin contradecirle ni protestar en contrario. 2.º Cuando lo autoriza con su firma. 3.º Si teniendo conocimiento de él, deja transcurrir el término de seis meses sin reclamar judicial o extrajudicialmente".

por la mujer que, con su conformidad, regentase un negocio mercantil[218]; y también respecto a los gastos realizados por la casada en el viaje que ella hubiese emprendido por separado[219]. Por otra parte, la necesidad específica de licencia para contratar contenida en la ley 55 de Toro era reproducida, con gran similitud de configuración, al englobar su imposición el cuasicontrato, el desistimiento de las obligaciones propias o la redención de las ajenas, y la comparecencia en juicio, tanto en el papel de actora como en el de demandada, siendo novedosa la puntualización introducida en el sentido de que no sería preciso contar con este consentimiento cuando la mujer se hubiese hecho cargo de la gestión de los bienes conyugales –se entiende que por imposibilidad del marido–, o cuando se hallase autorizada por una instancia competente, es decir, por el juez[220]. Pero la que no encontraba paralelo era la ley 54, referida a la renuncia a la herencia, que, ante este silencio, cabe, no obstante, suponer asimismo supeditada a la obtención de este permiso; el cual, aunque indirectamente, sí parecía exigirse para la aceptación, al condicionarse ésta, de modo general, a la reunión de la facultad de disponer libremente de los bienes con la capacidad legal para obligarse, si bien la mujer era liberada del requisito de conseguirlo cuando esa adición la hiciera, personalmente o a través de procurador, a beneficio de inventario[221]. Se antoja llamativa, sin embargo, la antinomia resultante de que, siguiendo la opinión de los comentaristas

218 *Proyecto de Código civil de 1836*, [216]: "Los negocios mercantiles que las mujeres casadas pueden desempeñar con licencia de sus maridos, o sin ella, se expresan en el Código de comercio".

219 *Proyecto de Código civil de 1836*, [205]: "Toda mujer casada que viajare sin la compañía de su marido, se entiende autorizada para obligarse personalmente en todo lo respectivo a sus gastos de viaje".

220 *Proyecto de Código civil de 1836*, [196]: "La mujer, durante el matrimonio, no puede sin licencia del marido obligarse por contrato o cuasi contrato, apartarse ni desistir de cualquier obligación que hubiere contraído o relevar a otro de las suyas; ni comparecer en juicio como actora o como demandada, a no ser que hubiere recaído en ella la administración de los bienes del matrimonio o se hallare competentemente autorizada". Los supuestos de imposibilidad de administración por el marido se enumeran en el artículo [190]. Por otra parte, la incapacidad de celebrar contratos viene confirmada por los artículos [871]: "Son incapaces de obligarse: (…) 3.º Las mujeres casadas, excepto en los casos determinados por la ley", y [964]: "Para que un contrato sea válido se necesita: 1.º Capacidad legal para obligarse, según lo dispuesto en el artículo 871 (…)". La frase final del [196]: "o se hallare competentemente autorizada", la interpreta, a mi juicio correctamente, referida a la licencia judicial, Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 208.

221 *Proyecto de Código civil de 1836*, [2361]: "Para aceptar una herencia se requiere tener la libre disposición de sus bienes y capacidad legal para obligarse, pero todos pue-

de las leyes de Toro, esta exención se extendiese a las donaciones simples y a los legados sin condición[222], cuando, contradictoriamente, en un artículo posterior se prohibía que la casada, que, lógicamente, tampoco podría hacerlas, recibiera donaciones *inter vivos* careciendo de la oportuna licencia marital o judicial[223].

En relación con la licencia judicial, de conformidad con la ley 57 de Toro, el juez era facultado para apremiar al marido con el fin de que accediese a otorgar el pertinente permiso a su mujer, o para suplirle de oficio cuando apreciase la existencia de causa legítima[224], describiéndose como tal el hecho de que el marido rehusase dárselo, sin aducir un motivo razonable, tratándose de actos que fuesen provechosos para ella[225]. No obstante, cuando como fundamento de su negativa alegase los previsibles daños que tales actuaciones podrían ocasionar a los intereses de la unidad conyugal o de la familia, el marido debería ser oído sumariamente, dejándose, en todo caso, sus bienes propios a resguardo de cualquier responsabilidad[226]. Como circunstancias concretas en las que estaría justificada la intervención judicial, a las señaladas en la ley 59 de Toro, es decir, la au-

den por sí o por medio de persona, que legítimamente los representare, aceptar la herencia a beneficio de inventario".

222 *Proyecto de Código civil de 1836*, [215]: "La mujer (…) no necesita la licencia de su marido ni la supletoria del Juez en los casos siguientes: (…) 3.º Para aceptar una donación pura, un legado sin condición o una herencia a beneficio de inventario".

223 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1589]: "No pueden recibir donación entre vivos: 1.º La mujer casada sin licencia de su marido o del Juez cuando éste se la niegue sin justa causa". Tratando de explicar esta contradición, Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 212, sugiere que la razon podría hallarse en la ubicación sistemática de ambos artículos: el [215] en el libro primero, fuertemente teñido del espíritu de las leyes de Toro y sus intérpretes, y el [1589] en el libro tercero, que acusa ya las influencias del Código francés, y en este caso concreto de su artículo [217]. Tal vez, si el proyecto hubiese seguido adelante se hubiese reparado esta incongruencia. La imposibilidad de hacer donaciones se deduce del [1588]: "Toda persona que esté en su sano juicio y tenga facultad para contratar y enajenar puede hacer donaciones".

224 *Proyecto de Código civil de 1836*, [208]: "El Juez, con causa legítima, podrá compeler al marido a dar licencia a su mujer para todo aquello que no podría hacer de otro modo; y si el marido se negare a dársela, podrá el Juez concederla de oficio".

225 *Proyecto de Código civil de 1836*, [209]: "Hay causa legítima para obligar al marido a dar licencia de que habla el artículo anterior, o para que la dé el Juez cuando aquél la rehusare sin motivo razonable en actos que sean provechosos a la mujer".

226 *Proyecto de Código civil de 1836*, [210]: "Si el marido contradijere la autorización de que hablan los dos artículos anteriores, alegando que de ella pueden resultar perjuicios a los intereses del matrimonio o de la familia, el Juez deberá oírle sumariamente"; [211]: "Cualquiera que sea la decisión que recayere en este juicio, no quedarán responsa-

sencia previsiblemente larga del marido, o que la urgencia del asunto no permitiese esperar, y en el proyecto de 1821, esto es, la incapacidad física o moral del marido para administrar sus bienes, ya fuese ésta permanente o ya lo fuese, si confluyese esa misma premura, temporal, se añadía ahora su condena a pena corporal o infamatoria[227]; supuestos, estos últimos, que ya habían sido anteriormente aceptados por la doctrina. Como garantía de la validez equiparable a la marital de esta licencia supletoria era siempre preceptivo, además, que el juez concediese audiencia al promotor fiscal en defensa de los derechos del marido[228]. A quien, no obstante, también se le ofrecía la posibilidad de ratificar con posterioridad, de forma explícita o tácita –precisión coherente con lo dispuesto para la licencia general o especial–, lo que su mujer hubiese efectuado sin obrar al amparo de su autorización o de la judicial[229].

Pero en defecto de uno y otro tipo de licencia y de su confirmación retroactiva a cargo del marido, todos los actos que la casada hubiese efectuado serían reputados jurídicamente nulos, para lo que era indispensable la reclamación interpuesta, en el plazo legalmente fijado, por el marido o sus herederos[230]. Lo que, igual que en el proyecto precedente, comportaba la obligación de reintegrar a la parte perjudicada el

bles los bienes particulares del marido a las resultas del acto para el que la mujer hubiere sido habilitada judicialmente".

227 *Proyecto de Código civil de 1836*, [212]: "El juez con conocimiento de causa, y siendo la licencia del marido necesaria o útil a los intereses de la mujer, podrá suplirla por sí, en los casos siguientes: 1.º Cuando el marido estuviere ausente y no se espere próximamente su vuelta, o el negocio fuere tan urgente que no dé treguas para esperarlo. 2.º Cuando el marido se hallaré física o moralmente imposibilitado de administrar sus bienes, aun cuando la imposibilidad sea momentánea, si el negocio fuere urgente. 3.º Cuando el marido hubiere sido condenado a una pena corporal o infamatoria, desde que causó ejecutoria la sentencia hasta que se hubiere cumplido la condena".

228 *Proyecto de Código civil de 1836*, [213]: "En cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior, el Juez deberá oír al Promotor Fiscal, en calidad de defensor del marido, antes de suplir la licencia de éste, y autorizar a la mujer para lo que no podría hacer sin aquélla".

229 *Proyecto de Código civil de 1836*, [219]: "El marido puede ratificar lo que la mujer hubiere hecho sin su licencia o sin la supletoria del Juez, bien sea general o especial la ratificación; y también podrá hacerlo expresa o tácitamente, según lo prevenido en los artículos 197 y 198 para la concesión de la licencia por el marido".

230 *Proyecto de Código civil de 1836*, [214]: "Todos los actos celebrados u otorgados por la mujer sin la licencia del marido o la autorización del juez en su defecto, serán nulos de derecho"; [218]: "La nulidad de los actos de la mujer no puede reclamarse sino por el marido o sus herederos, y dentro del término que al efecto designe el Código de procedimiento, computando a los herederos el término transcurrido en vida del marido".

importe de la utilidad que hubiesen reportado a alguno de los consortes o a la sociedad conyugal en su conjunto, pero no el de sus intereses[231]. Era contemplado, sin embargo, un conjunto de situaciones, además de la aceptación de donaciones, legados o herencias sometidas a inventario, en las que la mujer quedaba descargada de la exigencia de conseguir una u otra clase de autorización: para contender en pleito frente a la acción criminal planteada contra ella, si el marido no hubiese asumido su defensa o si el juez hubiese estimado conveniente no comunicarle, por su propia naturaleza, la presentación de la acusación; para disponer de sus bienes *mortis causa*; para dirigir contra el marido cualquier acción de índole pecuniaria; y para preparar y seguir la demanda de nulidad, divorcio o separación matrimonial[232].

Finalmente, habiendo sido olvidada por el Proyecto de 1821, la controvertida ley 61 de Toro lograba acomodo en el de 1836 solamente de manera parcial y, en realidad, para ser derogada. Pues, en efecto, siendo caracterizada en el preámbulo la medida como una importante conquista en el refuerzo de la capacidad legal femenina y como un claro reflejo de la destacada consideración e importancia social que a la mujer se le daba en este proyecto de código[233], se autorizaba la fianza constituida por la mu-

231 El artículo [200] de este proyecto coincide con el [324] del proyecto de 1821, con el añadido de su aclaración final: "(…) pero no estará obligado a abonar intereses de la cantidad en que consiste el lucro".

232 *Proyecto de Código civil de 1836*, [215]: "La mujer (…), no necesita la licencia de su marido ni la supletoria del Juez en los casos siguientes: 1.º Para comparecer en juicio defendiéndose de una acción criminal intentada contra ella, si el marido no tomare su defensa, o si conceptuare el Juez que no debe comunicársele la acusación por la naturaleza de la causa. 2.º Para disponer de sus bienes en cualquier acto de última voluntad. 3.º Para aceptar una donación pura, un legado sin condición o una herencia a beneficio de inventario. 4.º Para instaurar contra su marido cualquier accción de interés pecuniaria que le corresponda. 5.º Para preparar y seguir la demanda de nulidad, o la de divorcio o separación del matrimonio"; [217]: "En los dos útimos casos de que trata el artículo 215, dará el Juez conocimiento de la demanda de la mujer al Promotor Fiscal, en vista de cuyo dictamen, si le pareciere aquella fundada, la admitirá y dará curso".

233 Veamos la justificación de su regulación. *Proyecto de Código civil de 1836*, Exposición de motivos, pp. 117-118: "Según nuestro Derecho antiguo, la mujer no podía ser fiadora sino en ciertos casos, y aun llegó a tanto el rigor que conforme a una ley de la Novísima Recopilación, no podía ser fiadora de su marido, ni aun quedar obligada juntamente con él, a menos que la deuda se hubiese convertido en utilidad suya. Estas disposiciones pudieron sostenerse cuando las mujeres no tenían la consideración e importancia social que se les da en el presente Código, pero habilitadas ya para ejercer la patria potestad y administrar los bienes sociales por incapacidad del marido, sería una gran inconsecuencia negar a la mujer la facultad de fiar, concediéndole la de enajenar y disponer de sus bienes

jer que fuese mayor de veinticinco años. Aunque también es verdad que, en el caso de estar casada, para hacerla a favor de un tercero necesitaría la licencia de su marido, a no ser que por incapacidad de éste hubiese asumido ella la administración de los bienes conyugales, pudiendo entonces destinar a este objeto sus propias pertenencias, con excepción de los bienes dotales[234]. Exclusión que únicamente era levantada en el supuesto de que resultase indispensable emplear también estas propiedades para componer la fianza que se hiciese preciso entregar con el fin de sacar al marido recluido en prisión[235].

Proyecto de Código civil de 1851

El espíritu liberal y avanzado que impregnaba el malogrado Proyecto de Código civil de 1851 aflorará en algunos de sus enunciados generales esenciales en un sentido que, aparentemente, venía a barrer las diferencias de tratamiento jurídico que secularmente había padecido la mujer casada respecto a su cónyuge. Así parecían anunciarlo la proclamación de principios nucleares como el de la igualdad civil ante las leyes[236], el de la inexcusabilidad de la ignorancia de las mismas[237], o el de su carácter irrenunciable[238]. Sin embargo, en el desarrollo posterior de su articulado la

propios [.] Sin embargo, considerando la inexperiencia del sexo y la facilidad con que pudiera abusarse de ella para comprometer a una joven en fianzas arriesgadas, se exige la edad de veinticinco años para constituirse fiadora. Entonces puede tener la madurez necesaria para no aventurarse ciegamente, y por la misma razón ya no necesita a dicha edad la licencia paterna para casarse, que es el empeño de mayor gravedad en la carrera de la vida [.] Se ha exigido también en la mujer casada la licencia del marido para fiar; así lo exigen el decoro y la paz doméstica, por cuanto pudiera empeñarse en una obligación desagradable al consorte y perjudicial a los intereses de la familia (...)".

234 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1806]: "La mujer puede constituirse fiadora siendo mayor de veinticinco años; pero si estuviese casada necesitará para hacerlo la licencia del marido, a no ser que por incapacidad de éste haya recaído en ella la administración de los bienes sociales, en cuyo caso podrá fiar sin dicha licencia con sus propios bienes, excepto los dotales".

235 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1807]: "Sólo en el caso de que sea necesaria la fianza para sacar al marido de prisión, cuando esto no pueda verificarse de otro modo, podrá la mujer constituir aquélla aun sobre los bienes dotales".

236 *Proyecto de Código civil de 1851*: [14]: "Las leyes no reconocen en el orden civil distinciones de nacimiento, ni diferencia de condiciones sociales".

237 *Proyecto de Código civil de 1851*: [2]: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa". Lo que operaba en contra del viejo privilegio concedido a la mujer en el sentido de no verse perjudicada por su desconocimiento de las normas jurídicas.

238 *Proyecto de Código civil de 1851*: [4]: "(1) La renuncia a las leyes en general

realidad de esta supuesta ruptura con el pasado[239] quedaba desvanecida ante la evidencia de la permanencia de importantes desigualdades entre los dos sexos[240]. Así, repitiendo postulados ya vertidos en otros proyectos precedentes, tras la idealizada imagen de una pareja llamada a convivir guardándose fidelidad y socorro mutuo[241], y a compartir la crianza, educación y alimentación de los hijos[242], la mujer continuaba siendo conminada a obedecer a su marido a cambio de su protección[243], tendría fijado su domicilio allí donde él situase el suyo[244], debería mudar su residencia

no surtirá efecto. Tampoco lo surtirá la renuncia especial de las leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario". En la trascendencia de este precepto, a los efectos que nos ocupan, se detiene Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 218-219.

239 Con manifestaciones también en otras vertientes. Como ejemplo, el alegato en favor del papel de la educación para la mujer de J. L. Retortillo, «De la influencia de la educación y de la mujer», en *RGLJ*, 3 (1854), 254-261.

240 No sin la complacencia de algunos de sus más conocidos intérpretes. B. Gutiérrez Fernandez, *Códigos*, I, p. 166, "(…) una libertad ilimitada no sería menos funesta, menos antisocial que la tiranía doméstica: al cabo la firmeza de los lazos conyugales produjo, mientras duró en Roma, escelentes madres de familia; pero cuando se relajaron, vinieron a ser célebres por sus extravíos las matronas romanas. Una legislación que no haga de la condición de la mujer más dura de lo que consiente la naturaleza, ni que la sea más favorable de lo que conviene a su debilidad, será la medida justa de sus derechos en la sociedad, y así nos parece que en lo general nuestras leyes han resuelto este problema". Aunque otros se muestran fervorosos partidarios de los progresos conocidos en su posición social por la mujer, pero no la casada. F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, p. 208: "La especie de emancipación a que ha llegado la mujer por el progreso de la educación y por su posición en la sociedad, no permite ya considerarla como un ser débil y menesteroso, incapaz casi de obligaciones y derechos, y que no puede vivir sino a la sombra de odiosos privilegios. En la sociedad moderna es la mujer en sus relaciones jurídicas, y particularmente fuera de la familia, igual en todo al hombre".

241 *Proyecto de Código civil de 1851,* [57]: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente". Sin perjuicio, claro está, como F. García Goyena, *Concordancias*, p. 38, se encarga de recordar, de que las leyes son más indulgentes con el marido que con la mujer infiel.

242 *Proyecto de Código civil de 1851*, [68]: "El padre y la madre están obligados a criar a sus hijos, educarlos y alimentarlos".

243 *Proyecto de Código civil de 1851*, [58]: "El marido debe proteger a la mujer, y ésta debe obedecer al marido". El comentario de F. García Goyena, *Concordancias*, p. 38, es ilustrativo del pensamiento de su tiempo: "Si el marido, más fuerte por su sexo, y como gefe y cabeza de la familia, por la ley debe proteger á la muger, síguese que esta deba obediencia al marido. Es un homenage tributado al poder protector, y una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal que no podría subsistir si uno de los esposos no estuviera subordinado al otro".

244 *Proyecto de Código civil de 1851*, [42]: "(2) La mujer casada tiene el domicilio de

siguiendo la voluntad, las necesidades o el destino de éste, reduciéndose ahora, incluso, los motivos que podrían excusarla de hacerlo a que ello implicase trasladarse a ultramar o instalarse en otro país, pero siempre previa decisión estimatoria de un tribunal, y ya no por causa de tener que acompañarle al destierro[245], al tiempo, que continuaba perdiendo su nacionalidad en el caso de que contrajera matrimonio con un extranjero, recobrándola solamente si una vez disuelto el vínculo, abandonase aquella que hubiera adquirido en su virtud[246]. Además, para completar su estatuto, se mantenía su posibilidad de acceso con plenitud de derechos y de responsabilidades a la patria potestad[247], y la de actuar como

su marido, no estando divorciada (...)". Sin embargo, la viuda puede en uso de su libertad escoger otro domicilio, dejando el de su difunto marido. F. García Goyena, *Concordancias*, p. 26.

245 *Proyecto de Código civil de 1851,* [59]: "(1) La mujer está obligada a seguir a su marido dondequiera que éste fije su residencia. (2) Los Tribunales podrán, con conocimiento de causa, eximirla de esta obligación, cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o país extranjero". Lo confirma F. García Goyena, *Concordancias*, p. 39, al señalar que el artículo también se aplicará cuando el cambio de domicilio sea necesario, por ejemplo, en el caso de relegación o destierro, y que el pacto anterior adverso sería nulo por inmoral y contrario a los fines y obligaciones del matrimonio. Pues, lo mismo que a lo provechoso y favorable, la mujer debe estar a lo incómodo y desfavorable. Indica, además, que según la opinión de algunos autores, los tribunales pueden apreciar causa justificada cuando la vida de la mujer corra peligro.

246 *Proyecto de Código civil de 1851,* [25]: "La española que case con un extranjero sigue la condición de sus marido; pero disuelto el matrimonio podrá recobrar la calidad de española, haciendo la renuncia prevenida en el artículo 20". Se trata de una solución con precedentes en otros códigos, incluido el artículo [56] del proyecto de 1821. En su línea habitual, F. García Goyena, *Concordancias*, p. 17, apoya la pertinencia de la medida: "Es una consecuencia forzosa de la misma naturaleza del matrimonio, de la individualidad del marido y la muger, y de que el primero es gefe y cabeza de familia y un verdadero curador de la segunda".

247 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [164] "La madre sucede al padre en la patria potestad, con todos sus derechos y obligaciones". F. García Goyena, *Concordancias*, p. 101: "¿Tiene las madres menos cariño que los padres por sus hijos? Y este sentimiento esquisito de ternura maternal ¿no suplirá poderosamente alguna corta inferioridad en conocimientos?". El reconocimiento de esta capacidad estaba ya previsto, aunque con limitaciones, en las Bases elevadas por la Sección civil a la Comisión General el 13 de octubre de 1843 (J. F. Laso Gaite, *Crónica,* 4, *Codificación civil*, I, pp. 158-160): "A falta del padre, la madre ejercerá la autoridad paterna sobre los hijos.- Estará sin embargo obligada a oír el dictamen del consultor o consultores que el padre hubiese nombrado en su testamento u otro acto solemne, en todos los negocios que el mismo hubiese determinado (...)", y en las aprobadas por ésta el 7 de marzo de 1844 (J. F. Laso Gaite, *Crónica,* 4, *Códificación civil*, I, pp. 163-165), [12]: "A falta del padre, la madre ejercerá la autoridad paterna sobre los hijos, salvas las restricciones que se establezcan". En defensa de la solución adoptada

testigo en testamento[248], no admitiéndose, por el contrario, que ejerciese como tutora, protutora o vocal del consejo de familia[249], y estando, a su vez, sujeta a la curaduría forzosa de su marido, aunque en relación de reciprocidad[250].

En contraste con lo que previamente se ha afirmado respecto a los proyectos de 1821 y 1836, en materia de capacidad jurídica de la mujer casada en el terreno patrimonial, éste de 1851 evidenciaba un notorio alejamiento de las directrices marcadas en las leyes de Toro, para inclinarse hacía una más acusada influencia francesa, que se traduciría en un sensible empeoramiento de su situación[251]. Lo hemos comprobado en relación con la administración de la sociedad conyugal, y se repite en lo referente a las fronteras de su campo de actuación independiente. Por lo pronto, no hallamos aquí una regulación general de la licencia marital, sino que lo que habrá será una obligación de obtenerla para determinadas actividades específicas, pero siempre en condiciones más exigentes que las planteadas con anterioridad. Constante que ya se haría muy patente a la hora de renunciar a una herencia o de aceptarla, pues no solamente se requería disponer de la autorización del marido o de la

en el artículo [164] del proyecto de 1851: P. Gómez de la Serna, «De la patria potestad», en *RGLJ*, 18 (1861), 25-33.

248 Se desprende de su no aparición entre quienes son excluídos en el artículo [590].

249 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, libro I, título VII, capítulo VII: De las personas inhábiles para ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia, y de su separación. [202]: "No pueden obtener estos cargos: 1.º Las mujeres a excepción de las abuelas del menor, que sean viudas (…)".

250 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [292]: "El marido es curador legítimo y forzoso de su mujer; y ésta lo es de su marido, fuera del caso de prodigalidad". F. García Goyena, *Concordancias*, p. 163: "(…) no puede negarse que la condición de la muger casada es hoy idéntica á la de una persona sujeta a curaduría, que el marido es administrador legal de todos los bienes del matrimonio (…) que debe protegerla y la representa (…) es pues una consecuencia legal y natural que sea su curador legítimo. El tiene interés propio en administrar bien los bienes, y nadie cuidará mejor de la persona que el que más la ama".

251 Según J. Castán Tobeñas, *La condición social y jurídica de la mujer*, Madrid, Reus, 1955, pp. 121-122, en el Código civil francés de 1804 cristalizan tres principios esenciales tomados del derecho consuetudinario: jefatura familiar del marido, con rigurosa potestad sobre la persona de la mujer y de los hijos; extensión de esta autoridad marital al patrimonio familiar sobre la base de la supuesta debilidad mental y necesidad de protección de los demás miembros; y proyección de los dos anteriores principios sobre el régimen económico matrimonial. Sobre el peso de esta influencia francesa en el deterioro del estatuto de la mujer casada, también, Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 221-222.

judicial para rechazarla, sino también para tomarla, aunque se hiciese a beneficio de inventario, que pasaba a ser la única forma en la que se permitía su adición[252]; lo que traía como efecto inevitable que la recepción de donaciones estuviera sometida a iguales reglas[253]. Se trataba, pues de una solución restrictiva, para la que García Goyena, que se congratulaba de la supuesta mejora lograda respecto a la ley 54 de Toro, esgrimiría una contundente justificación: «La muger casada viene a ser por las leyes un menor de edad privado del consejo de familia ¿por qué, pues, no hacer inventario en todo caso, mayormente, cuando interesa para la responsabilidad del marido y para poner en claro las ganancias?». Aunque, al menos, se respetaba su libertad para decir el destino de sus pertenencias en declaración de última voluntad, si bien esto lo explicaría el mismo autor porque, no surtiendo efecto el testamento hasta después de disuelta la sociedad, ello no podría lastimar sus derechos o dañar ni su condición ni la del marido[254].

Más grave será, sin embargo, el recorte producido en las esferas afectadas por la ley 55 de Toro, pues en cuanto al ámbito de la contratación la posición de la mujer casada se identificará, sin ambages, con la incapacidad[255], colocándola al mismo nivel que el menor de edad no emancipado, el loco, el sordomudo, el pródigo o el sujeto a interdicción civil[256]. En consecuencia, privada legalmente de la potestad de actuar con autonomía, no podría, sin licencia del marido, que, para dejarlo más claro, era designado como su representante legal[257], adquirir a título onero-

252 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [826]: "(1) La mujer casada no puede aceptar ni repudiar la herencia sino con la licencia de su marido; y en su defecto con la aprobación del Juez. (2) En todo caso, no puede aceptar sino a beneficio de inventario".

253 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [950]: "La mujer casada no puede aceptar las donaciones sino en la forma prevenida en el artículo 826".

254 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [66]: "Tampoco necesita la mujer licencia del marido para disponer de sus bienes por testamento". F. García Goyena, *Concordancias*, p. 44.

255 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [987]: "Son incapaces para contratar: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Las mujeres casadas en los casos expresados por la ley. 3.º Los que no pueden administrar sus bienes, conforme al artículo 279. La incapacidad declarada por este artículo, está sujeta a las modificaciones que la ley determina; y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma declara".

256 *Proyecto de Codigo civil de 1851*: [279]: "Son incapaces de administrar sus bienes: el loco o demente, el sordomudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo la interdicción civil".

257 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [62]: "El marido es el representante legítimo de su mujer (…)".

so o lucrativo, enajenar sus bienes u obligarse[258]; en lo que hay que entender comprendido –a pesar de que no se dijese– renunciar a créditos y deudas previas, o liberar a otro de ellas[259]. Es decir, se había ido bastante más allá de lo que se había atrevido a hacerlo el legislador de Toro, que se había contentado con limitar su capacidad, pero sin llegar a despojarle de ella[260]. Ante esta situación, cobra pleno sentido, que –siguiendo, aquí sí, el dictado del ordenamiento toresano– a falta de licencia del marido, tampoco se le permitiese comparecer en juicio, ya fuese por sí sola o con procurador[261], si bien no la necesitaría para defenderse en pleito criminal o para demandar o responder a su marido en el litigio mantenido con él[262], cosa lógica, por otra parte, dado que concurriría su interés personal, pudiendo deducirse, además, a partir de la omisión de su referencia, que, también, la precisaría para presentar demanda en juicio penal. Con la consecuencia de que si hubiese obrado sin disponer de este permiso, todo acto que hubiese efectuado, que únicamente podría ser atacado por el marido y sus herederos, o por ella misma, pecaría, no de anulabilidad, sino, en indisociable nexo con su incapacidad[263], de radical nulidad. En cualquier caso, no estando prevista la posibilidad de conseguir *a posteriori* la ratificación marital de los actos realizados, lo que venía a abundar, por lo tanto, en el deterioro sufrido por su condición, a la casada, para suplir

258 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [63]: "(1) Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse".

259 Lo confirma, F. García Goyena, *Concordancias*, p. 42.

260 Por ello, Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 224 refuta, con pleno fundamento, a mi parecer, la afirmación de F. García Goyena, *Concordancias*, p. 523, en el sentido de que las leyes de Toro, conformes a la legislación y costumbres de toda Europa, habrían aclarado y fijado esta materia, al igualar a la mujer casada con el menor.

261 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [62]: "El marido es el representante legítimo de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por si ni por medio de procurador". La justificación de F. García Goyena, *Concordancias*, p. 40, no aporta nada que no sepamos ya: "El marido, gefe y director de la familia, administrador de todos los bienes del matrimonio y responsable de ellos, es á quien compete demandarlos ó defenderlos en juicio. Lo contrario sería una perturbación del orden doméstico en lo moral y civil, un contra principio en buena legislación. Fuera de que la contestación del pleito es considerada como un casi contrato, y la muger no puede obligarse civilmente por sí sola".

262 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [65]: "La mujer no necesita licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido".

263 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [67]: "La mujer, el marido y los herederos de ambos, son los únicos que pueden reclamar la nulidad, fundada en la falta de licencia prescrita en los artículos 62 y 63".

la falta de licencia de su cónyuge, todavía le cabría el recurso de solicitar la judicial. Autorización, que no contemplándose la general otorgada por el marido, hay que presumir especial, y que podría serle concedida por el tribunal competente con conocimiento de causa, de la que ya no se pedía que fuese legítima o provechosa para ella, bien por habérsela negado el marido sin tener un motivo fundado, bien por la ausencia de éste, sin mención de otros requisitos, o bien por estar, ya no incapacitado para administrar sus bienes, como en proyectos precedentes, sino impedido para hacerlo, añadiéndose, también, como razón justificativa, que fuese menor de dieciocho años y careciera de padres que pudiesen sustituirle en el desempeño de las funciones que él no pudiese asumir hasta alcanzar la mayoría de edad[264].

Teniendo negada la capacidad para contratar y para contraer otros créditos o cargas, resultaba asimismo, inviable que la mujer casada pudiese prestar fianza[265], considerando que la finalidad de esta institución reside, precisamente, en garantizar el cumplimiento de una obligación. Con el reforzamiento que suponía, además, para esta implícita prohibición que se cegase el resquicio para su mitigación que la práctica había abierto con la admisión de la renuncia al viejo privilegio romano puesto a su disposición para hacer frente a la acción emprendida contra ella para lograr su cumplimiento[266]. De igual manera que quedaba inhabilitada para obligarse de mancomún con su marido, en virtud de la prohibición de la venta recíproca de bienes entre los cónyuges, a menos que hubiera

264 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [64]: "Los Tribunales, con conocimiento de causa, pueden suplir la falta de la licencia marital, requerida en los dos artículos precedentes, cuando el marido sea menor de dieciocho años y carezca de padres, o cuando siendo mayor se halle ausente o impedido, o la rehuse sin motivo fundado". Aunque presenta puntos de encuentro con las leyes 57 y 59 de Toro, este precepto toma, principalmente, elementos de los artículos 218, 219, 222 y 224 del Código francés, con la diferencia de que el 224 requiere la autorización judicial para comparecer en juicio u obligarse cuando el marido sea menor, sin expresión de la edad mínima, lo que ahora se hace imprescindible al haberse fijado en el artículo [60] en dieciocho años para administrar los bienes del matrimonio. F. García Goyena, *Concordancias*, p. 43.

265 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [1740]: "El obligado a dar fiador debe dar por a persona que reúna las calidades siguientes: 1.º Ha de ser capaz de obligarse (…)". La lectura que de este precepto realiza F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 208-209, hay que calificarla de sesgada, porque tras ponderar encendidamente la admisión de la capacidad de contratar de la mujer, extendida a su habilitación para ser fiadora, hace causa común con el legislador, al expresar su conformidad con las razones que le han llevado a no trasladar esta potestad a la casada.

266 J. F. Laso Gaite, *Crónica,* 4, *Códificación civil*, I, p. 232.

sido dictada su separación judicial[267]. No obstante, como sabemos, la ley 61 de Toro exceptuaba, como exigible, la responsabilidad de la mujer por aquella parte de la deuda que le hubiese sido provechosa, lo que dejaba expuestos a los acreedores a posibles maquinaciones de los consortes dirigidas a eludir su satisfacción, mediante la alegación de haber imputado los créditos a las cargas matrimoniales ordinarias; un riesgo que ahora se disipaba, al impedirse que los bienes dotales, los únicos reconocidos a la mujer, pudiesen ser enajenados o gravados fuera de los casos expresamente previstos[268]. Entre los que se contaba, introduciendo la denominada «potestad doméstica», cuyo antecedente se ha querido buscar en dicha ley 61, el pago de los gastos diarios y usuales de la familia causados u ordenados por la mujer con tolerancia del marido, previa excusión de los gananciales y de los bienes propios de éste[269]".

Última etapa del proceso codificador: del Proyecto de Romero Ortiz de 1869 al Anteproyecto de Código civil de 1882-1888

Etapa de mero tránsito en esta evolución la constituye el Proyecto de Ley de libro primero del Código civil de Romero Ortiz, del año 1869, que en su delimitación de la posición de la mujer casada apenas se apartaba de las pautas marcadas por el proyecto de 1851, al reiterar sus deberes de obediencia, identidad de domicilio, y seguimiento en sus cambios de residencia al marido[270], aportando como originalidad su disfrute durante el matrimonio y al enviudar, mientras permaneciese en este estado, de los honores correspondientes a éste que no fuesen meramente inherentes a sus cargos[271]. Pero donde sí se introducían algunas modificaciones rese-

267 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [1380]: "El marido y la mujer no pueden venderse recíprocamente bienes, sino cuando hubiere separación judicial de éstos, con arreglo al capítulo V, título VI de este libro".

268 J. F. Laso Gaite, *Crónica,* 4, *Códificación civil*, I, p. 232. Son las mismas razones aducidas para justificar esta medida por F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 210-211.

269 *Proyecto de Codigo civil de 1851*, [1287]: "(2) También quedará obligada la dote al importe de los gastos diarios y usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden, con tolerancia del marido; pero en este caso debe hacerse previa excusión de los bienes gananciales y los del marido".

270 *Proyecto de Ley de libro primero del Código civil de 1869*. El artículo [44] y el [77] repiten el [42] y el [57] del proyecto de 1851, y el [78] fusiona sin cambios el [58] y el [59].

271 *Proyecto de Ley de libro primero del Código civil de 1869*, [79]: "La mujer goza

ñables era en lo concerniente a su margen de protagonismo en la conducción de actividades jurídicas. Cierto es que nada cambiaba en cuanto a su incapacidad, a la atribución de su representación legítima al marido, a la indispensabilidad de su licencia para realizar adquisiciones, enajenar, obligarse y comparecer en juicio, y a la exención de este requisito para hacer testamento, así como en la determinación de quiénes podrían reclamar la nulidad de los actos realizados en su defecto y, en fin, en la fijación de los supuestos en los que tendría cabida la solicitud de la licencia supletoria judicial[272]. Sin embargo, constituían novedades destacables: que entre las actuaciones no requeridas de esta autorización se incluía el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad sobre los hijos legítimos o naturales reconocidos que la mujer tuviese de otro[273]; que se admitía la ratificación, y que se interpretaba tácitamente existente cuando el marido manifestase de modo inequívoco su conformidad con lo por ella efectuado[274]; y, por último, que también se aceptaba su revocación cuando el acto para el que hubiese sido concedida no se hubiera iniciado aún, o si ya lo hubiese hecho, a condición de indemnizar por los perjuicios ocasionados a tercero[275]. El aspecto de mayor interés residía, no obstante, en que la licencia marital se presumía otorgada para la compra de cosas muebles al contado o para la adquisición al fiado de objetos destinados al consumo ordinario familiar, con excepción de galas, joyas, muebles preciosos, vestidos o menaje, a no ser, en estos casos, que se hiciese con conocimiento del marido y sin su oposición[276]. Es decir, en esta propuesta

de los honores de su marido que no sean meramente inherentes al cargo que él ejerza o haya ejercido, y los conserva mientras no pase a segundas nupcias".

272 *Proyecto de Ley de libro primero del Código civil de 1869*. Los artículos [85], [86], [87], [92] y [93], reproducen literamente, con mínimas variaciones, los artículos [62], [63], [64], [66] y [67] del proyecto de 1851.

273 *Proyecto de Ley de libro primero del Código civil de 1869*, [91]: "La mujer no necesita licencia: 1.º Para defenderse en juicio criminal. 2.º Para demandar o defenderse en los pleitos con su marido. 3.º Para ejercer en caso necesario los derechos y deberes inherentes al poder paternal, relativamente a los hijos legítimos o naturales reconocidos que tuviese de otro".

274 *Proyecto de Ley de libro primero del Código civil de 1869*, [90]: "El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado a su mujer. La ratificación podrá ser tácita por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia".

275 *Proyecto de Ley de libro primero del Código civil de 1869*, [89]: "El marido puede revocar la licencia concedida a su mujer, siempre que el acto para que fue otorgada no se hubiere principiado; mas si éste hubiere tenido principio, sólo podrá revocar la licencia reparando cualquier perjuicio de tercero que resulte de la revocación".

276 *Proyecto de Ley de libro primero del Código civil de 1869*: [88]: "(1) Se presume

encontraba desarrollo una regulación mucho más precisa del contenido de la potestad doméstica.

Tampoco la Ley de Matrimonio civil de 1870 se separaría en aspectos de hondo calado del modelo ofrecido por el Proyecto de Código de 1851. A la obligación mutua de fidelidad y socorro, el marido sumaba los deberes de proteger y mantener en su compañía a la mujer[277], a la que, en contrapartida, le correspondían los de obedecerle, vivir junto a él, y seguirle a donde quiera que fijase su domicilio o su residencia, no pudiendo excusar este traslado nada más que cuando los tribunales se lo concediesen por comportar la instalación en un país extranjero[278], pero despareciendo ahora como excepción que ello significase tener que establecerse en un territorio de ultramar[279]. La mujer compartía, además, tanto en vida suya como después de que falleciese, y en tanto que no contrajese nuevas nupcias, los honores no exclusivamente personales del marido, tal como había adelantado el proyecto de Romero Ortiz de 1869[280].

la licencia del marido en la compra de cosas muebles que la mujer hace al contado, y en las que hiciere al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia. (2) La licencia no se presume en la compra al fiado de galas, joyas muebles preciosos, aun de los naturalmente destinados al vestido y menaje, a menos de probarse que se han comprado o se han empleado en el uso de la mujer o de la familia con conocimiento y sin reclamación del marido".

277 *Ley de Matrimonio civil de 1870*. El artículo [44]: "Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente", repite el [57] del proyecto de 1851, sin alusión al deber de vivir juntos, que cabe entender recogido en el [45]: "(1) El marido debe tener en su compañía y proteger a su mujer", que modifica en este punto el [58] del proyecto de 1851, y es reiterado en el [48].

278 Sobre esta obligación, J. Escriche, *Diccionario razonado*, IV, voz «Mujer casada», p. 245, se pregunta si el marido podría reclamar el auxilio de la fuerza pública para forzarla a acompañarle, concluyendo que no, entre otras cosas, porque nunca se podría evitar que se escapara.

279 *Ley de Matrimonio civil de 1870*: [48]: "(1) La mujer deberá obedecer al marido, vivir en su compañía y seguirlo a donde éste traslade su domicilio o residencia. (2) Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán, con conocimiento de causa, eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia al extranjero". El deber de obediencia se contenía en el artículo [58] del proyecto de 1851, y el resto en el [59]. La supresión de la mención a Ultramar se explica por la pérdida progresiva de las colonias y por un deseo político de no establecer excepciones que pudieran parecer vejatorias, en un momento en el que se intentaba atajar la insurrección cubana y se pretendía dar el carácter de provincia española y dotar de una Constitución a Puerto Rico. Sobre la discusión suscitada por este artículo, R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil de 1870*, pp. 167-168.

280 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [54] que reproduce el tenor del [79] del proyecto de 1869, variando que la exclusión no es de los honores que "sean meramente

Y definitivamente resultaba consagrado el acceso de la madre a la patria potestad[281]. De igual manera que se reiteraba la atribución al marido de la representación legal de la mujer, si bien el alcance de esta función aparecía ahora restringido a aquellas intervenciones en juicio que conforme a derecho ella no pudiese afrontar por sí misma, sin que se extendiese, por tanto, a la celebración de contratos y a otros actos extrajudiciales, para los que, siempre, eso sí, que le fuesen favorables, simplemente necesitaba su licencia, no estando, pues, afectada de incapacidad[282]. Un permiso marital que también precisaba para administrar sus bienes y los del propio marido y para suceder por testamento o por vía abintestada[283], y cuya ausencia determinaba la nulidad de todos aquellos actos efectuados en los que estuviese exigido, a no ser que posteriormente fuesen ratificados por el marido, lo que hace pensar que, a pesar de ser ésta su calificación legal, sería más adecuado hablar de anulabilidad[284]. En cualquier caso, la

inherentes al cargo que él ejerza o haya ejercido", sino de "los que fueren estricta y exclusivamente personales".

281 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [64]: "(1) El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados". Confirmado en los artículos [65], [66], [68], [69], y [70]. Obviando su aceptación en los frustrados proyectos precedentes, decía el Preámbulo, pp. 351-352: "Tiempo es ya de borrar de nuestra legislación las huellas del derecho pagano de Roma, que vino a herir de muerte el Evangelio, elevando a la mujer al puesto que le corresponde en el seno de la familia (...). Más que de innovación, por lo tanto, la disposición del proyecto bien merece el nombre del último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia; teoría cuyo germén fue arrojado al mundo con el Evangelio, desarrollándose después lentamente en nuestra legislación nacional con la institución de los gananciales y con los derechos otorgados a la madre sobre los hijos y su bienes, hasta llegar a su plenitud, con lo que se dispone en el proyecto, que no rechazará nadie que conozca cuanta ternura, cuanta previsión, cuanta prudencia puede atesorarse en el corazón de una madre, cuya vida se concentra en el bienestar y en el porvenir de sus hijos".

282 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [45]: "(...) y estará facultado para representarla en juicio, salvo los casos en que está pueda hacerlo por sí misma con arreglo a derecho, y para darle licencia para celebrar los contratos y los actos que la sean favorables". Este artículo modífica, simplificando y oscureciendo su lectura, el [62] y el [63] del proyecto de 1851, al no hacer mención a la actuación mediante procurador y aludir solamente a la facultad de contratar, y no a otros negocios jurídicos. Coincido, de nuevo, en este punto con Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 232.

283 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [49]: "La mujer no puede administrar sus bienes ni los de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir por testamento o abintestato sin licencia de su marido, a no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriban". Este artículo toma elementos de los articulos [61], [62] y [63] del proyecto de 1851.

284 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [50]: "Los actos de esta especie que la mujer

reclamación de nulidad, a diferencia del proyecto de 1851, ya sólo podía ser presentada por el marido o por los herederos, viéndose ella misma privada de ejercer esta facultad[285]. Pero fuera de estas limitaciones quedaban el otorgamiento de testamento, el ejercicio de los derechos y deberes relativos a los hijos legítimos y a los naturales reconocidos y a sus respectivos bienes –que ya contemplaba el proyecto de 1869–, así como las actividades ligadas a la potestad doméstica, que eran tratadas en términos muy cercanos, también, a los que configuraban en dicho proyecto de Romero Ortiz ésta peculiaridad, que, por vez primera, era aupada al rango de la efectividad legal[286]. Con todo, en el contexto de un sexenio revolucionario en cuyo programa de reformas políticas se incorporaba la pretensión de una elevación de la condición social de la mujer, la invención más destacable y sorprendente de esta importante ley, y que ya entonces fue recibida con algunas mordaces críticas, hay que situarla en la sujeción de la publicación de las obras científicas y literarias de la casada a la autorización del marido o, en su defecto, de la instancia judicial competente[287]. Si bien en

ejercitare serán nulos, y no producirán obligación ni acción, si no fueran ratificados expresa o tácitamente por el marido".

285 *Ley de Matrimonio civil de 1870,* [55]: "Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente". La razón de esta supresión se explicaba claramente en el Preámbulo, p. 348: "Los actos jurídicos que la mujer celebré sin la autorización de su marido, o la judicial en su defecto, habrán de ser nulos para que sus consecuencias no perjudiquen al que de ellas debe ser irresponsable. Por esto solamente podrán reclamar la nulidad de tales actos el marido o sus causa-habientes, pero nunca a la mujer, que de otra manera vendría a utilizarse del fraude que había cometido". Es decir, se pretendía evitar que la mujer extrajese un beneficio añadido de su propio acto ilícito.

286 *Ley de Matrimonio civil de 1870,* [51]: "Será válida, no obstante, la compra que al contado hiciere la mujer de cosas muebles, y la que hiciere al fiado de las que por su naturaleza están destinadas al consumo ordinario de la familia, y no consistieren en joyas, vestidos y muebles preciosos desde el momento en que hubieren sido empleados en el uso de la mujer o de la familia con conocimiento o sin reclamación del marido". Para entender el sentido de la admisión de esta institución, ya presente en el artículo [88] del proyecto de 1869, podemos acudir otra vez al Preámbulo, p. 348: "La ley no debe hacer imposible el régimen doméstico ni humillar a la mujer hasta el punto de imposibilitarla para atender por sí misma a la alimentación y cuidado de sus hijos". No obstante, no todos los miembros de las cámaras vieron con buenos ojos la medida. Véase, R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil de 1870,* pp. 168-169, que vincula su introducción a los tímidos inicios del desarrollo de un movimiento en pro de la mejora de la situación social de la mujer.

287 *Ley de Matrimonio civil de 1870,* [52]: "Tampoco podrá la mujer publicar escritos, ni obras científicas ni literarias, de que fuere autora o traductora, sin licencia de su marido, o en su defecto, sin autorización judicial competente". El artículo, fue tomado casi

el plano de la técnica legislativa no deja de resultar igualmente llamativo, que aunque estuviese expresamente mencionada, no apareciese regulación alguna específicamente centrada en esta licencia judicial.

Sin olvidar que, no habiendo sido derogada, y en virtud de su inserción en la Novísima Recopilación, la legislación de Toro seguía estando aún vigente y suscitando abundantes problemas interpretativos, que la jurisprudencia intentaría resolver[288], en el período que media entre la promulgación de la Ley de Matrimonio civil y la aparición del Código civil no anotamos en esta materia otro hito significativo que la necesaria referencia al Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, en el que apenas hallamos novedades reseñables, sobre todo, respecto al Proyecto de Código civil de 1851, que le serviría de principal referente. En este sentido, hay que subrayar que se repetirá la presencia de aquellos principios esenciales que a los efectos legales venían a consagrar la igualdad entre los sexos, si bien la irrenunciabilidad ya no se predicaba de las leyes, sino de los derechos concedidos por éstas, y solamente cuando su renuncia fuese contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero[289]. De

literalmente del [1187] del Código portugués. Entre las críticas vertidas contra el precepto, sobresale la de Ortiz de Zárate, en el sentido de que se otorgaba al juez el papel de árbitro literario, y de que, además, no se vetaba la difusión de otras producciones artísticas potencialmente más peligrosas, como pinturas o esculturas. Véase R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil de 1870*, pp. 170-171. Por el contrario, para B. Gutíerrez Fernández, *Códigos*, I, p. 459, la medida tenía justificación como freno al riesgo de que dominada por su vanidad de escritora, la mujer relegase la atención debida a sus responsabilidades como esposa y madre. Y ésta es la dirección en la que apunta el legislador, a juzgar por su Preámbulo, p. 348: "El orden, y aun la moralidad doméstica en algunos casos, pudieran correr grave riesgo si la mujer gozara de completa libertad para dedicarse a la vida de la ciencia, de la literatura o del arte, con abandono de los deberes que le imponen sus cualidades de esposa y madre".

288 Una amplia relación de sentencias del Tribunal Supremo relacionadas con la aplicación de estas leyes, e indicativa de las dificultades de su adaptación a los cambios producidos en los siglos transcurridos, tanto en las circunstancias socioeconómicas como, sobre todo, en unas concepciones jurídicas tendencialmente restrictivas, por influencia francesa, en cuanto al campo de actuación liberado a la mujer casada, lo ofrece Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad,* pp. 235-249.

289 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [4]: "(2) Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero". La imposibilidad de excusar el cumplimiento de la ley en su ignorancia se recoje también en el artículo [2]. El articulo [7], repite literalmente el [14] del proyecto de 1851. Y el artículo [8]: "Las leyes relativas a los derechos y deberes de la familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero", modifica, ampliándolo, el [7] del proyecto de 1851.

igual modo que persistían sin variaciones la distribución de los derechos y obligaciones entre los cónyuges, los deberes de obediencia, comunidad de domicilio y traslado de residencia de la mujer, su pérdida de nacionalidad por el matrimonio[290], la participación en los honores del marido[291], la posibilidad de asumir la patria potestad, y su caducidad al pasar a segundas nupcias[292], y la inhabilitación para asumir funciones de tutela[293]. Y en el capítulo de su capacidad para desempeñar actuaciones jurídicas, también coincidían con lo establecido en el proyecto de 1851 el papel de representación otorgado al marido[294], la exigencia de licencia marital para aceptar o repudiar herencias y donaciones[295], para comparecer en juicio, con idénticas excepciones[296], y para adquirir, enajenar y contraer obligaciones, si bien ya no se declaraba su incapacidad para contratar [297]. Al igual que había continuidad en la dispensa de la obtención de esta autorización para otorgar testamento, ejercer los derechos y deberes que le correspondiesen respecto a sus hijos[298], y desplegar las actividades vinculadas a la potestad

290 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, Los artículos [43], [44], [45] y [20] reproducen literalmente los articulos [57], [58], [59] y [25] del proyecto de 1851.

291 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [51], que repite el [54] de la Ley del Matrimonio civil de 1870.

292 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [121]: "El padre y en su defecto la madre tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emnacipados (…)"; [126]: "La madre que pase a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos (…)".

293 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888,* [203]: "No pueden ser tutores ni pro-tutores: (…) 7.º Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente (…)".

294 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1188*, [47]: "El marido es el representante de la mujer. Este no puede sin su licencia comparecer en juicio por sí o por medio de procurador (…)". Igual que en el artículo [62] del proyecto de 1851.

295 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1188*, [1005]: "(1) La mujer casada no podrá aceptar ni repudiar una herencia sino con licencia de su marido, o, en su defecto, con aprobación del Juez. (2) En todo caso, no podrá aceptarla sino a beneficio de inventario". Respecto a las donaciones, se deduce del [621]: "Podrán hace donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes".

296 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1188*, [47]: "(…) No necesita, sin embargo, de está licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo dispuesto en el número 2 del artículo 1995 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Concuerda y lo modifica con el artículo [65] del proyecto de 1851.

297 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1188*, [48]: "Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley". Coincide con el artículo [63] del proyecto de 1851. No obstante, ya no figura como incapaz para contratar, como en el artículo [987] del proyecto de 1851.

298 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1188*, [50]: "Podrá la mujer sin licencia

doméstica[299], siendo nulos los actos realizados sin cumplir, cuando era indispensable, este requisito, contra los que, sin embargo, igual que en la Ley de Matrimonio civil, ya únicamente podían reclamar el marido y sus herederos[300]. Es, finalmente, digno de mención que no se daba cabida a la ratificación, ni se regulaba la licencia judicial.

b. Consolidación del deterioro del estatuto jurídico de la mujer casada en el código civil

Afianzadas sus líneas maestras a través de los fallidos proyectos codificadores precedentes, la regulación finalmente recogida en el Código civil no nos depara grandes sorpresas en relación con esta trayectoria evolutiva previa. Los artículos del Título Preliminar que asientan el solemne principio de la igualdad ante las leyes de todos los españoles sin hacer aparentes distinciones entre los sexos responden al mismo dictado de los textos anteriores analizados[301]. Al igual que el precepto que proclama que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, que vendrá a acabar con la vieja presunción acerca de su desconocimiento, que, entre otros, favorecía, a la mujer[302]. Y otro tanto cabe decir del principio

de su marido: 1.º Otorgar testamento. 2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiere tenido de otro, y a los bienes de los mismos". Mezcla el artículo [66], esquematizándolo, del proyecto de 1851, con el [53] de la Ley del Matrimonio civil.

299 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1188*, [49]: "Son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas. Las compras de joyas, muebles y objetos preciosos hechas sin licencia del marido sólo se convalidarán cuando éste hubiese consentido a su mujer el uso y disfrute de tales objetos".

300 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1188,* [49] y [52]: "Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente", El [52] coincide con el artículo [55] de la Ley de Matrimonio civil, y modifica el artículo [67] del proyecto de 1851.

301 *Código civil, edición reformada de 1889*, [8]: "Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan a todos los que habiten en territorio español"; [9]: "Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, ó al estado, condición y capacidad legal de las personas obligan a los españoles aunque residan en país extranjero".

302 *Código civil, edición reformada de 1889*, [2]: "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento". Esa antigua presunción, nacida en el derecho romano y reproducida en Partidas, [V, XIV, III], afectaba, además de a las mujeres, a los militares, los menores y los rústicos. M. Falcón, *Código civil español*, 1, pp. 24-25, aducirá en su

que proclama el carácter irrenunciable de los derechos que emanan de las leyes cuando esta cesión fuese contraria al interés o el orden público o perjudicase a un tercero[303], que también comporta la erradicación del viejo privilegio ofrecido durante tantos siglos a la mujer respecto a las obligaciones que contrajese a sabiendas de su existencia. Pero tras la fachada de esta equiparación formal, las cosas continuarán tal como estaban en todos esos intentos codificadores previos. Así, la mujer casada toma la condición de su marido y adquiere su nacionalidad[304], y entre los cónyuges siguen rigiendo las mismas obligaciones mutuas que hemos venido desglosando: fidelidad, asistencia y vida en común, para ambos, protección por parte del marido, y obediencia y traslado de residencia, salvo a ultramar o a un país extranjero, por la de ella[305], que también

comentario a este precepto que en el estado presente de la ciencia y la civilización tales excepciones carecen de justificación, pues la instrucción se ha difundido por todas las clases sociales, y la mujer y el menor obtienen por otros procedimientos protección más eficaz por parte del legislador.

303 *Código civil, edición reformada de 1889*, [4. 2] coincide literalmente con el [4. 2] del Anteproyecto de 1882-1884.

304 *Código civil, edición de 1888*, [15]: "(1) Los derechos y deberes de la familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada é intestada declarados en este Código, son aplicables: (…) 3.º A los que, procediendo de provincias o territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros, sujetos al derecho común. (2) En este caso, la mujer seguirá la condición del marido y los hijos los de su padre". En la edición reformada de 1889, esté párrafo es el tercero, al haberse intercalado otro en medio, [22]: "La española que se casa con un extranjero sigue la condición de su marido; pero disuelto el matrimonio, podrá recobrar la nacionalidad española, llenando los requisitos expresados en el artículo anterior". En la edición de 1889 este artículo se descompone en dos párrafos: "(1) La mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido". La redacción del segundo párrafo es igual que el resto del precepto de la edición de 1888. Coincide, con mínimas variaciones, con el artículo [25] del proyecto de 1851, y con el [20] del Anteproyecto de 1882-1888.

305 *Código Civil, edición reformada de 1889*. El artículo [56] coincide literalmente con el artículo [57] del proyecto de 1851, el [44] de la Ley del Matrimonio civil de 1870, y el [43] del anteproyecto de 1882-1883; el artículo [57] con el [58] del proyecto de 1851 y el [44] del anteproyecto de 1882-1888, y toma elementos del [45] y el [48] de la Ley de Matrimonio civil; y el artículo [58] repite el [59] del proyecto de 1851 y el [45] del anteproyecto de 1882-1888, mientras el [48] de la Ley del Matrimonio civil prescinde de la referencia a Ultramar. En opinión de M. Falcón, *Código civil español,* 1, p. 91, estos artículos constituyen la esencia del Código, pues al fijar la verdadera moral del matrimonio, son la fuente de la que emanan todas su demás reglas, añadiendo: "Son perfectamente iguales el hombre y la mujer; pero la mujer por interés propio, y como tributo de justicia debido a la fuerza que la protege y a la inteligencia que la dirige, deposita en manos de su marido su derecho y su personalidad, para que el marido guarde el uno y ejerza la otra". Por su

participa de los honores no estrictamente personales que a él le adornasen, tanto en vida suya como al quedar viuda, siempre que no vuelva a involucrarse en otro casamiento[306]. Además, a la madre, como también se había insistido en el Congreso de juristas de 1886[307], se le reconoce el ejercicio de la patria potestad a falta del padre[308], y en los casos en los que a éste le sea arrebatada por causa criminal, incapacidad, ausencia o interdicción civil[309]. Pero, en contraste, la mujer, con independencia de su estado civil, tiene prohibido ser testigo en testamento, excepto en situaciones de epidemia[310]; y tampoco, salvo en el caso de la abuela, puede asumir las funciones de tutela[311].

parte, J. Castán, Tobeñas, *La condición social,* p. 173, señala que, al carecer de desarrollo, el deber de obediencia no puede tener carácter absoluto.

306 *Código Civil, edición reformada de 1889*, [64]. Copia el artículo [54] de la Ley del Matrimonio civil, también presente en el [51] del anteproyecto de 1882-1888.

307 El derecho de la viuda al ejercicio de la patria potestad con la misma extensión con la que había sido reconocido en la Ley de 1870 constituyó una de las conclusiones presentadas en su dictamen por los ponentes de la sesión de 3 de diciembre de 1886, Silvela, Díez Macuso y Dato Iradier, con intervenciones posteriores de S. Torres Aguilar, catedrático de la Universidad de Madrid, mostrándose partidario de que en el caso de que la mujer pasase a segundas nupcias esta responsabilidad se trasladase, no al consejo de familia, sino a un co-tutor designado por el padre, y de Federico de Castro, abogado del Colegio de Sevilla, que propondría que en todo caso se nombrase un pariente que aconsejase a la viuda. R. Sánchez Ocaña, *Congreso jurídico español,* 589-596.

308 *Código Civil, edición reformada de 1889*, [154]: "El padre y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados (…)"; [159]: "El padre, o en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad". Facultad que ya había sido reconocida en el artículo [164] del proyecto de 1851, el [64] de la Ley del Matrimonio civil de 1870, y el [127] del anteproyecto de 1882-1888.

309 *Código Civil, edición reformada de 1889*, [170]: "La patria potestad se supende por incapacidad ausencia del padre o, en su caso, de la madre, declaradas judicialmente,y también por la interdicción civil".

310 *Código Civil, edición de 1889*, [681]: "No podrán ser testigos en los testamentos: 1.º Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701 (…)"; [701]: "En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones o mujeres". El artículo [676] del anteproyecto de 1882-1888 no hacía esta excepción. M. Falcón, *Código civil español,* 3, p. 93 se muestra en desacuerdo con el mantenimiento de esta exclusión, pues aunque la cree justificada en la legislación romana, piensa que ya no lo está cuando "la mujer ha recobrado su plena personalidad jurídica".

311 *Código Civil, edición reformada de 1889*, [211] solo contempla a las abuelas paterna y la materna en el orden de los llamados a ejercer la tutela; el [220] atribuye la de los locos y sordomudos al cónyuge no separado legalmente y, a falta de éste, al padre y, en su caso, a la madre.

Entrando en materia de capacidad jurídica femenina en el terreno patrimonial, descubrimos que también en este apartado se mantienen las pautas anunciadas en los intentos codificadores que antecedieron al Código civil. Es decir, no contemplándose una licencia marital de carácter general, al estilo de la perfilada en la ley 56 de Toro, sí se observa cierto paralelismo con la ley 54 toresana, si bien mientras que en ésta se exigía la autorización del marido tanto para rechazar una herencia como para recibirla, pero se excusaba la necesidad de su obtención cuando se tomara a beneficio de inventario, ahora esta aprobación, o en su defecto, la del juez, se pedirá incluso cuando la adición se hiciese con registro inventarial de sus elementos integrantes. No obstante, es importante señalar que en la edición reformada de 1889 se suprime la limitación adicional que en la primera edición de 1888 suponía la no admisión de otra forma de aceptar que mediando la previa realización de inventario, al tiempo que se introduce la exención de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal de su destinación a la liquidación de las deudas hereditarias, lo que, sin embargo, no conduce al mismo resultado, ya que siguen quedando expuestos a ser afectados a su satisfacción los privativos de los cónyuges[312].

Mayor afinidad respecto a su lejano referente presenta la obligación de disponer de la licencia marital en los supuestos señalados en la ley 55 de Toro. Así, en lo atinente a las actuaciones judiciales, siendo el marido declarado su representante, la mujer la necesita para comparecer en juicio, sea por sí sola o con procurador, no precisándola, por el contrario, para defenderse en juicio criminal, para pleitear contra su marido y cuando

312 *Código civil, edición reformada de 1889*, [995]: "(1) La mujer casada no podrá aceptar ni repudiar herencia sino con licencia de su marido, o en su defecto, con aprobación del Juez. (2) En este último caso, no responderán de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal". *Código civil, edición de 1888*, [995]: "(1) La mujer casada no podrá aceptar ni repudiar herencia sino con licencia de su marido o, en su defecto, con la aprobación del Juez. (2) En todo caso, no podrá aceptarla sino a beneficio de inventario". La justificación de esta importante alteración se ofrece en la Exposición de Motivos que acompaña a la edición reformada: "La condición impuesta a la mujer casada en al art. 995, de no aceptar herencias sino a beneficio de inventario, era en verdad excesiva e injustificada. Obligar a la hija a no recibir la herencia de sus padres, ni la de sus hijos, sino con aquella protesta, era en muchos casos, y aun en los más, lastimar sus sentimientos de filial respeto y cariño, sin razón valedera que lo justificase. Si en algunas circunstancias puede ser esta preocupación necesaria, podrán utilizarla las mujeres a quienes favorezca, sin que sea menester obligarlas a ello. La Comisión ha entendido que con esta facultad, y con no responder en todo caso de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal existentes al ser aceptada la herencia, quedarán suficientemente protegidos los intereses matrimoniales".

hubiese sido habilitada para ello por las leyes de procedimiento[313]. Pero si no contase con dicha autorización tampoco podrá adquirir a título oneroso o lucrativo, enajenar bienes y obligarse[314], lo que comporta que también tiene excluido recibir o hacer donaciones[315], celebrar contratos o separarse de los iniciados[316], liberar a otros de sus créditos y obligaciones, aceptar un mandato[317], o intervenir como albacea[318]. Sin embargo, no se demanda la obtención de esta conformidad para otorgar testamento, ni para ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan sobre los hijos

313 *Código civil, edición de 1888*, [60]: "(1) El marido es el representante de la mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por si o por medio de procurador. (2) No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cunado hubiere obtenido habilitación conforme a la dispuesto en el núm. 2º del art. 1995 de la Ley de Enjuiciamiento civil". *Código civil, edición reformada de 1889*, [60]: "(1) El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por si o por medio de procurador. (2) No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento civil". Este artículo refunde elementos de los artículos [62] y [65] del proyecto de 1851 y reproduce el [47] del anteproyecto de 1882-1888. Entre los supuestos contemplados en la *Ley de Enuiciamiento civil*, el artículo [1880] habilitaba a la mujer casada para pedir el deposito judicial en el caso de intentar o haber intentado demanda de divorcio, querella de amancebamiento o acción de nulidad del matrimonio.

314 *Código civil, edición reformada de 1889*, [61]: "Tampoco puede la mujer sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneros ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley". Coincide con el artículo [63] del proyecto de 1851, y con el [48] del anteproyecto de 1882-1888.

315 *Código civil, edición reformada de 1889*, [624]: "Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes"; [626]: "Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones, condicionales u onerosas sin la intercención de sus legítimos representantes".

316 Por ejemplo, participar en compraventas o permutas, o constituir sociedad. *Código civil, edición reformada de 1889*, [1457]: "Podrán celebrar el contrato de compra y venta todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes"; [1541]: "En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta"; [1665]: "La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias".

317 *Código civil, edición de 1888*, [1717]: "(2) La mujer casada sólo puede aceptar el mandato con autorización de su marido". En la edición reformada de 1889 es el artículo [1716. 2].

318 *Código civil, edición reformada de 1889*, [893]: "(1) No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse. (2) La mujer casada podrá serlo con licencia de su marido, que no será necesaria cuando está separada legalmente de él (…)".

legítimos o los naturales reconocidos y sobre sus bienes[319]; a lo que hay que sumar aquellas otras situaciones en las que la ley le permite obligarse, es decir, cuando administra sus bienes parafernales y cuando, haciendo uso de la potestad doméstica prefigurada en la ley 56 de Toro, efectúa compras de cosas destinadas al consumo ordinario familiar[320], aunque en su pago, a falta de gananciales y de bienes propios del marido suficientes, tendrá que utilizar los bienes integrantes de la dote inestimada[321], y si éstos no alcanzasen a cubrirlo, incluso los parafernales[322]. Fuera de estas excepciones, todos los actos requeridos de licencia que realizase la mujer careciendo de ella serán reputados nulos –no válidos, según las leyes 55, 56 y 59 de Toro–, pero solamente a resultas de la solicitud planteada por el marido o sus herederos reclamando su nulidad[323]. Por otra parte, no se

319 *Código civil, edición reformada de 1889*, [63]: "Podrá la mujer sin licencia de su marido: 1.º Otorgar testamento 2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto a los bienes de los mismos". Coincide literalmente con el artículo [50] del anteproyecto de 1882-1888. El primer supuesto estaba recogido en el artículo [66] del proyecto de 1851. Ambos se contienen en el artículo [53] de la Ley del Matrimonio civil de 1870.

320 *Código civil, edición reformada de 1889,* [62]: "Son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas. Las compras de joyas, muebles y objetos preciosos hechas sin licencia del marido sólo se convalidarán cuando éste hubiese consentido a su mujer el uso y disfrute de tales objetos". Coincide casi literalmente con el artículo [49] del anteproyecto de 1882-1888. La institución aparecía en el artículo [51] de la Ley de Matrimonio civil de 1870.

321 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1362]: "Los bienes de la dote inestimada responden de los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden bajo la tolerancia del marido; pero en este caso deberán hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido". Modifica el artículo [1287. 2] del proyecto de 1851, y el [1380. 2] del anteproyecto de 1882-1888.

322 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, [1385]: "(1) Los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. (2) También lo estarán los bienes mismos en el caso del artículo 1362, siempre que los del marido y los dotales sean insuficientes para cubrir las responsabilidades de que allí se trata". Este artículo no tiene precedentes.

323 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, [62]: "Son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos (…)". [65]: "Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente". Modifica el artículo [67] del proyecto de 1851, y repite literalmente el [55] de la Ley del Matrimonio civil de 1870, y el [52] del anteproyecto de 1882-1888. Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, p. 260, sostiene que frente

regulan en el Código ni la ratificación marital ni la licencia judicial, a pesar de que ésta segunda es repetidamente mencionada. Ni tampoco se hace hueco a la polémica sujeción a autorización de las producciones científicas o literarias de la casada que hiciese la Ley del Matrimonio civil.

Finalmente, cabe subrayar que, aunque en su expresión legal de las condiciones que debe reunir la persona que salga por fiadora no se aparta del tenor del proyecto de 1851, al no compartir con este la calificación como incapaz de la casada, el Código civil, derogando la controvertida ley 61 de Toro, viene a admitir, como antes lo había hecho el anteproyecto de 1882-1888, la fianza uxoria[324], y por extensión debemos entender que también la deuda mancomunada con el marido[325], cuando preste aquélla o contraiga ésta con su licencia.

al proyecto de 1851, en el que sí cabe hablar de nulidad, tanto en La Ley del Matrimonio civil como en el Código civil, al no ser la mujer declarada incapaz, habría sido más adecuado hablar de anulabilidad.

324 *Código civil, edición reformada de 1889*, [1828]:"El obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza (…)". Modifica el artículo [1740] del proyecto de 1851, y repite el artículo [8] del Libro IV, Título "De la fianza" del anteproyecto de 1882-1888.

325 La doctrina civilista tiende a entender que las prohibiciones específicas de contratación entre los cónyuges que aparecen en el Código, como las de venderse bienes (art. 1458), hacerse donaciones (art. 1334) o constituir sociedad universal (art. 1677), buscan salvaguardar la independencia de los cónyuges, no siendo susceptibles de aplicación analógica, si bien el tratamiento jurídico de las relaciones entre ellos impone ciertas limitaciones al contenido de los negocios jurídicos que celebran entre sí. Sobre esta cuestión, Mª. J. Muñoz García, *Limitaciones a la capacidad*, pp. 261-262.

CAPÍTULO VI

FACULTADES PATRIMONIALES Y VÍAS DE EMANCIPACIÓN DEL HIJO SUJETO A LA PATRIA POTESTAD

1. Contenido de la patria potestad en el derecho tradicional castellano

A juzgar por la atención dispensada, entre las preocupaciones del legislador de Toro no ocupa, ciertamente, un lugar preferente la importante cuestión del ejercicio y el alcance del poder paterno sobre los que se hallan sujetos a potestad, ya que únicamente encontramos dos preceptos, y de escueto enunciado, cuyo foco se proyecta sobre esta materia. Sin embargo, el contenido innovador que anida en ambas leyes es de la suficiente entidad como para aconsejar que tracemos siquiera una breve sinopsis de los antecedentes que resulta imprescindible manejar para aproximarnos a la comprensión del fundamento iushistórico que los alienta.

Una mirada retrospectiva cuyo arranque no parece preciso anclar en la genuina *patria potestas* romana clásica, cimentada mucho más en la fuerza del poder del jefe del grupo familiar sobre los sometidos a su autoridad, que en las redes de dependencia fabricadas por los lazos de sangre. Nos interesa más, por tanto, subrayar el proceso de paulatina degradación desencadenado en el período bajoimperial por la confluencia de una serie de factores, entre los que, sin desdeñar el peso del progresivo incremento de las funciones asumidas por el aparato público, la intensificación de las relaciones comerciales y la influencia helenística, adquiere una especial relevancia la propagación de las renovadoras ideas

cristianas sobre la familia, que no girando ya alrededor de la posición de absoluta supremacía del *pater familias*, pivotan sobre la incontestable centralidad del sacramento matrimonial. Una nueva concepción que, configurada ahora en torno a la noción puramente ética de la *pietas*, acaba desvirtuando las que constituían las notas esenciales de la antigua *patria potestas*: los derechos de vida y muerte, de venta y de exposición que el padre tenía sobre los hijos, y la atribución exclusiva de la propiedad y de la capacidad de disponer del patrimonio familiar que le eran reconocidos como su titular único. Principios que van cediendo gradualmente ante la transformación del omnímodo poder paterno anterior en una especie de *officium*, un deber jurídico de corrección, asistencia y protección, del que en buena medida también participa la madre. Aunque en esta deriva asimismo deja sentir su influencia la fractura creada en su antiguo monopolio económico mediante la superación de la teórica incapacitación de los hijos, fruto de la introducción de los distintos tipos de peculios y de la promulgación de sucesivas leyes limitadoras de las facultades exclusivas previamente adjudicadas al *pater* sobre la herencia materna, los legados y las donaciones nupciales[1]. Además, si bien, a no ser que medie concesión paterna de emancipación, formalmente conserva su carácter perpetuo, en la práctica la subordinación a la *potestas* cesa ahora para los hijos por el casamiento, el abandono de la casa para prestar el servicio militar y el arribo a la mayoría de edad[2].

La tendencia dibujada en esta dirección por la legislación tardorromana va a encontrar continuidad en el derecho visigodo[3], en el que se dictan disposiciones encaminadas a combatir las manifestaciones más extremas (muerte, infanticidio, exposición, venta e impignoración)[4], del ejercicio sobre los hijos de una potestad que se dice paterna, pero que también puede ser materna, como reflejo de su mudada naturaleza en esa suerte de obligación de cura y vigilancia, que aunque no en un plano de igualdad, la madre comparte activamente, en particular al asumir la tutela filial después de sobrevenido el fallecimiento del progenitor. Y de la mis-

1 A. Otero Varela, «La patria potestad en el derecho histórico español», en *AHDE*, 27 (1956), 209-241, pp. 213-216.

2 A. Iglesia Ferreirós, *Individuo y familia*, p. 439.

3 P. Merea, «O poder paternal na legislaçao visigotica», en *Estudos de direito visigotico*, Coimbra, Atlantida, 1948, 2-32. A. Otero, *La patria potestad*, pp. 216-221. A. Iglesia Ferreirós, *Individuo y familia*, pp. 439-440.

4 Prácticas contra las que, respectivamente, se dirigen las siguiente leyes del *Liber Iudiciorum,* [6, 15, 8]; [6, 3, 7]; [4, 4, 1] y [5, 4, 12].

ma manera, se transmiten las vías de acceso a los *bona materna* abiertas para los hijos en la etapa postclásica, la pertenencia a éstos mismos –con alguna restricción en el caso del castrense–, de los bienes integrantes de los diversos peculios, y la posibilidad de conquistar su autonomía, al margen de la discrecional voluntad del cabeza de familia, por los cauces del matrimonio y del cumplimiento de los veinte años de edad.

El abrumador silencio normativo acerca de la patria potestad en la etapa que transcurre desde el colapso del reino visigodo a la elaboración de los primeros fueros municipales extensos ha llevado a sospechar la práctica desaparición de esta institución, que se antoja difícilmente conciliable con un contexto socio-político que refuerza la cohesión del grupo de parentesco, intensificando los vínculos de solidaridad y mutuo auxilio entre sus miembros, al igual que con la realidad, documentalmente atestiguada, de la proliferación de unas comunidades patrimoniales familiares en las que, resultando indispensable la cooperación de todos sus componentes, el padre deja de ser el único propietario[5]. Así, desmontada por A. Otero la hipótesis planteada por R. Gibert respecto a la existencia de una potestad ejercida por los parientes, localizable, en su opinión, en el Fuero de Sepúlveda[6], tampoco aceptaría este autor la tesis formulada por R. Ureña, y luego secundada por P. Merea, acerca de la supuesta presencia, que creían detectar en el Fuero de Cuenca, del ejercicio por los dos cónyuges de una potestad conjunta sobre sus descendientes[7]. Y no

5 A. Otero, *La patria potestad*, pp. 223-225.

6 Hipótesis sugerida por R. Gibert en su estudio jurídico de *Los fueros de Sepúlveda*, Segovia, 1953, pp. 485-487, donde cree descubrir esa potestad parental posiblemente presente en la forma de consentimiento matrimonial a cargo de los parientes establecida, cuando falta uno de los padres o ambos, en *Fuero de Sepúlveda,* [55]: "De los casamientos.- Otrossí, toda muger virgen que a casar oviere, assi casse: si padre non oviere, la madre non aya poder de casarla a menos de los parientes del padre que la avríen de heredar. Et si non oviere madre, el padre non aya poder de casarla a menos de parientes de la madre que la avríen de heredar. Et si non oviere padre ni madre, los parientes de la una parte e de la otra, que la ovieren de heredar, la casen. Et qualquier que la casare a menos de cómo aquí es escripto peche ocho mrs. a los parientes, et vaya por enemigo a amor de aquellos parientes que no fueron plazenteros del casamiento". A. Otero, *La patria potestad*, pp. 221-223, sin desmerecer la contribución de Gibert, objetará que, además de ser discutible que el consentimiento matrimonial sea un atributo de la patria potestad, todo en este precepto se tiñe de contenido sucesorio, por lo que la intervención de los parientes se explica, simplemente, en su condición de presuntos herederos.

7 En concreto, en *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 4]: "Filii sint in potestate parentum donec contrahant matrimonium, et sint fiili familias. Et usque ad tempus illud, quicquid filii adquisierint, uel inuenerint totum sit parentum suorum, nec habeant

la suscribiría por estimar que el redactor, imbuido de una todavía inmadura asimilación de la terminología romano-justinianea, habría caído en la confusión de adscribir a la patria potestad lo que, en realidad, simplemente venía a describir uno de las manifestaciones de la citada comunidad de bienes[8]. Apreciación que, a su juicio, estaría corroborada por la constatación de que la expresión *potestas parentum* solamente es utilizada para fijar la regla de que el hijo emparentado –aquel que vive con sus progenitores y depende de ellos–, no adquiere para sí, sino para sus padres, es decir para la sociedad que integra junto a ellos, y que a su disolución será objeto de partición hereditaria[9]. Sobre todo, porque, sinto-

potestatem sibi aliquid retinendi contra uoluntatem eorum", con confirmación en otros preceptos que citaremos. Similar en *Fuero latino de Teruel*, [316] *Fuero romance de Teruel*, [424]. *Fuero de Zorita de los Canes,* [188]. *Fuero de Iznatoraf*, [181]. *Fuero de Béjar*, [229]. *Fuero de Alcaraz*, [III, 78]. *Fuero de Alarcón*, [174]. *Fuero de Baeza*, [185]. *Fuero de Úbeda*, [XXI, 4]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [176]. *Fuero de Huete*, [145]. R. Ureña, *La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre,* Madrid, 1912. P. Merea, «Notas sobre o poder paternal no direito hispânico occidental», en *Estudos de direito hispânico medieval*, Universidad de Coimbra, 1952, vol II, 83-112.

8 A. Otero, *La patria potestad*, pp. 224-226.

9 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 40]: "Quecumque filius mercede uel alio modo adquisierit, sit parentum suorum, sicut iam dictum est. Quia sicut illi pro excessibus eorum et sceleribus solent dolere, sic iustum est, ut de lucris et adquisicionibus eorundem aliquid gaudeant habere. Propterea quicquid filius extra domum parentum suorum adquisierit, totum tradat particioni fratribus suis, si coniugatus ul coniugata non fuerit, quia post contractionem non habent tradere particioni aliquid de hiis que adquisierint". El deber de traer estos bienes a partición aparece también en *Fuero latino de Teruel*, [346] *Fuero romance de Teruel*, [456]. *Fuero de Zorita de los Canes,* [222]. *Fuero de Iznatoraf*, [219]. *Fuero de Béjar*, [281], [282]. *Fuero de Alcaraz*, [III, 114]. *Fuero de Alarcón*, [207]. *Fuero de Baeza*, [222]. *Fuero de Úbeda*, [XXIII, 2 (b)]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [209]. *Fuero de Huete*, [177], [178]. No se alude a la partición, pero sí a la adquisición por los padres de lo ganado por los hijos en *Fuero de Plasencia*, [461]: "Los fijos sean del padre o de la madre fasta que ayan los fijos mugieres et las fijas maridos; et fasta aquel tiempo, quanto los fijos ganaren, todo sea de sus padres o quanto fallaren; et non ayan poder ellos de retener ninguna cosa contra voluntad d'ellos (…)". Esta solución se confirma también en las redacciones de derecho territorial castellano: *Fuero Viejo de Castilla*, [5, 3, 8]: "Todo omne que ha fijos o fijas, e vanse dellos fuera de casa por casamiento o por ál, e viene a tiempo que muere el padre o la madre, morando estos fijos con ellos, pueden los fijos de fuera demandar partiçion de mueble e en heredat en quanto an ganado los fijos con el padre o con la madre (…)". *Libro de los Fueros de Castilla*, [130]: "Esto es por fuero de omnes que an fijos o fijas: E vanse dellos fuera de casa por casamiento o por ál e fincan dellos en casa e ganan heredades e muebles por casamiento o por ál e viene a tiempo que muere el padre o la madre, et morando estos con ellos pueden los fijos que son de fuera demandar partiçion en mueble et en heredat et en quanto an ganado los fijos que fincaron con el padre si ante non ge lo oviesen quito quanto que ganasen en casa del padre o de la

máticamente, esta incapacidad se justifica, no como una consecuencia de la *vis* absorbente de una inexistente exclusividad patrimonial, sino como una compensación de la responsabilidad delictual que los hijos traspasan a sus progenitores[10], la cual, ni siquiera es reconocida en otros lugares[11]. Por otra parte, el resto de los poderes atribuidos a los padres en este período, o no están verdaderamente comprendidos en la patria potestad, como, es el caso de la facultad de casar a las hijas, o se asignan también a personas distintas a ellos, como ocurre con el derecho de corrección[12].

madre: mas a quien tal como esto aviniese, sálgase con lo suyo e vayase a otra casa morar ante que el padre o la madre mueran (…)".

10 Repercusión que únicamente afecta a la satisfacción de las sanciones pecuniarias derivadas del delito y que se agota cuando, rota la comunidad patrimonial por la muerte de uno de los cónyuges, se procede a su liquidación entre los hijos y el supérstite. *Fuero de Cuenca*, forma sistemática [X, 5]: "Parentes respondeant pro malefactis filiorum suorum, siue sint sani, siue furiosi (…). Si filius orbatus fuerit altero parente, ille qui superstes fuerit, respondeat pro eo, donec det ei partem substancie, que eum contigerit. Post diuisionem non habet utique respondere". En igual sentido, aunque con distinta redacción: *Fuero de Zorita de los Canes*, [189]; *Fuero latino de Teruel*, [317]; *Fuero romance de Teruel*, [425]; *Fuero de Iznatoraf*, [182], [183]. *Fuero de Baeza*, [186]. *Fuero de Úbeda*, [XXI, 5 (a)]. *Fuero de Villaescusa de Haro*, [176]. *Fuero de Huete*, [146]. Dentro de este grupo de fueros, no alude a la extinción de esta responsabilidad después del casamiento o de producirse la división de la herencia del progenitor premuerto el *Fuero de Béjar*, [230]: "Los parientes respondan por la malfecha de sus fijos, que fizieren seiendo sanos o loquos (…)", y tampoco el *Fuero de Alcaraz*, [III, 79], y el *Fuero de Alarcón*, [175]. Pero sí se recoge el mismo principio en el *Fuero de Molina de Aragón*, [VII, 1]: "Todo omne que sus fijos o sus fias ouiere legitimamente casados, los padres de ellos non respondan por ellos mas. Et si el padre o la madre finare, el que biuiere, de aquel dia que partiere con ellos en adelant, non responda por ellos por ninguna buelta". *Fuero de Soria*, [505]: "(…) -que las ganancias que fiziere el ffijo enparentado, dont quier que venga, todo deue seer del padre et de la madre-, si el fijo fiziere alguna mala fecha, quier muerte de omne, quier otra cosa que sea de calonna en que el sennor aya parte, et el padre et la madre pechen las calonnas (…)".

11 Así, esta transmisión de responsabilidades es negada tajantemente en distintos fueros de la Extremadura leonesa: *Fuero de Zamora*, [18]: "De los fiyos que fazen homezío. Homne que hobier' fiyo que fezier' homezío, elos juizes le lo demanden e fagan d'el so justicia. E se lo non haxaren, el padre o la madre non pierdan so haber, nin respondan por él". *Fuero de Alba de Tormes*, [10]: "De filio enparentado. Todo filio enparentado que con padre o con madre morare, si omne matare, adugalo el padre si se quisiere, e si non lo quisiere adozir, sea el fijo enemigo de los parientes del muerto; e por esto el padre ni la madre non pierdan de su auer nada (…)". *Fuero de Usagre*, [361]: "Qui ouier fijo o sobrino. Tod omme que fijo o sobrino ouiere, et a otro omme matare, non pectet por el su auer sus parientes, nin so padre, nin la mugier su meatad, si so marido occiderit ad alium". Igual en *Fuero de Coria*, [348] y *Fuero de Cáceres*, [340]. Véase, J. Orlandis, «Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media», en *AHDE*, 16 (1945), 112-192, p. 160.

12 Todo lo más, se alude al mismo indirectamente, mediante la liberación de

Con todo, la prueba capital aducida para rebatir esa pretendida potestad compartida la hacía recaer Otero en el hecho de que en un buen número de ordenamientos el fallecimiento de uno de los cónyuges, en lugar de una prolongación de la titularidad de la potestad a cargo del superviviente, que sería lo esperable de haber sido efectiva antes de acaecer este suceso luctuoso, comporta la asunción por aquél que enviuda de una función tutelar, que únicamente cabe interpretar asociada al inevitable trance de la liquidación entre el supérstite y los herederos del premuerto, en el que, con independencia de posibles pactos de permanencia temporal de la herencia indivisa, se halla incursa esa comunidad patrimonial que ahora desaparece[13]. Trámite de partición que significa además, o al menos así lo indica el Fuero de Teruel, el cese de la condición de hijo emparentado, al igual que lo provocan el matrimonio y la entrada en religión[14], si bien tampoco todos los ordenamientos municipales asocian el mismo efecto a estas tres circunstancias, ya que mientras que en Soria no se atribuye, al

responsabilidades de los padres por las lesiones ocasionadas a sus hijos, *Libro de los Fueros de Castilla*, [266]: "Esto es por fuero: Que si padre o madre fiere a su fijo de fierro o de fuste o de piedra e non se apreçia al alcalde sobre su padre o sobre su madre, que non peche nada por ello (…)". O se les impone una multa en el caso de que se les cause la muerte, *Fuero de Alcalá de Henares*, [22]: "Todo ome d'Alcala o de so termino que matare a so fixo a non queriendo, si ante non ovo otra baraia o otra contienda, non peche si non VIII maravedis; nin esca enemigo por ferida que les de por castigamiento por bien, et por aventura muriere; e si nol creviere, iure con XII vecinos, e sea creido que no lo fizo con mala voluntad": Además, este poder correctivo puede verse también reconocido al hermano, *Fuero de Soria*, [504]: "Por que acaheçe a algunos que en castigando sus fijos o sus nietos, o hermano a hermano de los que son emparentados e biuen con el padre, cueyda fazer poco et falle a mucho, que delas feridas que les fazen uiene muerte, et los damnos alleganse todos alos padres et alas madres en muchas maneras (…) non sea tenido de rresponder en ninguna manera destas ademandas quel fiziesse aquel que ouiesse a auer las calonnas por el sennor; ni el hermano que por tal occasion como esta matasse su hermano, non sea dado nin llamado por traydor (…) Et sil quisieren demandar, non rresponda por ellas; ca tuerto serie perder los fijos por tal desauentura et perder el algo". O al tío paterno, *Fuero de Ledesma*, [196]: "Todo omne que por pecados matar fijo o fija o sobrino o sobrina fija de yrmana, non peche omizio". Y tampoco aparecen preceptos que consagren los derechos de matarles, venderles o exponerles. A. Otero, *La patria potestad*, pp. 226-227.

13 A. Otero, *La patria potestad*, pp. 231-232. A. Iglesia Ferreirós, *Individuo y familia*, p. 465.

14 *Fuero romance de Teruel*, [169]: "Fijo emparentado es aquel que que ha el padre biuo e encara no a preso casamiento o no es clerigo o, cuando el un padre es muerto, et encara con el biuo non aurá partido la buena del padre muerto como es fuero".

menos expresamente, a la realización de esta división hereditaria[15], y en Cuenca sólo se reconoce eficacia emancipadora al casamiento[16].

2. Recuperación del régimen romano justinianeo en las partidas

A interrumpir este amplio desenvolvimiento jurídico, ajeno, como se ha subrayado, a una auténtica pervivencia de la patria potestad en su configuración romana, contribuirá decisivamente la progresiva penetración del resucitado derecho justinianeo, cuyas primeras resonancias hemos visto aflorar en el Fuero de Cuenca. Influencia que también despunta, anticipando la pronta recuperación del régimen de peculios, en el precepto del Fuero Real que exime al hijo de traer a partición los bienes ganados con su trabajo o recibidos en donación del rey, del señor o de algún extraño, con la excepción de aquéllos que hubiese adquirido con el *auer* del padre o de la madre[17]. Un privilegio que, en esencia, se descubre repetido en el Fuero de Soria y en la mejora efectuada por Sancho IV, en 1285, al Fuero de Cuenca, donde, además, se le permite disponer de estos bienes por testamento[18].

Son, sin embargo, las Partidas las que materializan la plena recep-

15 *Fuero de Soria*, [131]: "(...) Aquel es dicho fijo enparentado que ha padre e madre biuos et es de bendiçion et non es casado, saluo ende clerigo ordenado de pistola o dent arriba, quier sea benefiçiado quier non, o clerigo que sea ordenado de corona o de quatro grados seyendo benfiçiado".

16 *Fuero de Cuenca*, forma sistemática, [X, 4]: "Filii sint in potestate parentum donec contrahant matrimonium, et sint filli familias (...)". Otros fueros de esta familia que siguen la misma pauta en nota 7.

17 *Fuero Real*, [3, 4, 7]: "Si el fiio que está con su padre o con su madre ante que case ganare alguna cosa por su trabaio o quel dé el rey o sennor u otro omne qualquier, non sea tenido de dar parte a sus hermanos después de muerte de su padre o de su madre, maguera que ge lo demanden a partir, fuera si lo ganó con el auer del padre o de la madre e seyendo con el padre o la madre e comiendo e gouernándose del auer del padre o de la madre (...)".

18 *Fuero de Soria*, [347]: "Si fijo emparentado ganare alguna cosa de herençia del hermano o de donadio de rey o de sennor o en hueste o de otra parte qual quier quel uenga, todo ssea del padre et de la madre, si quier lo gane ol uenga acuesta et amission dellos, si quier non. Et despues de muerte del padre et de la madre, partan loel et los otros hermanos suyos egual mientre entressi". *Privilegio de Sancho IV al Fuero de Cuenca*, p. 863: "(...) Otrossi mando que el ffijo o la ffija que biuiere con el padre o con la madre maguer que non sea casado, si ouiere edat o ouiere de que, tengo por bien que pueda ffazer testamento: et si el ffijo ganare algo o gello diere Sennor o amigo o pariente non lo ganando con los bienes del padre, tengo por bien que sea ssuyo et non sea tenudo delo traer a particion (...)".

ción de la institución, ajustándola exactamente a sus perfiles romano-canónicos y sin reflejo de alteración alguna puesta al servicio de la asimilación de una tradición autóctona, que, como sabemos, discurría por otros caminos, lo que ayudará decisivamente a limpiar su importación de resistencias. No obstante, siendo consciente de la notoria incongruencia entre su naturaleza original y los patrones de organización de la vida familiar con los que ahora debía ser conciliada, así como de lo anacrónico de la terminología utilizada, el legislador tomará la precaución de definir el alcance de esa *potestas*, tratando de acomodarla a su, ya muy consolidada, nueva concepción, al presentarla, no como un mero nexo político de sometimiento al cabeza de familia, sino como un «ligamiento de reuerencia, e de subiecion, e de castigamiento que deue auer el padre sobre su fijo»[19]. Ahora bien, lo que sí retendrá es su carácter perpetuo, aunque solamente abarcará a la descendencia legítima por la línea varonil, con exclusión de los nacidos por la rama femenina y de los hijos incestuosos, naturales y sacrílegos; al tiempo que, ignorando la práctica preexistente, se niega categóricamente a la madre su titularidad[20]. Como causas de su nacimiento

19 *Partidas*, [IV, XVII, III]: "En quantas maneras se puede entender esta palabra potestas. Toma se esta palabra, que es llamada en latin potestas, que quiere tanto dezir en romance, como poderio, en muchas maneras (...) E a las vegadas se toma esta palabra potestas, por ligamiento de reuerencia, e de subieccion, e de castigamiento, que deue auer el padre sobre su fijo (...)".

20 *Partidas,* [IV, XVII, I]: "Que cosa es le poder que ha le padre sobre sus fijos, de qual natura quier que sean.- Patria potestas en latín, tanto quier dezir en romance, como el poder que han los padres sobre los fijos (...) e hanlo sobre sus fijos e sobre sus nietos: e sobre todos los otros de su linaje, que descienden dellos, por liña derecha que son nascidos del casamiento derecho"; [IV, XVII, II]: "Sobre quales fijos non ha este poder el padre.- Naturales son llamados los fijos, que han los omes de las barraganas, segund dize en el titulo que fabla dellos. E estos fijos atales, non son en poder del padre, assi como lo son los legitimos. E otrossi, non son en poder del padre, los fijos que son llamados en latin incestuosi (...) ca estos atales no son dignos de ser llamados fijos: porque son engendrados en gran pecado. E como quier que el padre aya en poder sus fijos legitimos, o sus nietos, o visnietos, que descienden de sus fijos: non se deue entender por esso, que los puede auer en poder la madre nin ninguno delos otros parientes de parte dela madre. E otrosi dezimos, que los fijos que nascen delas fijas, que deuen ser en poder de sus padres, e non de sus abuelos, que son de parte de su madre". Esta marginación de la madre, incluso con carácter subsidiario ante la eventualidad del fallecimiento del padre, sólo comenzará a suscitar contestación por la doctrina a partir del siglo XIX. Por ejemplo B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, I, p. 511-512, se pregunta por qué la madre no participa de ese honor, que tiene por la naturaleza con mas derecho que el padre, y se congratula de que los códigos modernos hayan reparado esa injusticia, al menos cuando queda viuda, si bien no puede ocultar los prejuicios propios de la época en que vive cuando se plantea si no será suficiente la

se mencionan, por otro lado, el matrimonio, la sentencia judicial dictada en pleito de filiación, la ingratitud del hijo emancipado y la adopción[21]. Pero nada queda ya del *ius vitae necisque*, ni del *ius vendendi*, ya que únicamente en supuestos absolutamente excepcionales, de probable inclusión por inercia puramente escolástica, se consiente matar al hijo –y hasta comérsele–, venderle o empeñarle para afrontar una situación de extrema precariedad[22]. Resulta, así, delimitado un derecho de corrección de los hijos, que, apareciendo íntimamente ligado al deber de educación, el padre será instado a ejercer con mesura y piedad, bajo el riesgo, en el caso de apartarse de este dictado, de verse despojado de su patria potestad[23].

ternura maternal para suplir poderosamente alguna corta inferioridad en conocimientos. Al respecto, E. Gacto Fernández, *El marco jurídico*, p. 44-45.

21 *Partidas*, [IV, XVII, IV]: "El poderio que han los padres sobre los fijos, se establece en quatro maneras. La primera es, por el matrimonio, que es fecho segund manda santa eglesia. La segunda es, como si acaesciesse contienda entre algunos si eran padre o fijo e fuesse dado juyzio acabado entre ellos que lo eran: La tercera, es como si el padre ouiesse al fijo librado de su poder, e despues desto fiziesse el fijo algund yerro contra el padre, quel ouiesse atornar en su poder. La quarta es, por adopción: que quier tanto dezir, como porfijamiento (...)".

22 La posibilidad de matarle y de alimentarse de su cuerpo se refiere al caso de que, estando cercado en un castillo del que fuese tenente, y no habiendo recibido orden de rendición de su señor, no tuviese otra cosa que poder comer. *Partidas*, [IV, XVII, VIII]: "Porque razones puede el padre vender o empeñar su fijo.- Ovexado seyendo el padre de grand fambre, e auiendo tan grand pobreza, que non se pudiesse acorrer dotra cosa: estonce puede vender, o empeñar sus fijos, porque aya de que comprar que coma. E la razon porque puede esto fazer, es esta, porque pues el padre non ha otro consejo: por que pueda estorcer de muerte el, nin el fijo: guisada cosa es, quel pueda vender, acorrer se del precio: porque non muera el vno, nin el otro. E aun ay otra razon porque el padre podria esto fazer, ca segund el fuero leal de España, seyendo el padre cercado en algun castillo que touiesse de señor si fuesse tancuytado de fambre que non ouiesse al que comer puede comer al fijo, sin mal estanca, ante que diesse el castillo, sin mandado de su señor. Onde si esto puede fazer por el señor, guisada cosa es, que lo puede fazer por si mismo (...)". Mas dudoso parece inscribir en este apartado el derecho reconocido al padre de matar según su arbitrio a la hija a la que sorprendiese cometiendo adulterio en *Partidas*, [VII, XVII, XIV]: "Como el padre que fallasse algun ome yaziendo con su fija que fuesse casada, los deue matar a ambos, o non a ninguno (...)", tal vez explicable por el desdoro que esta conducta arrojaría sobre la honra familiar. Aunque así parece entenderlo E. Gacto, *El marco jurídico*, p. 46.

23 *Partidas*, [IV, XVIII, XVIII]: "Fallamos quatro razones, porque pueden costreñir al padre, que saque de su poder a su fijo: como quier que diximos en las leyes ante desta, que lo non podrian apremiar que lo fiziesse. La primera es, quandol padre castiga el fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad quel deue auer, segund natura. Ca el castigamiento deue ser con mesura e con piedad (...)". Moderación que se equipara a la reclamada al señor con su siervo o al maestro con su discípulo. *Partidas*, [VII, VIII, IX]: "Castigar deue

En lo que atañe a la dimensión patrimonial, al igual que en sus precedentes justinianeos, se parte del principio de que todo lo adquirido por el hijo pasa a engrosar el caudal paterno. Sin embargo, esta regla general aparece mediatizada por importantes limitaciones que entran en juego en aplicación del sistema de peculios. Así, a pesar de que la propiedad del peculio profecticio, es decir, el integrado por lo ganado con bienes entregados por el padre, le corresponde plenamente a éste, el hijo puede realizar ciertas donaciones con cargo al contenido del mismo: a sus parientes por razón del matrimonio, en favor de su madre, o como pago de salario a su maestro[24]. Pero, por el contrario, el peculio adventicio, compuesto por todo lo obtenido por vías distintas a la paterna, incluyendo la herencia materna, lo recibido por sucesión o donación procedente de extraños o de sus ascendientes por la línea femenina y los frutos de su propio trabajo o de su fortuna, es propiedad del hijo, mientras que al padre solamente se le atribuyen un derecho de administración y su usufructo vitalicio. Ahora bien, en virtud de la titularidad de estas facultades el progenitor está obligado a defender sus bienes judicial y extrajudicialmente, no pudiendo tampoco enajenarlos, y quedando a su muerte, en el caso de que incumpliese esta prohibición, obligadas y empeñadas en beneficio del hijo sus propias pertenencias[25]. Finalmente, el hijo disfruta de un dominio absoluto y una

el padre a su fijo mesuradamente e el señor a su sieruo, o a su ome libre, e el maestro a su discipulo (…)". A. Otero, *La patria potestad*, pp. 234-235.

24 *Partidas*, [IV, XVII, V]: "En tres guisas se departen las ganancias que fazen los fijos, mientras estan en poder de sus padres. La primera es, de aquello que ganan los fijos con los bienes delos padres: e tal ganancia como esta, llamada e latin, profecticium peculium. Ca quanto quier que ganan desta manera: o por razon de sus padres: todo es de los padres, que los tienen en su poder (…)"; [V, IV, III]: "Hijo o nieto que estouiesse en poder de su padre, o de su abuelo, no puede fazer donacion a menos de otorgamiento de aquel en cuyo poder esta (…) Pero si el fijo, o el nieto touiesse algund pegujar apartadamente que le ouiesse dado el padre o el auelo con que ganasse: maguer este pegujar a tal fuesse de los bienes del padre, o del auuelo bien podria dar dello el que lo touiesse alguna cosa a su madre, o a su hermana, o a su sobrina, o alguno delos otros sus parientes o parientas, para casamiento, o para otra cosa que el entendiese, que le era grand menester, que le fuese guisada, e conuenible e derecha. E esso mismo dezimos que seria si le diesse en salario a algund su maestro, que le mostrasse sciencia o alguna arte, o menester mas en otra manera non lo podria fazer (…)".

25 *Partidas,* [IV, XVII, V]: "(…) La segunda es, lo quel fijo de alguno ganasse por obra de sus manos, por algund menester, o por otra sabiduria que ouiesse: o por otra guisa: o por alguna donacion que le diesse alguno en su testamento, o por herencia de su madre, o de alguno de los parientes della: o de otra manera: o si fallase tesoro: o alguna otra cosa por auentura. Ca delas ganancias que fiziesse el fijo, por qual quier destas maneras,

plena disponibilidad tanto *inter vivos* como *mortis causa*, sobre el peculio castrense, esto es, el formado por aquello conseguido en el servicio militar, y el cuasicastrense, aquí denominado «pegujar de aluergada», que comprende las soldadas de los oficiales públicos y las donaciones del rey o del señor[26]. En todo caso, mientras siga supeditado a la patria potestad, el hijo tiene vedado comparecer en juicio, ni activa ni pasivamente, sin la autorización paterna, salvo que la ausencia del padre pusiese en peligro su derecho Y además puede demandar a éste por el litigio surgido entre ellos

que non saliessen de los bienes del padre, nin de su abuelo, deue ser la propiedad del fijo, que las gano, e el vsofruto, del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el fijo: E esta ganancia, llaman en latin aduentitia, porque viene de fuera, e non por los bienes del padre. Pero el padre dezimos, que deue defender, e guardar estos bienes aduenticios de su fijo, en toda su vida, tambien en juyzio, como fuera de juyzio (...)". [V, XIII, XXIV]: "Bienes han apartados los fijos que son suyos propriamente, que los han de parte de su madre. E como quier que tales bienes como estos, deuen ser en poder del padre, e puede esquilmar los frutos dellos, con todo esto, non los deue enagenar en ninguna manera. E si por auentura los enagenasse, fincarian porende obligados, e empeñados al fijo los bienes del padre despues de su muerte, fasta que rescebiesse entrega dellos, de aquello que el padre le ouiesse enagenado, o mal metido. E si por auentura, en los bienes del padre, non se pudiesse entregar, por que fuessen tan pocos, que non compliessen, o que los ouiesse el padre embargados o mal parados, en alguna manera: entonce puede demandar sus bienes, a quien quier que los fallen, e deuen los cobrar. E esto se entiende quando non quieren heredar nin auer parte en los bienes del padre (...)".

26 *Partidas*, [IV, XVII, V]: "(...) La tercera manera de bienes e de ganancia es, la que dizen en latin, castrense ve quasi castrense peculium (...)"; [IV, XVII, VII]: "Castra es vna palabra de latin, que se entiende en tres maneras. La primera e la mas comunal es, todo castillo e todo logar, que es cercado de muros, o de otra fortaleza. La segunda es, hueste o aluergada, do se ayuntan muchas gentes, que es fortaleza (...) La tercera es, corte del rey: o de otro principe, do se allegan muchas gentes (...). E por esta razon las ganancias que los omes fazen en algunos destos lugares, tomaron nomes desta palabra, que dize en latin, castra. E por esso son llamadas, castrense vel quasi castrense peculium. E avn porque tales ganancias como estas, fazen los omes con grand trabajo, e con grand peligro e porque las fazen en tan nobles lugares, porende son quitamente delos que las ganaron, e son mas franqueadas que las otras ganancias. Ca los dueños dellas, puedan fazer destos bienes a tales, lo que quisieren: e non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar, padre nin hermano: nin otro pariente que ayan". [V, IV, III]: "(...) Fueras ende si fuesse cauallero que ouiesse fecho ganancias de su caualleria, u otro qualquer que ouiesse ganado algo en algunas de las maneras que son llamadas en latin castrense, vel quasi castrense peculium: ca de lo que ouiesse ganado assi bien podria fazer donacion sin otorgamiento de aquel en cuyo poder estouiesse (...)". En su glosa (a), «Padre ni hermano» a Partidas, [IV, XVII, VI] Gregorio López matiza que cuando se dispone testamentariamente de estos peculios hay que respetar la posición preferente del padre como su legítimo heredero.

en relación con los peculios castrense o cuasicastrense, y con licencia del juez, en cualquier otra querella que tuviese suscitada contra él [27].

3. Correcciones introducidas por las leyes 47 y 48 de Toro

Pese a sus tímidos esfuerzos de adaptación al contexto social coetáneo, la compleja regulación de esta institución contenida en la magna obra alfonsina presentaba todavía graves desajustes con la práctica vigente, lo que llevará al legislador toresano a intervenir en un par de cuestiones puntuales, especialmente conflictivas. Para empezar, la ley 47 establece que el hijo, o la hija, casados y velados serán tenidos en adelante por emancipados en todo y para siempre[28]. Ello significa un mejor ensamblaje con la tendencia consuetudinaria a considerar el matrimonio como hito de salida de la patria potestad, en oposición a las Partidas, que sólo reconocían tal virtualidad a la muerte natural del paterfamilias[29], al des-

27 *Partidas*, [IV, XVII, XI]: "Aduxir non deue a juyzio el fijo al padre, si non fuesse por razon de ganancias, que fuesen fechas en la manera, que es llamada peculium castrense, vel quasi castrense, segund de suso es dicho. Pero si el fijo de alguno demandasse licencia al judgador, que ha poder de judgar todos los pleytos, que pueda aduzir antel a juyzio a su padre, por razon de alguna querella que ouiesse del: si el juzgador gelo otorgare, estonce lo puede aduzir a juyzio, e non de otra guisa. E otrosi el fijo non puede aduzir en juyzio a ningun ome sin manndado de su padre, mientra que fuere en su poderio. Esso mismo seria, que ningun ome non podria otrosi traer a juyzio al fijo, sin otorgamiento del padre (...)"; [IV, XVII, XII]: "Filiusfamilias es llamado en latin, el fijo que es en poder del padre. E maguer diximos en la ley ante desta, que este atal no puede estar en juyzio, para demandar, nin para responder: sin otorgamiento de su padre. Pero y ha algunas cosas, por que lo auria de fazer. E esto seria, como si lo embiasse su padre a escuelas, por razon de aprender: o a otro lugar do el non morasse: o lo embiasse el padre a otro su señor, aquien sieruiesse: o a otra parte qualquier. Ca si acaesciesse que yendo desta manera le furtassen alguna cosa o le fiziessen algund tuerto: o le ouissen algo adar: poder lo ya demandar. Otro si dezimos, que seria tenudo de responder si ouiessen algunos querellas del (...)".

28 *Leyes de Toro*, [47]: "El hijo, ó hija casado velado, sea avido por emancipado, en todas las cosas para siempre". *Nueva Recopilación*, [5, 1, 8]. *Novísima Recopilación*, [10, 5, 3].

29 *Partidas*, [IV, XVIII, proemio]: "Mudanse todas las cosas de este mundo, en tres maneras (...). Onde esta postrimera que se cambia de vn estado a otro, auiene en muchas cosas en los fechos delos omnes: e señaladamente, en el poder, que han los padres sobre los fijos (...). Por quantas razones se desata, e en quantas maneras, e dezimos que son quatro. La vna es, por muerte natural. La segunda es, por juyzio, que sea dado, en razon de desterramiento, para siempre: a que llaman en latin mors ciuilis. La tercera es, por dignidad a que pujasse el fijo. La quarta es, quando el padre sacasse su fijo de su poder, a plazer del, aque dizen en latin emancipatio (...)"; [IV, XVIII, I]: "Por muerte natural, se

tierro perpetuo[30] o el encarcelamiento del padre por algún delito cometido –caso del adulterio–, pues ambos se hacían equivalentes a la muerte civil[31], al acceso del hijo a alguna de las doce dignidades especificadas en el propio texto[32], y a la concesión formal de la emancipación, que habría de realizarse ante el juez ordinario, con consentimiento de ambos, padre e hijo, y dejándose constancia en un documento, que en el caso de que el beneficiario fuese menor de siete años o estuviese ausente, debería ser otorgado por el rey[33]. Conjunto de causas al que se añadían otras circunstancias susceptibles de motivar que el padre fuese compelido a disponer

desfaze el poderio, que ha el padre sobrel fijo: ca luego que muere el padre, finca el fijo por si. Pero esto se deue entender desta manera: si este que murio, era ya salido, de poder de su padre. Ca si su poder non fuesse salido: maguer el muriesse, fincarian los fijos, en poder de su abuelo, bien assi como lo eran, quando era biuo su padre (…)".

30 *Partidas*, [IV, XVIII, II]: "Ciuil muerte es dicha, una manera que yha vna pena, que fue establescida en las leyes, contra aquellos que fazen tal yerro, porque merescen ser judgados, o dañados para auerla. E esta muerte atal, que es llamada ciuil se departe en dos maneras. La vna dellas es, como si diessen iuyzio contra alguno para siempre, que labrasse las obras del Rey (…). La otra manera es quando destierran a alguno por siempre, e lo embian en algunas yslas, o en algund otro lugar cierto onde nunca salgase le toman demas todos los bienes: e este atal es llamado en latin deportatus. E por qualquier destas maneras sobredichas, que es alguno judgado o dañado a esta muerte, que es llamada ciuil, desatase por ella el poder, que este atal ha sobre sus fijos, e salen porende de su poder (…)".

31 *Partidas*, [IV, XVIII, IV]: "Como los padres que son encartados pierden el poder que han sobre sus fijos.- Banniti son llamados en latin omes que son pregonados e encartados por algund yerro que ayan fecho (…) ca si son echados para siempre, e les toman lo que han, son contados entre los deportados, e si son echados a tiempo, e non para siempre, e non les toman los que han, son contados entre los relegados". [IV, XVIII, VI]: "Por qual yerro que faze el padre pierde el poder que ha sobre sus fijos.- Una manera de pecado, que es llamado en latin incestus (…) faze al padre que assi casa, perder el poder que ha sobre sus fijos, e salen porende los fijos de poder de su padre".

32 Estan reguladas en *Partidas*, [IV, XVIII, VII] a [IV, XVIII, XIV].

33 *Partidas*, [IV, XVIII, XV]. "Mancipatio es otra manera (…) porque salen los fijos de poder de sus padres. E faze se de esta guisa. Ca deue venir el padre, con aquel fijo, que quiere sacar de su poder, antel juez: que es dado para todos los pleytos, aque llaman en latin ordinarius. E seyendo ambos delante del juez, el padre e el fijo; deue dezir el padre como lo saca de su poder, e el fijo otorgarlo. E por esta razon quel saca de su poder, puede el padre retener para si, delos bienes auenticios del fijo, la meytad del vsofructo (…)"; [IV, XVIII, XVI]: "Mancipar queriendo el padre algund su fijo, que non estouiesse delante: o que fuesse menor de siete años: non lo puede fazer amenos de pedir merced al rey, que gelo otorgue (…). Pero si este aquien emancipasse, non estando delante, fuesse mayor de siete años, ha menester, que quando viniere, que lo otorgue antel juez"; [IV, XVIII, XVII]: "Constreñido non deue ser el padre para emancipar su fijo: bien assi como non deue apremiar el fijo para emancipar lo: ante deue ser fecha la emancipacion con voluntad, tambien del vno como del otro, sin juyzio e sin ninguna premia, que pueda ser (…) E ha menester

dicha independización: que castigase al hijo con excesiva crueldad; que empujase a sus hijas a prostituirse, que recibiese una manda bajo la condición de liberar a sus hijos de su potestad; y que adoptase a un menor de catorce años que, al llegar a esta edad, pidiese al juez que le emancipase, alegando cualquier fundamento justo[34].

Lo cierto es que la solución adoptada por la ley 47 había sido ya indirectamente adelantada por el Fuero Real, al aprobar la validez del pleito celebrado entre padre e hijo cuando éste estuviese casado, administrase sus propios bienes y superase los veinticinco años de edad, y en el caso de la hija, cuando alcanzada esta misma edad, contase con el consentimiento del marido[35]. Pero ahora cobrará una fuerza legal que no sólo beneficia al hijo, sino también al nieto legítimo respecto al abuelo, siempre que su difunto padre hubiese contraído asimismo matrimonio con velación[36]. De igual manera que, como señala Antonio Gómez, queda excluida la vuelta

que el padre mande fazer carta, como saca el fijo de su poder, porque se pueda prouar la emancipacion e no venga en dubda".

34 *Partidas*, [IV, XVIII, XVIII]: "Fallamos quatro razones porque pueden constreñir al padre, que saque de su poder a su fijo (...). La primera es, quandol padre castiga el fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad que deue auer, segund natura. Ca el castigamiento deue ser con mesura e con piedad. La segunda es, si el padre fiziesse tan grand maldad que diesse carreras a sus fijas de ser malas mugeres de sus cuerpos, apremiandolas que fiziessen a tan grand pecado. La tercera es, si vn ome madasse a otro en su testamento alguna cosa, so tal condición que emancipase por ende a sus fijos. Ca si recibiesse lo quel fuese mandado desta guisa: tenudo es delos emancipar, e si non quisiere: pueden lo apremiar que lo faga. La quarta es, si alguno porfijasse su antenado que fuesse menor de catorze años. Ca si este atal desque passare por esta edad le fallare mal de su padrastro, porquel desgaste lo suyo: o en otra manera qualquier: deue lo mostrar al juez, e si fallare el juez que asi es, deue lo apremiar que lo emancipe".

35 *Fuero Real,* [1, 11, 8]: "Si padre o madre touiere fiio o fiios en su poder e les fizieren fazer pleyto de debda o de conoscencia o de otra cosa qualquier, tal pleit non uala, maguer que los fiios sean de edat complida. Mas después que los fiios salieren de poder de su padre o de su madre o estando con ellos fueren casados e ouieren sus cosas departidas e recabdaren sus cosas por ssí e ouieren edat de XXV annos e fizieren pleyto con su padre o madre o con algún dellos, tal pleyto uala. Esto uala entre los fiios uarones; ca pleyto que faga fiia por casar, quier sea en cabellos quier bibda, sil fiziere con padre o con madre o con uno dellos, non uala, maguer aya XXV annos; e si fuer casada e lo otorgue el marido el pleyto que fiziere, uala". S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 47, p. 204, núm. 8, nos da noticia de cómo en opinión de Rodrigo Suárez la mención a los veinticinco años no constituye un requisito inexcusable, ya que el matrimonio suple la falta de edad.

36 En *Partidas*, [IV, XVII, I] se dispone que los hijos y nietos nacidos de legítimo matrimonio caen bajo la patria potestad del abuelo, lo que implicaba que el padre también lo estaba: "(...) e han lo sobre sus fijos e sobre sus nietos: e sobre todos los otros de su linaje, que descienden dellos, por liña derecha que son nascidos del casamiento derecho".

bajo la autoridad paterna del hijo y los descendientes de éste en el caso de que se produjese el fallecimiento de su cónyuge[37]. Y también recuerda este autor, apelando a que el enunciado de la ley lo confirma claramente, que la ruptura de la dependencia del padre conlleva tanto disfrutar de los aspectos favorables como arrostrar las desventajas que de ella se derivan[38]. Únicamente la inusitada introducción del requisito de la velación, que había sido instituido por la Iglesia como elemento solemne del matrimonio, vendrá a complicar la aplicación de la norma, ya que llevada a su máximo rigor, implicaría despojar de consecuencias emancipadoras al enlace efectuado con una viuda, debido a que toda una amplia tradición canónica había insistido en la prohibición de bendecir las nupcias en las que alguno de los contrayentes hubiese participado ya de este rito en un casamiento anterior. Lo cual, a juzgar por la información proporcionada por Gregorio López, muy crítico con esta innovación del legislador de Toro, daría lugar a múltiples pleitos[39]. Se trata, sin embargo, de un problema que con muy prolijo discurso es desestimado por Llamas y Molina, para quien la exigencia de esta formalidad estaba completamente justificada, por descansar su propósito fundamental en la erradicación de las que describe como todavía muy frecuentes uniones clandestinas, arguyendo, además, que la confluencia de esta reprobable práctica, aunque supondría la omisión de la velación, no anulará los efectos liberadores consagrados por la ley, ya que habiendo cesado, después del concilio de Trento, su fin inspirador, debería concluirse que también habría caducado lo establecido en esta parte concreta de la disposición[40].

Consecuente con el precepto anterior, la ley 48 persigue, a su vez, enmendar la regulación de las Partidas acerca del peculio adventicio, sobre el que éstas otorgaban al padre un derecho de administración y usufructo vitalicio, mientras que ahora al hijo casado y velado se le atribuye la plena propiedad de sus frutos, para asegurarle la cual se ordena al padre, si es que viviese todavía, su restitución íntegra[41]. Con ello, se está confi-

37 A. Gómez, *Ad leges Taurí*, l. 47, fol. 299, núm. 2; no obstante, en fol. 293, núm. 3, niega esta permanencia fuera de la potestad a la hija que pierde a su marido. En este punto no comparten su opinión P. Nolasco de Llano, *Compendio*, l. 47, p. 255-256, y J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 47, p. 297.

38 A. Gómez, *Ad leges Taurí*, l. 47, fol. 299, núm. 2. J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 47, p. 297.

39 Gregorio López, glosa (k), «Que descienden dellos» a *Partidas*, [VI, V, V].

40 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 47, pp. 207-210, núms. 20 a 36.

41 *Leyes de Toro*, [48]: "Mandamos que de aquí adelante el hijo, ó hija, casandose,

riendo a la quiebra de la subordinación a la patria potestad por razón del matrimonio rango de excepción frente a la facultad ofrecida al progenitor en las Partidas (4, 18, 15), de retener la mitad del usufructo de los bienes adventicios en premio por la emancipación voluntariamente concedida[42]. No obstante, también respecto al supuesto de que la ruptura del lazo de dependencia proviniese, no de la libre decisión paterna, sino del mandato de una disposición legal surgen dudas entre los comentaristas, pues así como Gregorio López cree que tampoco en este caso puede el padre quedarse con la citada mitad[43], otros como Palacios Rubios, Antonio Gómez, Acevedo y más tarde Llamas y Molina, no comparten esa opinión, por estimar que cuando aquélla se derivase del ascenso del hijo a una alta dignidad de las relacionadas en las Partidas, el progenitor tendrá derecho a conservar la totalidad del usufructo[44]. Y la misma postura sostiene A. Gómez respecto al padre de quien abandona su órbita de autoridad para profesar en religión, incluso si se diese la circunstancia de que éste falleciese antes que aquél[45]. De igual manera, entiende este mismo autor, conviniendo con él Matienzo y Acevedo, que esta norma toresana será también aplicable al caso del hijo que, habiéndose desvinculado ya anteriormente de la patria potestad, contraiga matrimonio, lo que estaría justificado por orientarse este precepto a un objetivo tan recomendable como el de ayudar a subvenir las cargas conyugales[46]. Idea que es suscrita por Llamas y Molina, quien aporta en su refuerzo que la expresión de la ley «puesto que sea vivo su padre», conduciría al absurdo si se redujese su ámbito de aplicación a la emancipación por el casamiento, pues, en el caso de haber muerto previamente su procreador, ya en el momento de producirse su óbito habría ganado su autonomía el que ahora celebrase

velandose, se hayan para si el fructo de todos sus bienes adventicios puestos que sea vivo su padre el qual sea obligado á se lo restituir sin le quedar parte del usufructo dellos". *Nueva Recopilación*, [5, 1, 9]. *Novísima Recopilación*, [10, 5, 3].

42 R. Gibert, *Leyes de Toro*, p. 258.

43 Gregorio López, glosa (h), «Retener para si» a Partidas, [IV, XVIII, XV].

44 J. López de Palacios Rubios, *Comentaria et Repetitio*, párrafo 42 in fine. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 48, fol. 305, núm. 6. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 1, 9], fol. 31, núm. 2. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 48, pp. 215-216, núms. 13 a 19.

45 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 48, fol. 303, núm. 7. También, P. Nolasco de Llano, *Compendio*, l. 48, p. 249, y J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 48, pp. 300-301.

46 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 48, fol. 303, núm. 6. J. Matienzo, *Comentaria*, glosa III a NR, [5, 1, 9], fol. 39v, núm. 3. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, glosa III a NR, [5, 1, 9], fol. 31, núm. 3.

nupcias[47]. Finalmente, observa A. Gómez que, interviniendo justa causa, el padre podrá enajenar los bienes adventicios que tuviese legítimamente usufructuados, no perdiendo su derecho, ni siquiera por la muerte del hijo, excepto cuando estuviesen sujetos a vinculación, ya que entonces su propiedad y su disfrute pasarían a su sucesor[48].

Conviene, por último, hacer una alusión, aunque se trata de un precepto de índole fundamentalmente sucesoria, a la ley 5 de Toro, donde se establece que el hijo o la hija todavía sometidos a la potestad paterna que hubiesen alcanzado la edad requerida para hacer testamento, podrán realizarlo de igual modo que si se encontrasen fuera de su poder[49]. Una facultad que en el derecho común, y también en las Partidas, éstos tenían absolutamente negada, aun cuando contasen con el permiso del padre, a no ser que el varón dispusiese de los bienes castrenses y cuasicastrenses, respecto a los cuales, como hemos visto, el hijo de familia goza de un dominio ilimitado[50]. Al parecer, el motivo de la promulgación de esta ley había residido en la pretensión de algunos juristas de deducir esta misma conclusión a partir del precepto del Fuero Real (3, 6, 1) que habilitaba a todo aquél que careciese de hijos legítimos o con derecho a heredar para hacer con lo suyo lo que quisiera, sin que le pudiese embargar su padre, su madre o pariente ninguno[51]. Pero otros lo refutaban, alegando que, al aludirse también a la madre, estando ésta incapacitada para ser titular de la patria potestad, no cabía sino pensar que se estaba hablando del hijo emancipado. Versión, esta segunda, que, como refrenda Palacios Rubios, fue la abrazada por la comisión redactora de Toro[52]. Por lo que atañe a la

47 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, pp. 217-219, núms. 24-28.

48 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 48, fol. 305, núm. 12 y fol. 306, núm. 18. J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 48, p. 301.

49 *Leyes de Toro*, [5]: "El hijo, ó hija que está en poder de su padre seyendo de edad legitima para hacer testamento, pueda hacer testamento como si estuviese fuera de su poder". *Nueva Recopilación*, [6, 4, 4]. *Novísima Recopilación*, [10, 18, 4].

50 *Partidas,* [VI, I, XIII]: "Todos aquellos a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden fazer testamento: e los otros que non le pueden fazer son estos. El fijo que está en poder de su padre, maguer el padre ge lo otorgasse. Pero si fuesse cauallero, o ome letrado, qualquier destos fijos, que aya de los bienes que son llamados, peculio castrense, vel quasi castrense, puede fazer testamento dellos (…)".

51 *Fuero Real,* [3, 6, 1]: "(…) E si fiios o nietos o dent ayuso non ouiere de mugier de bendición nin otros fiios que ayan derecho de heredar, pueda fazer de todo lo suyo lo que quisiere, de guisa que el rey so derecho non pierda e nol pueda embargar padre ni madre nin otro parient ninguno (…)".

52 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 5, fol. 14r-v, núm. 15.

edad legítima señalada, sin mayor precisión, en la norma, la doctrina coincidirá en que habrían de tomarse como referencia los catorce y los doce años fijados, respectivamente, para el hombre y la mujer en las Partidas[53].

4. Formas de terminación de la patria potestad y desvirtuación del sistema de peculios en el derecho de la codificación

Después de estas puntuales, pero sustanciales, incursiones de las leyes de Toro en el terreno de las formas de emancipación de la patria potestad y de la capacidad de disposición sobre sus bienes de los sujetos a la misma, habrá que esperar hasta los primeros intentos codificadores para encontrar novedades en esta materia. El primero de ellos, el Proyecto de Código civil de 1821, entraba a regular, desplegando un casuismo sorprendente, la edad precisa para realizar diferentes actos[54], entre los que la requerida para contraer matrimonio, al igual que para realizar testamento, se elevaba, respecto a la fijada en las Partidas, a dieciséis años para los varones y catorce para las hembras[55], mientras que para salir de la tutela y poder disponer de las cosas propias se colocaba, sin distinción de sexos, en los veinte años, salvo, lógicamente, que hubiera habido previo casamiento[56]. La llegada a la edad de veinticinco años se convertía, además, en umbral del abandono automático de la patria potestad, que también se produciría por la muerte natural de los padres, el primer matrimonio contraído y la emancipación[57], mientras que eran causa de su disolución las segundas nupcias de la madre y la muerte civil, en los casos previstos en el Código

53 Y eso a pesar de que, siglos después, situar ese límite en la pubertad pudiera antojarse excesivamente prematuro. J. F. Pacheco, *Comentario histórico*, l. 5, p. 84.

54 A pesar de su clara infuencia francesa, el proyecto no opta por una solución unitaria, como en el artículo [388] del *Code*, que la establecía en los veintiún años. En palabras de M. Peset Reig, *Análisis y concordancias*, p. 58, no pudo ser más desafortunada la escala organizada en trece niveles, que no sólo estaba en desacuerdo con las Partidas, sino con la Constitución y con el proyecto de Código penal elaborado por las mismas Cortes.

55 *Proyecto de Código civil de 1821,* [60]: "La edad necesaria para contraer matrimonio es la de dieciséis años en los varones y de catorce en las hembras"; [61]: "La edad para hacer testamento es respectivamente la misma del artículo anterior".

56 *Proyecto de Código civil de 1821*, [62]: "La edad para salir de tutela y disponer libremente de las cosas propias por acto entre vivos, es la de veinte años en ambos sexos, salvo si antes se hubiere contraído matrimonio"; [63]: "La edad para salir de la potestad patria por emancipación es la de veinte o veinticinco años en ambos sexos, según se dispone en el título 2º, del libro 2º de este Código".

57 *Proyecto de Código civil de 1821*, [378]: "La potestad patria se acaba: 1.º, por

penal[58]. El beneficio de la emancipación podría ser concedido al hijo varón mayor de veinte años por el padre o, a su muerte, o mediando su incapacidad, por la madre, debiendo haber prestado el afectado su consentimiento y reflejarse el acto en instrumento público[59]. Aunque, al interesado le cabía también la posibilidad de solicitarla y obtenerla del rey, con intervención del Gobierno, aun sin necesidad de disponer de la conformidad de los padres, cuando concurriera una justa causa, que se especificaba consistente en la conducta arreglada demostrada por el hijo, que tuviese adicionalmente una conocida habilidad para dirigir una explotación agrícola o un establecimiento industrial, o para desempeñar cualquier otra profesión u oficio que le permitiera subsistir por sus medios[60]. En el plano patrimonial, dentro de la extensa relación de los derechos correspondientes a la calidad de padre, se incluía el de administrar y usufructuar los bienes pertenecientes a los hijos[61], comprendiéndose bajo esta facultad los adquiridos por herencia, donación, ganancias del juego, liberalidad de un tercero, o retribución por su trabajo o por servicios hechos a la nación, si bien debía reservar para ellos su propiedad, salvo los réditos de las cantidades metálicas, que se reputaban como usufructo[62], lo mismo que los precios de

la muerte natural de los padres; 2.º, por el matrimonio primero que los hijos contrajeren; 3.º, por la emancipación; 4.º, por haber cumplido los hijos la edad de veinticinco años".

58 *Proyecto de Código civil de 1821*, [379]: "(1) La potestad patria se disuelve por parte de la madre si ésta pasare a segundo matrimonio. (2) Si enviudare segunda vez, y no tiene hijos del segundo matrimonio, reasume los derechos de la potestad patria": [380]: "(1) La potestad patria se disuelve también por la muerte civil de los padres en los casos que expresa el Código penal". (2) La rehabilitación obtenida según la ley hace renacer los derechos de la potestad patria".

59 *Proyecto de Código civil de 1821*, [381]: "(1) Se llama emancipación al acto por el cual los padres se desprenden de la potestad patria sobre alguno de los hijos. (2) El padre, y por su muerte o incapacidad la madre, pueden emancipar al hijo varón mayor de veinte años, prestando éstos su consentimiento, y otorgándose el acto por instrumento público".

60 *Proyecto de Código civil de 1821*, [382]: "El hijo varón mayor de veinte años puede solicitar y obtener del Rey con justa causa la emancipación aunque los padres no consientan en ella"; [383]: "(1) Es justa causa para la emancipación de que habla el artículo anterior la conducta arreglada del hijo, teniendo al mismo tiempo conocida habilidad para dirigir una labranza u otro establecimiento industrial, o si fuese sobresaliente en alguna profesión u oficio para subsistir sin el auxilio de los padres. (2) El Gobierno, para conceder la emancipación se asegurará de la justa causa con que se pide por medio de un expediente instructivo, actuado por el Jefe político de la provincia".

61 *Proyecto de Código civil de 1821*, [371]: "Son derechos de la patria potestad (…) 7.º, el de administrar y usufructuar los bienes pertenecientes a los hijos".

62 *Proyecto de Código civil de 1821*, [374]: "(1) Se entienden bienes de los hijos para los efectos expresados en el artículo 371, los que adquirió alguno de los hijos por

los jornales, sueldos, pensiones y rentas de censos o vitalicios que aquellos recibiesen[63]. No obstante, una vez acabada su situación de dependencia, el hijo emancipado tendría derecho a recuperar el pleno dominio y la gestión de sus bienes propios[64].

Fijada en el Proyecto de Código civil de 1836 la edad para celebrar esponsales en dieciséis años para los varones y en catorce para las hembras[65], a la hora de definir la necesaria para contraer matrimonio, la comisión redactora, con la finalidad expresa de cimentar adecuadamente la unión conyugal y de no propiciar los enlaces prematuros, decidió retrasar este límite hasta los dieciocho años para los hombres y los quince para las mujeres[66], alegando como motivo adicional que antes de alcanzar esas edades no podrían tener control sobre sus bienes[67]. Sin embargo, el acceso a la mayoría de edad se mantenía, para uno y otro sexo, en los veinticin-

herencia, por donación, por la suerte, por liberalidad de un tercero, o por premio de su habilidad o por retribución de servicios hechos a la nación. (2) El padre debe reservar a los hijos la propiedad de estos bienes, sin poder enajenarlos, sino en los casos y bajo las formalidades que determina la ley en el libro tercero de este Código, y debe emplear las cantidades metálicas, o custodiarlas mientras no se proporciona su empleo. Los réditos de estas cantidades se reputan usufructo".

63 *Proyecto de Código civil de 1821*, [375]: "Los precios de jornales o de cualquier industria que el hijo ejercitare; los sueldos o gratificaciones por el empleo que tuviere de cualquier clase; las pensiones, réditos de censos o vitalicios se reputan también usufructo a favor del padre".

64 *Proyecto de Código civil de 1821*, [384]: "El hijo que saliere de la potestad patria tiene derecho a que se le entreguen los bienes propios que los padres usufructuaban, y queda habilitado para administrarlos y disponer de ellos libremente"; [385]: "Acabada o disuelta la potestad patria no se acaban ni disuelven los derechos expresados en el artículo 376 de este Código". Advierte M. Peset Reig, *Análisis y concordancias*, p. 88, que en la redacción de estos preceptos se desliza algún error técnico, ya que por ejemplo, cabe la posibilidad de que si fuese menor, en el caso de que muriesen los padres o la madre pasase a segundas nupcias pasaría a estar sujeto a tutela o curatela".

65 *Proyecto de Código civil de 1836*, [109]: "Para contraer esponsales válidamente se requiere: 1.º La edad de dieciséis años en los varones y catorce en las hembras, unos y otros cumplidos (…)".

66 *Proyecto de Código civil de 1836*, [151]: "El que intente contraer matrimonio deberá acudir a la jurisdicción civil del domicilio de la mujer con quien aspire a casarse, haciendo constar: 1.º Que tiene al menos dieciocho años cumplidos, y la mujer quince igualmente cumplidos (…)".

67 *Proyecto de Código civil de 1836*. Exposición de Motivos (J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*), pp. 92-93. Por tanto, se añade: "seria notable inconsecuencia facultarlos para contraer el empeño más grave de la vida y hacerles cabeza de familia, no teniendo capacidad para manejar sus intereses y disponer de ellos".

co años[68], afirmándose que con ello se perseguía robustecer la autoridad paterna y evitar los extravíos propios de la juventud[69]. Por otra parte, al identificar las formas de disolución de la patria potestad, junto al legítimo matrimonio y la emancipación, el elenco se ampliaba notablemente, mediante el rescate de algunos de los antiguos supuestos enunciados en las Partidas: muerte natural del padre o de la madre; muerte civil o ausencia del padre por comisión de delito grave o no comparecencia a responder del mismo; cumplimiento de la mayoría de edad, siempre que se estuviese en condiciones de administrar los bienes; designación para alguna dignidad eclesiástica, o para cualquier empleo o cargo público de nombramiento regio que llevase adscrita la función jurisdiccional o tuviera carácter de jefatura en el ejército o en la administración; segundas nupcias de la madre, que la recobraría si al enviudar no quedaran hijos de su vínculo posterior; y exposición o abandono por el padre, quien si el hijo fuese acogido por otra persona, no podría reclamar su recuperación[70]. Además, el titular de esta potestad la perdería por incapacidad física o moral, por

68 *Proyecto de Código civil de 1836*, [18]: "Las épocas de la vida humana se clasifican por la ley del modo siguiente: la infancia dura desde el nacimiento hasta los siete años; continúa la edad pupilar hasta los dieciséis años para los varones y catorce para las hembras; siguiendo la menor edad hasta los veinticinco años cumplidos, asi para los varones como para las hembras, en que empieza la mayoría".

69 Además, se aduce como justificación que, no habiendo conocida necesidad o utilidad de una reforma, debe dejarse subsistente lo antiguo, y que, pudiendo el menor salir antes de la potestad por el matrimonio o la emancipación, si no lo ha logrado cabe presumir que no está preparado para gobernarse por sí solo. Exposición de Motivos, p. 93.

70 *Proyecto de Código civil de 1836*, [405]: "La patria potestad se disuelve: 1.º Por la muerte natural del padre o de la madre en su caso. 2.º Por la muerte civil del padre, y también por ausencia de éste cuando habiendo cometido algún delito grave no se presenta a justificarse de él; en cuyos casos pasa la patria potestad a la madre según lo prevenido en el artículo 387. 3.º Por el matrimonio legítimamente celebrado que contrajere el hijo o la hija. 4.º Por la emancipación. 5º. Por haber cumplido el hijo o la hija veinticinco años; siempre que su estado físico o moral no le impida la administración de sus bienes. 6.º Por cualquiera dignidad eclesiástica, ministerio parroquial u otro beneficio, hallándose los poseedores ordenados *in sacris*. 7.º Por cualquiera empleo o cargo público de nombramiento del Rey, que tenga anexo el ejercicio de jurisdicción o carácter efectivo de Jefe en el Ejército, en la Administración o en cualquiera otra carrera del Estado. Los que ejerzan otros cargos públicos no comprendidos en los dos números anteriores, sólo se tendrán por emancipados en lo concerniente a las funciones de su empleo. 8.º Por pasar a segundas o ulteriores nupcias la madre que se halle en el ejercicio de la patria potestad; y si enviudare la recobrara, no habiéndola quedado otros hijos del segundo o ulterior matrimonio. 9.º Por exponer o abandonar el padre a su hijo: en este caso, si alguna persona le recogiere y mantuviere no podrá el padre reclamarle para que vuelva a su potestad".

haber sido condenado a pena corporal que le impidiera ejercerla, y por haber provocado que la hija cayese en la prostitución[71]. En cuanto a la emancipación, se admitían tres modalidades[72]. La primera, por mutuo consentimiento del concedente y el beneficiario, plasmada en escritura pública, con los requisitos de que el interesado hubiera cumplido dieciocho años y de que pudiese vivir independientemente de su padre, o de que éste le asegurase medios de subsistencia[73]. En segundo lugar, podría ser otorgada por el rey, a petición del hijo, incluso contra la voluntad paterna, siempre que tuviera ya veintiún años, hubiese observado la conducta moral y la diligencia en la gestión económica que cabría esperar en un buen padre de familia, y dispusiera de bienes suficientes o de una profesión u ocupación que le permitiese atender a sus propias necesidades[74]. Por último, podría ser dictada mediante decreto judicial por circunstancias graves de desatención de los deberes paternales, como la exposición o el abandono, la crueldad, o la incitación a la prostitución o el atentado contra el pudor de las hijas, pudiendo también darse por haber aceptado un legado bajo la condición de dejar salir de su potestad al hijo[75]. No obstante, la emancipación no comportaba para los padres, respecto a los hijos, la

71 *Proyecto de Código civil de 1836*, [406]: "El padre y la madre pierden en sus respectivos casos el ejercicio de la patria potestad: 1.º Por incapacidad física o moral. 2.º Por haber sido condenados a penas corporales que impidan ejercer dicha potestad. 3.º Por haber sido causa de que se prostituya la hija".

72 *Proyecto de Código civil de 1836*, [407]: "Emancipación es un acto legal en cuya virtud el padre o la madre se desprenden de la potestad que tienen sobre sus hijos"; [408]: "La emancipación puede verificarse: 1.º Por mutuo consentimiento del padre y del hijo. 2.º Por gracia del Rey. 3.º Por Decreto judicial".

73 *Proyecto de Código civil de 1836*, [409]: "La emancipación por el expreso consentimiento de los padres y de los hijos debe hacerse en escritura pública"; [410]: "Para que tenga lugar esta primera especie de emancipación, es necesario que concurran en el hijo las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que haya cumplido diecocho años, y 2.ª Que pueda subsistir independientemente de su padre, o que éste le asegure la subsistencia".

74 *Proyecto de Código civil de 1836*, [411]: "El Rey puede otorgar la emancipación del hijo a instancia de éste, y aun contra la voluntad de su padre, concurriendo en dicho hijo las circunstancias siguientes: 1.ª La edad de veintiún años cumplidos; 2.ª La conducta moral y económica que constituye un buen padre de familia, y 3.ª Bienes suficientes para existir por sí solo, o una profesión o establecimiento de agricultura, comercio o industria, que reúna lo suficiente para proveer a su subsistencia".

75 *Proyecto de Código civil de 1836*, [412]: "La emancipación por Decreto judicial tiene lugar: 1.º En el caso de haber sido expuestos los hijos o abandonados por sus padres en los términos que declara el art. 405 en su número 9.º. 2.º Por tratar a sus hijos con crueldad. 3.º Por haber prostituido a sus hijas, o atentado contra el pudor de éstas. 4.º Por aceptar los padres cualquier legado hecho bajo la condición de que emancipen al hijo".

extinción de los derechos de respeto, obediencia y subordinación, el de no ser demandados en juicio civil por ellos sin previa licencia ni denunciados criminalmente, el de desheredarlos por justa causa, y el de ser, a su vez, herederos necesarios suyos en la cuota determinada por la ley; aunque si la liberación tuviese lugar por decreto judicial decaería su derecho de exigirles alimentos[76]. Finalmente, hay que señalar que, concordando con la ley 5 de Toro, la permanencia bajo la patria potestad no afectaba a la capacidad para realizar testamento, ya que únicamente se hacía depender de que se hubiera llegado a la edad legal, situada en los dieciséis y los catorce años, respectivamente, para los hombres y las mujeres[77].

La principal originalidad de este proyecto residiría, empero, en su rescate del sistema de peculios, ajustándolo a coordenadas que evidencian una cercana inspiración en la huella justinianea impresa en las Partidas. Así, sin exhibir esta denominación, el peculio profecticio aparecía contorneado con los perfiles tradicionales, al adjudicarse al padre su propiedad y su usufructo[78]. Y también cabe proponer cierta asimilación con el antiguo peculio cuasicastrense respecto al conformado por lo ganado por el hijo mayor de dieciocho años al servicio del rey o en empleo público, como jefe o director de un establecimiento agrícola, comercial o industrial, o –esto era novedoso– como producto del ejercicio de una profesión científica, literaria o artística, estando atribuido, de ser ésta su procedencia, sus plenos goce y dominio al adquirente[79]. Por último, todo lo demás que el

76 *Proyecto de Código civil de 1836*, [413]: "No obstante la emancipación, los padres no pierden los derechos que se les conceden sobre sus hijos por los números 2º, 8º, 9º, 10, 13º y 15 del artículo 392"; [414]: "En el caso de que la emancipación se haya verificado por cualquiera de los cuatro causas comprendidas en el artículo 412, el padre o la madre que haya dado motivo a ellas, conservará únicamente sobre los hijos los derechos que se expresan en los números 2º, 8º, 9º, 13º y 15 de dicho artículo 392".

77 *Proyecto de Código civil de 1836*, [2226]: "Carecen de la facultad de hacer testamento las personas siguientes: 1.º Los varones menores de dieciséis años y las hembras que no hubieren cumplido los catorce (…)". El artículo [2227] establece, además, que la falta de aptitud personal no podrá suplirse con la intervencion del padre, el tutor, el curador o el juez.

78 *Proyecto de Código civil de 1836*, [415]: "Las adquisiciones o ganancias que durante la patria potestad hiciere el hijo con bienes o con otros medios procedentes del padre, o dados al hijo por consideración del mismo padre, pertenecen a éste en propiedad y usufructo".

79 *Proyecto de Código civil de 1836*, [416]: "Todo lo que el hijo mayor de dieciocho años ganare en servicio del Rey o del Estado ejerciendo cualquiera empleo público, lo hace suyo en propiedad y en usufructo"; [417]: "Del mismo modo hace suyo el hijo de familia mayor de dieciocho años, así en propiedad como en usufructo, todo lo que adquiere en

hijo no emancipado pudiese obtener por cualquier otro conducto, lo que podríamos identificar como peculio adventicio, quedaba bajo su titularidad[80], pero segregándose su usufructo, que el padre retendría hasta que saliese de su potestad[81], salvo en los casos de que la cosa le hubiese sido entregada al hijo con exclusión explícita del traspaso de esta facultad, o de que se tratase de un legado o de otra masa hereditaria que éste hubiera aceptado contra la voluntad paterna, siendo en ambos supuestos compelido el progenitor a reservar para su verdadero destinatario las rentas y los frutos que produjesen dicho legado o donación[82], al igual que los resultantes de la herencia de la que éste hubiese sido nombrado heredero, por haber sido apartados de ella los padres, por tacha de indignidad[83]. El disfrute de este usufructo estaba sometido, además, a una serie de requisitos, ya que el padre se veía obligado a proveer el mantenimiento y los gastos de educación y enseñanza del hijo, y a prestar fianza en garantía de la ulterior restitución de los bienes usufructuados, o en el caso de que no consiguiese encontrar un fiador, a presentar caución y rendir cuenta anual al juez de su administración[84]. Función cuyo desempeño no se per-

el ejercicio de una profesión científica, literaria o de las nobles artes; e igualmente lo que ganare como Jefe o Director de un establecimiento de agricultura, comercio e industria".

80 *Proyecto de Código civil de 1836*, [418]: "Todo lo demás que fuera del origen expresado en los dos artículos anteriores adquiriese el hijo personalmente durante la patria potestad, cualquiera que sea el título de su adquisición, pertenece a éste en propiedad solamente".

81 *Proyecto de Código civil de 1836*, [419]: "El padre tendrá el usufructo de los bienes expresados en el artículo anterior hasta la emancipación del hijo, o hasta que se verifique cualquiera otro de los medios por que puede éste salir de la patria potestad; en cuyo caso adquiere la propiedad y el usufructo de todos los bienes, de cualquier naturaleza que sean".

82 *Proyecto de Código civil de 1836*, [420]: "El padre no tendrá el usufructo de que habla el artículo anterior, sino que pertenecerá al hijo en los casos siguientes: 1.º Cuando un extraño o pariente diere al hijo cualquier cosa, con la precisa condición de que no pase al padre el usufructo de la misma. 2.º En los legados y otros bienes hereditarios que el hijo admitiere contra la voluntad del padre"; [423]: "El padre debe reservar al hijo los frutos y rentas del legado o donación, que se hubiere hecho al último bajo la expresa condición de que éste y no el padre tengan el ususfructo".

83 *Proyecto de Código civil de 1836*, [424]: "Igualmente pertenecerán al hijo de familia los productos de una herencia de que se haya declarado judicialmente indignos a los padres, con tal que dicho hijo haya sido nombrado heredero para en el caso de verificarse esta declaración".

84 *Proyecto de Código civil de 1836*, [421]: "Para que el padre tenga derecho al usufructo de los bienes de su hijo, es necesario que provea a su mantenimiento, como también a los gastos que se originen de su educación y enseñanza"; [422]: "(1) El padre y

día por incapacidad física o moral del padre o de la madre, aunque ésta fuese declarada judicialmente[85], pero sí cuando un pronunciamiento de este tipo determinase que su gestión había sido dolosamente perjudicial[86]. No obstante, una vez alcanzada por cualquiera de las vías admitidas su independencia, el hijo recuperaba la propiedad y el gobierno de tales bienes adventicios, si bien hasta cumplir los veinticinco años no podría disponer de los inmuebles sin autorización paterna o judicial[87]. Conviene observar, por tanto, que implícitamente esta disposición, al extenderla a todos los mecanismos de emancipación, vaciaba de contenido, por innecesaria, la excepción introducida en la ley 48 de Toro en favor del hijo independizado por el matrimonio respecto al usufructo vitalicio de los bienes adventicios, que le correspondía al padre. Lo que en adelante se mantendrá en los textos codificados posteriores.

En el camino conducente a la elaboración del Proyecto de Código civil de 1851, el 7 de marzo de 1844 la Comisión General de Codificación aprobó, tras una larga discusión, un nutrido grupo de bases, entre las que figuraban las que clausuraban la minoría de edad a los veinte años, dando a este hito un efecto emancipador, junto a otras que también contemplaban la salida de la patria potestad del hijo mayor de dieciocho años –con la adquisición subsiguiente de todos los derechos civiles– por la vía de la concesión paterna realizada en escritura pública, y con su consentimiento; no estando, en cambio, prevista la otorgada por la madre, a pesar de

la madre estarán obligados a dar fianzas para asegurar la propiedad de los bienes adventicios de sus hijos, mientras éstos permanezcan bajo la patria potestad: Estas fianzas serán recibidas por el Juez del domicilio de los padres. (2) Pero si éstos no encontraren fiador abonado, habrán de dar caución y rendir al Juez cuenta anual de la administración de dichos bienes adventicios".

85 *Proyecto de Código civil de 1836*, [428]: "El padre y la madre, que por incapacidad física o moral judicialmente declarada no pudieren ejercer la patria potestad, no perderán por eso el usufructo que les pertenece sobre los bienes de sus hijos".

86 *Proyecto de Código civil de 1836*, [427]: "El padre o la madre que se condujere con dolo en la administración de los bienes del hijo, pierde la administración y el usufructo del peculio de éste, desde que así se hubiere declarado judicialmente".

87 *Proyecto de Código civil de 1836*, [425]: "Al tiempo de la emancipación del hijo, por cualquiera causa que ésta se haya verificado, le deberá entregar el padre todos los bienes que aquél hubiese adquirido, a excepción de los que se expresan en los artículos 271 y 274. Sin embargo, el hijo emancipado no podrá enajenar sus bienes inmuebles hasta que cumpla veinticinco años, sin autorización del padre, o del Juez a falta de aquel"; [426]: "Los hijos quedan habilitados desde que salen de la patria potestad para administrar sus bienes y disponer de ellos libremente en los términos que permiten las leyes".

que, a falta del progenitor, ella podría asumir este poder en su lugar[88]. Reglas que serían después recogidas en el citado proyecto de 1851, con las novedades de que ahora se corregía el silencio anterior, admitiéndose la emancipación anticipada[89] otorgada por la madre[90] entre los dieciocho y los veinte años, a los cuales se obtenía directamente, por llegar a la mayoría de edad[91], y de que como forma de emancipación se incorporaba la

88 J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil,* I, pp. 163-165, [12]: "A falta del padre, la madre ejercerá la autoridad paterna sobre los hijos, salvas las restricciones que se establezcan"; [13]: "El mayor de dieciocho años, consintiéndolo, podrá ser emancipado por su padre"; [14]: "El emancipado por el padre entra en el pleno goce de todos los derechos civiles"; [15]: "La emancipación de los padres se realizará por escritura pública que se presentará al Ayuntamiento del lugar del domicilio del padre"; [17]: "La mayoría de edad produce de derecho la emancipación".

89 *Proyecto de Código civil de 1851*, [273]: "El mayor de dieciocho años y menor de veinte, puede ser emancipado por el padre, y a falta suya por la madre, siempre que él consienta en su emancipación"; [274]: "La emancipación se otorgará en escritura pública, con intervención del alcalde del domicilio del emancipante". No podrán emancipar, sin embargo, el padre o la madre que hubiesen perdido o tengan en suspenso el ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad. F. García Goyena, *Concordancias*, p. 153, que también señala que, siendo raro que el hijo no consienta, es justo que se incluya este requisito, pues si un padre se empeñara en emancipar a un hijo contra su deseo, se haría por ello sospechoso. No oculta, sin embargo, p. 154, que no encuentra ventajas en que se permita adelantar la emancipación a los dieciocho años, en lugar de esperar a que el hijo alcance la mayoría de edad.

90 Sobre la atribución también a la madre de la patria potestad manifiesta su conformidad F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 18-20, aduciendo que han pasado ya muchos siglos desde que dejaron de operar las razones que motivaron su exclusión en el derecho romano.

91 Con dudosa técnica legislativa, este principio se formula dos veces. *Proyecto de Código civil de 1851*, [142]: "Las personas de ambos sexos que no han cumplido veinte años, son menores de edad"; [276]: "La mayor edad comienza a los veinte años cumplidos". En su comentario a este segundo artículo, F. García Goyena, *Concordancias*, pp. 154-156, presume que la medida sufrirá duros ataques, por tratarse de una gran innovación, para la que, no obstante, busca antecedentes en el Fuero Juzgo, el derecho aragonés y el Código de Comercio. De hecho, ya en sus respectivos informes habían expresado su disconformidad las Audiencias de Oviedo, Mallorca y Barcelona y la Universidad de esta última ciudad, pidiendo que se mantuviese en los veinticinco años, y Ortiz de Zárate, que abogaba por dejarla en los veintitrés años. J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil,* I, p. 250. También se muestra partidario de mantenerla a los veinticinco años, J. Escobar, *Algunas reflexiones*, 4 (1854), p. 91. Por otra parte, F. Cárdenas, *De los vicios y defectos*, pp. 16-18, alaba este reconocimiento de la mayoría de edad como término del sometimiento a la patria potestad, aludiendo a que el silencio mantenido al respecto por la legislación anterior había dado pie a numerosos pleitos, pero sin embargo, dada esta consecuencia, considera innecesario y poco conveniente que se haya establecido a una edad tan tem-

emanante automáticamente del matrimonio[92]. Un proyecto que, en otro capítulo, y sin mostrar una clara conexión con otros ordenamientos anteriores, enumeraba como causas de extinción de la patria potestad: la muerte del padre –sin mención a la madre– o del hijo, la emancipación, la adopción y la mayoría de edad[93]. A las que se unían, como circunstancias determinantes de su pérdida por el padre, la condena a una pena, o el pleito de divorcio, que llevasen aparejada esta consecuencia, pudiendo asimismo verse privado de ella, o modificada en su contenido, por una decisión de los tribunales que estuviese motivada por el hecho de dispensar al hijo un trato excesivamente riguroso, o en el caso de fuese viudo, por darle órdenes, consejos o ejemplos considerados corruptores[94]. Cabía, además, que esta potestad fuese objeto de suspensión debido a la incapacidad o la ausencia del padre declaradas judicialmente, o por haber sido éste castigado con algún tipo de pena que la trajese asociada. Una medida que, salvo que viniese ligada a una situación de demencia, comportaba también la sustracción del usufructo de los bienes del hijo[95], lo que, ade-

prana, mostrándose partidario, por diversas razones, de que se hubiese mantenido en los veinticinco años.

92 *Proyecto de Código civil de 1851*, [272]: "El matrimonio produce de derecho la emancipación, con la limitación establecida en el artículo 60". Artículo que hemos citado en relación con el recorte de la facultad de administrar los bienes de la sociedad conyugal que afecta al marido menor de edad". Esta regla la entenderá J. Escobar, *Algunas reflexiones,* 4 (1859), pp. 89-90 disconforme con las establecidas por la naturaleza, pues sería contraria a las dos cosas que a este respecto tiene Dios establecidas: que los sexos puedan copularse a cierta edad en que ya han desarrollado sus potencias genitales, y que hasta edad más avanzada, lo menos en diez años, no puedan las personas gobernarse por sí mismas, porque hasta entonces no tienen completadas sus facultades físicas y morales. Preguntándose: "¿No es esto demostrar claramente que el matrimonio o la union de los dos sexos no debe producir la emancipación?", y sosteniendo que el afán por favorecer al matrimonio y multiplicar las familias tiene su límite, y cualquier exceso produce males incalculables.

93 *Proyecto de Código civil de 1851*, [160]: "La patria potestad se acaba: 1.º Por la muerte del padre o la del hijo. 2.º Por la emancipación. 3.º Por la adopción. 4º Por la mayor edad del hijo".

94 *Proyecto de Código civil de 1851*, [161]: "El padre perderá la patria potestad: 1.º Cuando sea condenado a una pena que lleve consigo la pérdida de la patria potestad. 2.º Cuando declarado el divorcio, tenga lugar la pérdida de la patria potestad, con arreglo al artículo 85"; [162]: "Los Tribunales podrán también privar al padre de la patria potestad, o modificar su ejercicio, si tratare a sus hijos con excesiva dureza; o si siendo viudo, les diere preceptos, consejos o ejemplos corruptores". Estos supuestos de privación tenían ya antecedentes tanto en el Digesto [3, 12, 5], como en Partidas, [IV, XVIII, XVIII].

95 *Proyecto de Código civil de 1851*, [163]: "(1) La patria potestad se suspende: 1.º

más, se agravaba para la madre que contrajera nuevas nupcias, ya que resultaba, igualmente, desprovista de su administración, si bien podría recuperarla si más tarde volviese a enviudar[96]. Puede señalarse, por último, que la rebaja de la edad legal tenía refrendo en el descenso a los catorce y los doce años, para varones y hembras, de la exigida para disponer por testamento[97].

En lo concerniente a la esfera patrimonial, aunque se partía de una atribución general al padre de la administración legal de los bienes de sus hijos menores[98], éstos seguían disfrutando, como en el proyecto de 1836, de importantes derechos sobre ellos. Así, nada cambiaba respecto a los bienes profecticios, adquiridos con el caudal del progenitor, sobre los que éste conservaba la propiedad y el usufructo, sin perjuicio de que pudiese gratificar al hijo con alguna liberalidad con cargo a los mismos, o permitirle participar de su goce[99]. Sin embargo, entre los adventicios se establecían distinciones: los conseguidos por el hijo que aún se hallase sujeto a la pa-

Por la incapacidad del padre, declarada judicialmente. 2.º Por la ausencia declarada con arreglo a lo que se dispone en los artículos 313 y 317. 3.º Por haber sido condenado a una pena que lleve consigo la suspensión". (2) Fuera del caso en que la suspensión de la patria potestad proceda de demencia, perderá el padre el usufructo de los bienes del hijo".

96 *Proyecto de Código civil de 1851*, [168]: "(1) La que contrajere segundas nupcias conservará todos los derechos de la patria potestad, menos la administración de los bienes; a no ser que el consejo de familia se la defiera"; [169]: "La madre que volviere a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto en el artículo 802". Reprobará F. García Goyena, *Concordancias*, pp. 103-104, que este principio sea en parte heredero de la presunción imperante en el derecho romano de que la madre que vuelve a casarse tiende a sacrificar al segundo marido los intereses y aún las vidas de sus primeros hijos, por lo que, si bien éste es ahora el único derecho que se la quita, se muestra partidario de que se hubiese igualado la condición de los bínubos de ambos sexos.

97 *Proyecto de Código civil de 1851*, [600]: "Pueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce, que, al hacerlo, gocen de su cabal juicio".

98 *Proyecto de Código civil de 1851*, [150]: "El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores". No conforme con esto, Ortiz de Zárate pediría que esta potestad se ampliase a todos los que estuviesen bajo la patria potestad, aunque fuesen mayores de edad. J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil,* I, p. 251. Lo que no tiene mucho sentido, dado que la mayoría de edad comporta por sí sola la extinción de la misma.

99 *Proyecto de Código civil de 1851*, [151]: "Los bienes que el hijo adquiere con el caudal del padre mientras está bajo la patria potestad, pertenecen a éste en propiedad y usufructo, salva la facultad que tiene el padre, en todo caso, de hacer al hijo alguna donación de estos bienes, o señalarle alguna parte en sus utilidades". Excepción que, según F. García Goyena, *Concordancias*, p. 92, tiende a fomentar los dulces afectos entre padre e hijo, y es útil a los dos.

tria potestad mediante su propio trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, quedaban bajo su dominio y en usufructo del padre[100]; respecto a los que le hubieran sido transmitidos a través de una donación o una manda para posibilitar que siguiese una carrera o desempeñase alguna profesión o arte liberal, o con la condición de que retuviera su disfrute –lo que no cabía imponer sobre la legítima–, le pertenecían su propiedad y su usufructo; facultades a las que, finalmente, se unía la de su administración cuando se tratase de bienes logrados gracias a su propio trabajo o industria no estando viviendo ya junto a su padre[101]; al igual que ocurría con los bienes obtenidos por conductos asimilables a los que nutrían los antiguos peculios castrense y cuasicastrense[102]. Fuera de este régimen quedaban, no obstante, los hijos naturales reconocidos y los adoptados menores de edad, pues el usufructo de sus bienes no pasaría nunca a manos de quien los reconociera o adoptara, que únicamente tendría su administración si los asegurase con hipoteca[103]. El usufructo ejercido por el padre contenía

100 *Proyecto de Código civil de 1851*, [152]: "Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, estando en poder y compañía del padre, pertenecen al hijo en propiedad, y al padre en usufructo"; [153]: "Los bienes que adquiere el hijo por cualquier título lucrativo, pertenecen a éste; pero el padre tiene su usufructo mientras el hijo está en su poder". F. García Goyena, *Concordancias*, p. 94, aclara que en la redacción inicial de este artículo se hablaba, como en otros Códigos, de "herencia, donación o legado", pero se acordó suprimir estas palabras, porque el título lucrativo lo abarca todo.

101 *Proyecto de Código civil de 1851*, [154]: "Pertenecen al hijo en propiedad y usufructo: 1.º Los bienes donados o mandados al hijo para el seguimiento de una carrera, o el ejercicio de alguna profesión o arte liberal, o con la condición de que el padre, o la madre en su caso, no ganen el usufructo; pero esta condición no puede imponerse sobre la legítima. 2.º Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre (...)". El primer supuesto lo explica F. García Goyena, *Concordancias*, p. 94, alegando que la determinación del objeto al que ha de aplicarse lo que se da al hijo envuelve de necesidad de que el padre tenga el usufructo. El segundo tiene como propósito estimular el desarrollo independiente del trabajo y la industria.

102 *Proyecto de Código civil de 1851*, [154]: "(...) 3.º Los bienes que los hijos adquieren con ocasión de la milicia, o con el ejercicio de cargos o empleos civiles, de profesiones o artes liberales"; [156]: "El hijo tendrá también la administración de los bienes comprendidos en los números 2º y 3º del artículo anterior, para cuyo efecto se le considerará como emancipado". Para justificar esta diferencia, F. García Goyena, *Concordancias*, p. 95, indica que en estos dos supuestos la adquisición se liga a una utilidad pública, mientras que en el primero, el legado o la donación sólo son útiles al adquirente.

103 *Proyecto de Código civil de 1851*, [170]: "(1) Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre o madre que los reconoce o adopta; pero no tendrán éstos el usufructo de sus bienes. (2) Tampoco tendrán su administración, si previamente no aseguran sus resultas con hipoteca, a satisfacción

todas las obligaciones legalmente fijadas para la condición de usufructuario, excepto –a diferencia del proyecto de 1836– la de afianzar; mientras que cuando actuase solamente como administrador, además de la responsabilidad de la propiedad, le competía la de las rentas, así como el deber de realizar inventario, con tasación de los bienes muebles y certificación expresa del estado de los inmuebles; estando obligado, asimismo, en ambas situaciones a constituir hipoteca[104]. De tal modo, que si no observase estos requisitos, cualquiera de los parientes llamados a formar parte del consejo de familia podría reclamarle judicialmente su cumplimiento[105]. Además, tenía tajantemente prohibido enajenar los inmuebles sobre los que le correspondiesen el usufructo y la gestión, o solamente ésta, y tampoco podía gravarlos, a no ser en casos de imperiosa necesidad o de notoria utilidad, y con previa autorización del juez[106]. Ahora bien, el emancipado, aun siendo menor de edad, pasaba a disfrutar, sin restricciones, de la libre administración y disposición de sus bienes[107].

del Juez del domicilio del hijo reconocido, o de las personas que deben concurrrir a la adopción (…)".

104 *Proyecto de Código civil de 1851*, [156]: "(1) El padre tiene relativamente a los bienes del hijo en que la ley le concede el usufructo, las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar. (2) Respecto de aquellos en que no se le concede el usufructo, y si la administración, es responsable de la propiedad de las rentas, y deberá cumplir lo dispuesto en el número 1.º del artículo 449. (3) En los dos casos de este artículo tiene además el padre la obligación determinada en el artículo 1482"; [449]: "El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado: 1.º A formar, con citación del dueño, un inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y constar el estado en que se hallen los inmuebles (…)". Sostendrá F. García Goyena, *Concordancias*, p. 96, que la obligación de afianzar sería una injuria a la ternura del padre, pero hemos visto como sí era exigida en el proyecto de 1821.

105 *Proyecto de Código civil de 1851*, [157]: "No cumpliendo el padre con lo prescrito en el artículo anterior, cualquiera de los parientes llamados por la ley a falta de padre o madre a componer el consejo de familia, podrá compelerle judicialmente a cumplir esta obligación".

106 *Proyecto de Código civil de 1851*, [158]: " El padre no puede enajenar los bienes inmuebles del hijo en que le corresponde el usufructo y la administración, o ésta sola, ni gravarlos de ningún modo, sino por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la correspondiente autorización del Juez del domicilio". Por tanto, se infiere que sí puede disponer de los bienes muebles. F. García Goyena, *Concordancias*, p. 97.

107 *Proyecto de Código civil de 1851*, [275]: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes; pero está sujeto, en cuanto a su persona, a las restricciones de los artículo 51 y 52". Es decir, sólo queda supeditado a las limitaciones que respecto a la necesidad de consentimiento para casarse imponen éstos artículos. Además, conforme al artículo [277], las hijas de familia menores de veinticinco años no pueden abandonar la casa familiar sin licencia del padre o la madre, salvo para casarse o cuando este contrajese

De la tónica marcada por el proyecto de 1851 apenas se separará el Proyecto de libro primero del Código civil de Romero Ortiz, de 1869, cuya más destacada novedad descansaba en su retraso de la mayoría de edad hasta los veintiún años[108], al tiempo que, en contraste, se disminuía la necesaria para contraer matrimonio a los catorce años para el hombre y los doce para la mujer[109]. Pero, por lo demás, excepto en algún matiz de escasa entidad, se transcribía literalmente la regulación desarrollada en su precedente, tanto en lo relativo a las formas de emancipación[110], y a las causas de extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad[111], como en lo tocante a los efectos de ésta sobre los bienes de los hijos[112].

En realidad, salvo en el hecho, de indudable trascendencia, de que por primera vez se revestía a estos principios de fuerza legal, tampoco la Ley de Matrimonio civil de 1870, que se alimentaba de estos antecedentes, demostrará albergar un propósito muy innovador. Hay que subrayar, naturalmente, que es ahora cuando la asunción subsidiaria de la patria

segundas nupcias. F. García Goyena, *Concordancias*, pp. 153-154, subraya que el proyecto es mucho más generoso otorgándole derechos al emancipado que el Código francés. No con apoyo en el Código, sino todavía en las Partidas, se pronunciaba a favor de la capacidad de enajenar del menor casado T. Gómez Rodríguez, «De la enajenación hecha por los menores», en *RGLJ,* 14 (1859), 429-433.

108 *Proyecto de libro primero del Código civil de 1869*, [176]: "Las personas de ambos sexos que no han cumplido veintiún años, son menores de edad"; [208]: "La mayor edad empieza a los veintiún años cumplidos".

109 *Proyecto de libro primero del Código civil de 1869*, [52]: "No pueden contraer matrimonio: (…) 3.º Los varones menores de catorce años y las hombres menores de doce (…)".

110 *Proyecto de libro primero del Código civil de 1869*. Los artículos [204] a [209] repiten los artículos [272] a [277] del proyecto de 1851, con la única variación de la mencionada fijación en veintiún años de la mayoría de edad. Además, el artículo [206] modifica el [274] al señalar: "(1) La emancipación se otorgará por la sola declaración del padre o de la madre, recibida por el Juez de paz del domicilio con asistencia del Secretario. (2) La emancipación deberá hacerse constar al margen de la partida de nacimiento del emancipado para que pueda producir sus efectos legales".

111 *Proyecto de libro primero del Código civil de 1869*. Los artículos [199] a [202] y [203] reproducen sin cambios los artículos [160] a [163] y [170] del proyecto de 1851.

112 *Proyecto de libro primero del Código civil de 1869*. Los artículos [190] a [198] se corresponden exactamente con los artículos [150] a [159] del proyecto de 1851, con las únicas excepciones de que el [192] funde el contenido del [152] y el [153] de 1851, y de que en el [196] se especifican quiénes son los facultados para reclamar judicialmente: "No cumpliendo el padre con lo prescrito en el artículo anterior, podrán compelerle judicialmente a cumplir esta obligación: 1.º Las personas de quienes procedan los bienes en que consista el peculio. 2.º Los herederos o albaceas de dichas personas. 3.º Los ascendientes del menor. 4.º La madre si estuviese legalmente separada de su marido".

potestad por parte de la madre, repetidamente anunciada en proyectos anteriores, cobrará, por fin, eficacia[113]. Al igual que el carácter emancipador, que no extintivo, de la mayoría de edad, cuyo umbral de ingreso no llegaba, sin embargo, a concretarse[114]. Pero faltará la referencia a otros mecanismos de ruptura de este lazo de sujeción, y en particular al matrimonio, que se permitía contraer al que hubiera llegado a la pubertad, entendiéndose que el varón lo haría a los catorce años y la mujer a los doce, con posibilidad de revalidación ulterior, incluso, del celebrado por el impúber[115]. No obstante, la subordinación al consentimiento del padre, de la madre o, a falta de ambos, de la autoridad judicial que pesaba sobre el marido menor de dieciocho años para poder administrar su patrimonio[116] parece empujar a la conclusión de que, a diferencia de lo dispuesto en los proyectos de 1851 y 1869[117], y derogando las leyes 47 y 48 de Toro, el casa-

113 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [64]: "(1) El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados". Según A. Otero, *La patria potestad,* p. 239, la asunción exclusiva por la madre de esta potestad, aún en defecto del padre, carecería de raíces históricas, por lo que habría que buscar su fundamento en la influencia francesa.

114 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [64]: "(2) Se reputará emancipado de derecho el hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayor edad".

115 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [4]: "Son aptas para contraer matrimonio todas las personas que reunan las circunstancias siguientes: Primero. Ser púberes, entendiéndose que el varón lo es a los catorce años cumplidos y la mujer a los doce. Se tendrá, no obstante, por revalidado *ipso facto* y sin necesidad de declaración de expresa el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubieren vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiere concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación (…)". Sobre las razones conducentes a la adopción de este criterio se ofrecía una detenida explicación en el Preámbulo (R. Roldán Verdejo, *La Ley de Matrimonio civil)*, pp. 331-334. Aunque con referencia a las Partidas, J. Escriche, *Diccionario razonado*, II, voz «Edad para casarse», pp. 751-752, manifestará su rechazo a este umbral mínimo en los catorce y los doce años, por entender que producirá uniones precoces tan funestas a los individuos como al Estado, amén de ser contrarias a la propia naturaleza.

116 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [46]: "El marido menor de diez y ochos no podrá, sin embargo, ejercer los derechos expresados en el párrafo anterior, ni tampoco administrará sus propios bienes sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, del de su madre y a falta de ambos, sin la competente autorización judicial, que se le concederá en forma y en los casos prescritos en la Ley de Enjuiciamiento civil".

117 Este artículo presenta similitudes con el [60] del Proyecto de 1851 y el [80] del Proyecto de libro primero del Código civil de 1869, que, sin embargo, sólo establecían esta limitación para los actos dispositivos requeridos de escritura pública, es decir la enajenación de bienes inmuebles, y para demandar y defenderse en juicio. Sin olvidar que ambos proyectos sí reconocían expresamente el valor emancipador del matrimonio.

miento no le liberaba directamente de su sometimiento a ciertos efectos de una patria potestad cuyo contenido seguía respondiendo a los patrones habituales: derecho de quien la ejerciese a que el hijo viviera en su compañía, a representarlo en juicio, y a corregirlo o castigarlo moderadamente[118], deber filial de obediencia y respeto[119], y ciertas atribuciones sobre sus bienes, que diferían en su alcance, en función de la forma de adquisición de los mismos. Así, sin hablar de peculios, la Ley dejaba traslucir su presencia latente, en una línea plenamente coincidente con la que hemos venido describiendo en varios intentos codificadores previos. Por un lado, el titular de la potestad hacía suyos los bienes profecticios ganados por el menor mediante cualquier actividad en la que hubiese empleado elementos patrimoniales que antes le hubiera proporcionado él mismo[120]. Pero sobre los adventicios que el hijo hubiese obtenido a título lucrativo o en virtud de su trabajo o industria solamente recibía su administración y su usufructo[121]. Facultades, las dos, que, por el contrario, conservaba el hijo, junto a su propiedad, cuando los consiguiese por tales conductos después de haber abandonado el domicilio familiar[122]. Mientras que, finalmente, bajo la administración paterna o materna caerían los que le hubiesen sido donados o mandados al hijo para sufragar el coste de su educación o su instrucción, o a condición de no ceder su usufructo, siempre que ello no provocase una merma de su legítima[123]. Precisándose, además, también

118 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [65]: "En consecuencia de tal potestad, el padre, y en su defecto la madre, tendrán derecho: Primero. A que sus hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía, y a representarlos en juicio en todos los actos jurídicos que les sean provechosos. Segundo. A corregirlos y castigarlos moderadamente (…)".

119 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [70]: "Los hijos no emancipados tienen la obligación de obedecer a sus padres, y aunque estén emancipados, la de tributarles respeto y reverencia".

120 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [65]: "(…) Tercero. A hacer suyos los bienes que adquirieren con el caudal que hubieren aquellos puesto a su disposición para cualquier industria, comercio o lucro (…)".

121 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [65]: "(…) Cuarto. A administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieren adquirido por cualquier título lucrativo, o por su trabajo o industria".

122 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [66]: "El padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni administración de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria, si no viviere en su compañía"; [67]: "El hijo se reputará como emancipado para la administración y usufructo de los bienes comprendidos en el artículo anterior".

123 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [68]: "Tampoco adquirirá el padre, o en su defecto la madre, la propiedad ni el usufructo de los bienes donados o mandados al hijo

de conformidad con las reglas tradicionales, que el usufructo retenido por el padre o la madre implicaba todas las obligaciones que éste llevaba normalmente adheridas, salvo la de prestar fianza, a no ser que su beneficiario incurriera en segundas nupcias; en tanto que la administración debía ser garantizada mediante la elaboración de un inventario, para el que asimismo se requería la intervención del Ministerio fiscal[124]. No aparecía mención alguna, finalmente, a los bienes que podrían encajar dentro de las antiguas categorías de los peculios castrense y cuasicastrense.

El importante debate existente en los años siguientes en relación con la fijación de la mayoría de edad, que el Proyecto de Código civil de 1851 había colocado en los veinte años, es fácil de calibrar a través de la modificación operada en el Proyecto de Ley de Bases de 1881, presentado por el entonces Ministro, M. Alonso Martínez, ya que si en un principio se situaba en los veintidós años, la discusión posterior desarrollada en el seno de la Sección civil de la Comisión General de Codificación condujo a su elevación a los veintitrés años[125]. No obstante, poco tardaría en confirmarse la ausencia de una postura uniforme respecto a su fijación, pues en el Proyecto de Ley de Bases de 1885 volvería a subirse este límite a los veinticinco años, al tiempo que también se preveían como vías de emancipación del mayor de dieciocho años la autorización *inter vivos* y el matrimonio[126]. Aunque, de nuevo, la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que en

para los gastos de su educación e instrucción, o con la condición expresa de que aquellos no hubieren de usufructuarlos, si en este caso los bienes donados no constituyeren la legítima del hijo".

124 *Ley de Matrimonio civil de 1870*, [69]: "(1) El padre, y en su defecto la madre, cuando gozaren del usufructo de los bienes de los hijos, tendrán las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar respecto de los mismos bienes mientras no contrajeren segundas nupcias. (2) También estarán obligados a formar inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos respecto a los cuales tuvieren solamente la administración".

125 El texto definitivo quedo así: *Proyecto de Ley de Bases del Código civil de 1881*, [Base 8.ª]: "Se rebajará a veintidós años el tiempo de la mayor edad, proveyendo al amparo y protección de la persona de los huérfanos menores y a la defensa y manejo de sus bienes por medio de guardaduría y con intervención del Consejo de familia (…)". En la discusión de la base, el propio Alonso Martínez alegó que, aunque la tendencia general en los códigos modernos era la de acortar bastante el período de menor edad, veintiún años le parecía demasiado poco, por lo que se optó por los veintitrés, considerando, además, que ello entraba en armonía con lo establecido en la Ley de Matrimonio civil respecto al suplemento del consentimiento paterno para celebrar matrimonio. J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, I, p. 388.

126 *Proyecto de Ley de Bases de 1885*, [Base 7ª]: "Se fijará la mayor edad en los

lo demás confirmaba lo propuesto en 1885, alterará el umbral de acceso a la mayoría, para establecerlo definitivamente en los veintitrés años[127]

La volubilidad de estos criterios no iba a encontrar reflejo, sin embargo, en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, que adoptaba como modelo, aunque no sin introducir algunas modificaciones reseñables, el proyecto de 1851. Por ejemplo, la mayoría de edad, que confería capacidad para afrontar todos los actos de la vida civil, con las excepciones señaladas en el propio texto, pasaba de los veinte a los veintiún años[128], si bien, como ya había establecido el proyecto de 1851, las hijas menores de veinticinco años no podrían abandonar el domicilio familiar con un fin distinto al de casarse si no contasen con la licencia del padre o de la madre con quien vivieran, a no ser que éste se involucrase en un nuevo casamiento.[129]. Como formas de emancipación seguían siendo admitidas el matrimonio, que podrían contraer el varón mayor de catorce años y la hembra que ya hubiera cumplido los doce[130], con la limitación para el menor de dieciocho años de

25 años para los efectos de la legislación civil, autorizándose la emancipación voluntaria por acto entre vivos y por matrimonio hasta el límite de los dieciocho años de edad en el menor". Frente a esta medida se pronunció el senador Seoane, alegando que lo normal en los países del entorno era fijarla en los veintiún años, y que el gran perjuicio que de ella derivaba recaería en los menores sujetos a tutela, a los que se privaba de la administración, goce y disposición de sus propios bienes, aumentando los gastos de su gestión. J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, I, p. 453.

127 *Ley de Bases de 11 de mayo de 1888*, [Base 8ª]: "Se fijará la mayor edad en los veintitrés años para los efectos de la legislación civil, estableciendo la emancipación por matrimonio y la voluntaria por actos entre vivos a contar desde los dieciocho años de edad en el menor".

128 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [286]: "(1) La mayor edad principia a los veintiún años cumplidos. (2) El mayor de edad es capaz de todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código".

129 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [287]: "A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan como no sea para casarse, o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas". Coincide con el párrafo segundo del artículo [277] del proyecto de 1851.

130 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [63]: "No pueden contraer matrimonio: 1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce también cumplidos. Se tendrá, no obstante, por revalidado, *ipso facto* y sin declaración de expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubieren vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiere concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación". La última parte del artículo coincide literalmente con el artículo [4], párrafo 3º de la Ley de Matrimonio civil de 1870.

que no podría administrar sus bienes sin el consentimiento de sus progenitores o el de su tutor[131], y también la concesión paterna o materna hecha a favor del menor de dieciocho años con su consentimiento, constituyendo novedades que, a falta de los padres, podía decidirla el consejo de familia, que además de mediante escritura pública, cobraba validez por la simple comparecencia ante el juez municipal, que en su virtud se equiparaba al menor con el mayor de edad, y que la emancipación se declaraba irrevocable[132]. Cosa distinta es que, al margen de mediante estos mecanismos, la patria potestad asimismo se extinguiera, al igual que en el proyecto de 1851, por la muerte de los padres o del hijo y por la adopción, no dándose ahora tal efecto liberatorio a la mayoría de edad, pero sí a las segundas nupcias de la madre, a menos que el padre hubiese dispuesto lo contrario en su testamento[133]. Las causas de pérdida[134], suspensión[135] y privación ju-

131 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [280]: "Puede emanciparse el menor: 1.º Por el matrimonio (…)"; [281]: "El matrimonio produce de derecho la emancipación con las limitaciones contenidas en el artículo 46 y en el párrafo tercero del artículo 36"; [46]: "(2) Si fuere menor de diez y ocho años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y, a falta de ambos, sin el de su tutor"; [36]: "3.ª Si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad. Entre tanto sólo tendra derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes".

132 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [280]: "Puede emanciparse el menor: (…) 2.º Por concesión del padre o madre que ejerza la patria potestad, y, a falta de éstos, por la del consejo de familia"; [282]: "Para que tenga lugar la emancipación a que se refiere el párrafo segundo del artículo primero de este capítulo es necesario: 1.º Que el menor tenga diez y ocho años. 2.º Que éste consienta en ella"; [283]: "La emancipacipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez municipal. En uno y otro caso mandará éste que se inscriba en el Registro de tutelas"; [284]: "La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor"; [285]: "Concedida la emancipación, no puede ser revocada".

133 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [134]: "La patria potestad se acaba: 1.º Por la muerte de los padres o del hijo. 2.º Por la emancipación. 3.º Por la adopción. 4.º Por pasar la madre a segundas nupcias no habiendo establecido nada en contrario el testamento del padre difunto". Modifica el [160] del proyecto de 1851.

134 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [135]: "El padre y en su caso la madre perderán la potestad sobre sus hijos: 1º Cuando por sentencia firme en causa criminal se les imponga como pena la privación de dicha potestad. 2.º Cuando por sentencia en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la ejecutoria". Modifica el artículo [161] del proyecto de 1851.

135 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [136]: "La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia del padre, o en su caso de la madre, declaradas judicialmente". Modifica el [163] del proyecto de 1851, suprimiendo el tercer supuesto, relativo a la condena a una pena que comporte esta suspensión.

dicial[136] de este poder sobre los hijos coincidían también con las tasadas en el proyecto de 1851, cambiando, únicamente, que la demencia ya no era incluida como motivo de exclusión de la aplicación de la medida accesoria de la retirada del usufructo de los bienes filiales, si bien ésta ya no operaba en toda circunstancia, sino únicamente cuando los tribunales lo decidieran[137]. La bínuba que volviese a enviudar recuperaría, no obstante, su potestad sobre sus hijos todavía no emancipados[138]. Conveniendo indicar, por último, que la edad hábil para testar se situaba, para ambos sexos, en los dieciséis años[139].

La regulación de las repercusiones vinculadas a la permanencia bajo la patria potestad sobre la capacidad patrimonial de los hijos tampoco se alejaba, en lo sustancial, de las desarrolladas en el Proyecto de 1851 y en la Ley de Matrimonio civil de 1870. Es digno de reseña, sin embargo, que, consecuentemente con la asignación subsidiaria de este poder a la madre –también prevista, como se ha señalado, en el texto de 1851–, el carácter de administrador legal de los bienes del hijo[140] y la determinación de las demás atribuciones asociadas a esta condición se hacían aludiendo sistemáticamente a ambos progenitores. Igualmente, resulta significativo que desaparecía toda referencia a los bienes profecticios y que se confirmaba la omisión de regla específica alguna relativa a los bienes identificables como castrenses y cuasicastrenses. Y en lo concerniente a los adventicios, se mantenía la distinción entre los adquiridos por el hijo con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, mientras se hallase en potestad y compañía del padre o la madre, de los que conservaba la propiedad,

136 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [137]: "Los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad, o supender el ejercicio de esta, si tratasen a sus hijos con dureza excesiva, o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores (…)". Modifica el [162] del proyecto de 1851.

137 Anteproyecto *de Código civil de 1882-1888*, [137]: "(…) En estos casos podrán asimismo privar a los padres total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo o adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses de éste". Modifica el párrafo segundo del artículo [163] del proyecto de 1851.

138 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [138]: "Cuando la madre viuda pase a segundas nupcias, si vuelve a enviudar, recobrará desde ese momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados", Coincide, con otra redacción, con el artículo [169] del proyecto de 1851.

139 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [737]: "Están incapacitados para testar: 1,º Los menores de dieciséis años de uno y otro sexo (…)".

140 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [127]: "El padre o en su defecto la madre son los administradores legales de los bienes de los hijos que estén bajo su potestad". Modifica en ese aspecto el artículo [150] del proyecto de 1851.

pero cedía el usufructo, frente a la asunción también del usufructo y la administración de tales bienes cuando viviera ya de un modo independiente, con consentimiento de los padres, siendo reputado entonces, a estos efectos, como emancipado[141]. Dominio y disfrute que asimismo le correspondían respecto a los bienes o rentas que le hubiesen sido donados o legados para sufragar los gastos de su educación o instrucción, si bien únicamente tendría su administración si el donante o el testador hubiesen manifestado su voluntad expresa en este sentido[142]. Las obligaciones de los padres como usufructuarios o administradores serían las generales propias de tales cualidades, sin exclusión aquí de la fianza, y además las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria, debiendo, en el caso de los bienes sobre los que solamente recibiesen la administración, elaborar un inventario con participación del Ministerio Fiscal, a cuya propuesta podría el juez decretar el depósito de los valores mobiliarios[143]. Y por otra parte, cuando desempeñasen dichas funciones no podrían enajenar o gravar los bienes inmuebles, salvo por una causa justificada de necesidad o utilidad, y previa autorización del juez del lugar, con audiencia del Mi-

141 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [128]: "Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en potestad y compañía; pero si el hijo con consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración". Este artículo funde y modifica los artículos [152], [153] y el párrafo 2º del [154] del proyecto de 1851. Asimismo coincide con los artículos [65], párrafo cuarto, [66] y [67] de la Ley de Matrimonio civil de 1870.

142 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [129]: "Los bienes o rentas donados o legados al hijo no emancipado para los gastos de su educación o instrucción, le corresponderán en propiedad y en usufructo; pero tendrán su administración el padre o la madre si en la donación o en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes". Este artículo modifica el artículo [154], párrafo 1.º del proyecto de 1851, y presenta coincidencias con el [68] de la Ley de Matrimonio civil de 1870.

143 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [130]: "(1) Los padres tienen relativamente a los bienes del hijo en que les correponde el usufructo o la administración, las obligaciones de todo usufructuario o administrador y las especiales establecidas en la sección 3.ª del título 5º de la Ley Hipotecaria. (2) Se formará inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y a propuesta del mismo Ministerio podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo". Modifica el artículo [156] del proyecto de 1851 y el [69] de la Ley de Matrimonio civil de 1870.

nisterio fiscal[144]. No obstante, en la eventualidad de que los intereses del padre fuesen opuestos a los de los hijos, para amparar los de éstos el juez debería nombrar como defensor al pariente a quien, en su caso, se hubiera designado para ejercer su tutela legítima, con el fin de que les representase judicial y extrajudicialmente en el asunto afectado[145]. Finalmente, los padres no podrían obtener nunca el usufructo de los bienes de los hijos naturales reconocidos o adoptivos, ni tampoco su administración, a no ser que los asegurasen con fianza hipotecaria[146].

De entre todos los ensayos codificadores que hemos ido desbrozando, en esta materia el Código civil optará por adherirse a las pautas marcadas por sus más cercanos precedentes. Así, en lo tocante a la mayoría de edad adoptará el criterio anticipado por la Ley de Bases de 1888, al fijar su inicio, sin distinción de géneros, a los veintitrés años, sumándose también a lo establecido en el Anteproyecto de 1882-1888 en cuanto a la capacitación de quien la alcanzase para acometer todo tipo de actos civiles, con las excepciones señaladas en el propio Código[147], y con la li-

144 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [131]: "El padre o la madre en su caso no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el ususfructo o la administración, ni gravarlos sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal; salvas las disposiciones que en cuanto a los efectos de la transmisión establece la Ley Hipotecaria". Este artículo modifica el [158] del proyecto de 1851.

145 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [132]: "(1) Siempre que en algún asunto el padre tenga algún interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él en ese asunto determinado; el nombramiento se hará por el Juez y recaerá en el pariente a quien correspondería en su caso la tutela legítima (…)". Modifica el artículo [159] del proyecto de 1851.

146 *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, [133]: "Los padres que reconocieren o adoptaren no tienen en ningún caso el ususfructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos; y tampoco tendrán la administración, si no aseguran sus resultas con fianza hipotecaria a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deban concurrir a la adopción". Concuerda con el artículo [170] del proyecto de 1851.

147 *Código civil, edición reformada de 1889,* [320]: "(1) La mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos. (2) El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código". Coincide, salvo en el límite de edad con el artículo [286] del Anteproyecto de 1882-1888 (nota 128). Estando conforme con la fijación de la mayoría de edad en los veintitrés años, M. Falcón, *Código civil español*, I, pp. 304-305, aporta como argumentos que era necesario rebajar la edad de veinticinco años porque la educación y el clima de libertad de costumbres hacen que la madurez llegue antes. No obstante, lamenta que existan notables discordancias con otras leyes que permiten el ejercicio de derechos políticos, el desempeño de cargos públicos o la inscripción en la matrícula mercantil con edades inferiores a ésta. Por lo que acaba

mitación aun operante sobre la hija menor de veinticinco años, de que se le impedirá su salida de la casa familiar sin permiso de los padres con un propósito distinto al de casarse, a no ser que el padre o la madre hubiesen celebrado ulteriores bodas[148]. Constituye, sin embargo, una destacada novedad que el huérfano que hubiese cumplido los dieciocho años, si consintiese en ello, podrá obtener el beneficio de la mayoría de edad por concesión del consejo de familia y con la aprobación, después de ser oído el fiscal, del Presidente de la Audiencia territorial del distrito[149]. En lo referido a las vías de emancipación, seguirá teniendo esta consideración el matrimonio, que podrán contraer a los catorce años, el varón, y a los doce, la mujer, aunque cabe la revalidación *ipso facto* del realizado por impúberes, si una vez llegados a la pubertad no se reclamase contra su validez, o si la mujer quedase embarazada[150]. Siendo reiterada, asimismo, la exigencia que pesa sobre el marido menor de dieciocho años de pedir la autorización de los padres o, en su defecto, del tutor para poder administrar sus bienes y comparecer en juicio, a lo que ahora se añadirá su requerimiento para tomar dinero a préstamo, y gravar o enajenar los bienes raíces[151]. La emancipación puede conseguirse, también, por concesión

concluyendo que hubiera sido más conveniente fijarla en los veintiún años, siguiendo los ejemplos francés, italiano y portugués.

148 *Código civil, edición reformada de 1889,* [321]: "A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan como no sea para tomar estado, o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas" Repite casi literalmente el artículo [287] del Anteproyecto de 1882-1888 (nota 129).

149 *Código civil, edición reformada de 1889,* [322]; "El menor de edad huérfano de padre y madre, puede obtener el beneficio de la mayor edad por concesión del consejo de familia, aprobada por el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal"; [323]: "(1) Para la concesión y aprobación expresadas en el artículo anterior se necesita: 1.º Que el menor tenga diez y ocho años cumplidos. 2.º Que consienta en la habilitación. 3.º Que se considere conveniente al menor. (2) La habilitación deberá hacerse constar en el Registro de tutelas y anotarse en el civil"; [324]: "Es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad los dispuesto en el artículo 317".

150 *Código civil, edición reformada de 1889*, [83], que repite literalmente el citado artículo [63] del Anteproyecto de 1882-1888 (nota 130), y la segunda parte del artículo [4] de la Ley de Matrimonio civil de 1870. M. Falcón, *Código civil español*, I, p. 110, radicará la exclusión de los impúberos en su incapacidad para la procreación, por lo que es lógico que se ratifique su matrimonio si llega a la pubertad y no reclama y si la mujer quedase embarazada.

151 *Código civil, edición reformada de 1889*, [315]: "El matrimonio produce de derecho la emancipación con las limitaciones contenidas en el art. 59 y en el párrafo tercero

del titular de la patria potestad en favor, con su previa conformidad, del mayor de dieciocho años, que podrá ser materializada mediante su plasmación en escritura pública o bien en comparecencia ante el juez municipal, no produciendo, empero, efecto alguno contra terceros mientras no sea efectuada su anotación en el Registro civil, pero siendo desde este momento irrevocable[152]. No obstante, a pesar de que la condición de hijo emancipado le permitirá regir libremente su persona y sus bienes como si ya la tuviese, hasta que llegue efectivamente a la mayoría de edad, que por sí misma proporciona la emancipación[153], el así independizado continuará sometido a la obligación de disponer de la licencia del padre, la madre o el tutor para tomar dinero prestado y gravar o vender sus bienes inmuebles[154]. Otro aspecto en el que, igualmente, apenas se observan cambios en relación con el Anteproyecto de 1882-1888, es en la enume-

del 50" (conviene con los artículos [272] del proyecto de 1851 y el [280] del anteproyecto de 1882-1888; [59]: "(...) (2) Si fuere menor de diez y ocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y a falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas. (3) En ningún caso, mientras no llegue a la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior, tomar dinero a préstamo, gravar ni empeñar los bienes raíces". En la edición de 1888 no se incluía la referencia a la comparecencia en juicio. El apartado (2) coincide literalmente con el artículo [46], parráfo segundo del anteproyecto de 1882-1881 (nota 131), y modifica el [60] del proyecto de 1851, y el [46] de la Ley de Matrimonio civil de 1870, que en lugar de a la licencia del tutor acudía a la judicial.

152 *Código civil, edición reformada de 1889*, [314]: "La emancipación tiene lugar: (...) 3.º Por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad"; [316]: "La emancipación de que trata el párrafo tercero del art. 314 se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez municipal que habrá de anotarse en el Registro civil, no produciendo entre tanto efectos entre terceros"; [318]: "Para que tenga lugar la emancipación por concesión del padre o de la madre se requiere: que el menor tenga diez y ocho años cumplidos y que la consienta; [319]: "Concedida la emancipación, no puede ser revocada". Estos artículos amplian y modifican los artículos [273] y [274] del proyecto de 1851, y modifican los artículos [280], [282], [283] y [285] del anteproyecto de 1882-1888 (nots 131 y 132).

153 *Código civil, edición reformada de 1889*, [314]: "La emancipación tiene lugar: (...) 2.º Por la mayor edad".

154 *Código civil, edición reformada de 1889*, [317]: "La emancipación habilita al menor para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor; pero no podrá, hasta que llegue a la mayor edad, tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas". Esta última frase no aparecía en la edición de 1888. El artículo modifica el [275] del proyecto de 1851, y el [284] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 132).

ración de las causas que provocan la terminación[155], pérdida[156], suspensión[157] y privación judicial[158] de la patria potestad, ya que, al margen de algunos matices de redacción, la única adición reseñable residirá en la incorporación de la interdicción civil entre los motivos de suspensión. Y tampoco habrá innovación en su devolución a la madre que volviese a enviudar tras haberla perdido al involucrarse en un nuevo casamiento[159].

Idéntica conclusión se desprende, en fin, al analizar los márgenes de control, aprovechamiento y disposición sobre sus propios bienes reconocidos en el Código civil al hijo todavía dependiente de la autoridad paterna o materna, pues la única nota de originalidad que se detecta respecto al Anteproyecto de 1882-1888 descansa en la renovada atención prestada a los bienes profecticios adquiridos por el hijo, los cuales su inmediato precedente había ignorado, mereciendo, por añadidura, ser destacado que, sin perjuicio de la consabida adjudicación de su propiedad, usufructo y

155 *Código civil, edición reformada de 1889*. El artículo [167]: "La patria potestad se acaba: 1.º Por la muerte de los padres o del hijo. 2.º Por la emancipación. 3.º Por la adopción del hijo"; reproduce el [134] del anteptroyecto de 1882-1888 (nota 133), pero desgaja su cuarto supuesto, para, con similar contenido, darle nueva forma en un nuevo precepto, [168]: "La madre que pase a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, á no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio, y ordenado que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos".

156 *Código civil, edición reformada de 1889*, [169]: "El padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos: 1.º Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad. 2.º Cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma". Concuerda con el artículo [161] del proyecto de 1851, y repite casi literalmente el [135] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 134).

157 *Código civil, edición reformada de 1889*, [170]: "La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia del padre o, en su caso, de la madre, declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil". Modifica el artículo [163] del proyecto de 1851 y el [136] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 135).

158 *Código civil, edición reformada de 1889*, [171]. Modifica el artículo [162] del proyecto de 1851, y repite literalmente el [137] del anteproyecto de 1882-1888 (notas 136 y 137).

159 *Código civil, edición reformada de 1889*, [172]. Modifica la redacción del artículo [169] del proyecto de 1851, y reproduce el [138] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 138). M. Falcón, *Código civil español,* I, p. 196, no solamente considera injusto que se haga depender la privación de su patria potestad de que el marido le autorizase o no para volver a casarse, sino que considera el precepto inaplicable, por entrar en contradicción con el artículo [63], que establece que la mujer no necesitará licencia de su marido para ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiere tenido de otro y respecto a los bienes de los mismos.

administración a los padres, se abre la posibilidad de que éstos le cedan voluntariamente todas o parte de las ganancias que hubiese realizado, sin que computen en su porción de la herencia[160]. Pero en lo demás, se repiten las soluciones ya descritas acerca de la calidad de los padres como administradores legales de las pertenencias de los hijos[161], el reparto de los derechos de propiedad, administración y disfrute en función de las distintas clases de bienes adventicios[162], el alcance del ejercicio de cada una de estas facultades y los mecanismos de garantía de los que se rodean[163], las limita-

160 *Código civil, edición reformada de 1889*, [161]: "Pertenece a los padres en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiera con caudal de los mismos. Pero si los padres le cediesen expresamente el todo o parte de las ganancias que obtenga, no le serán estas imputables en la herencia". Modifica el artículo [151] del proyecto de 1851, y el [65], párrafo 3º de la Ley de Matrimonio civil de 1870.

161 *Código civil, edición reformada de 1889*, [159]. Modifica el artículo [150] del proyecto de 1851, y repite el [127] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 140). Medida a todas luces justa, en opinión de M. Falcón, *Código civil español*, I, p. 189, pues dada la inexperiencia y debilidad de juicio del menor, quién mejor y con mayor diligencia que los padres podría hacerse cargo de sus bienes. Aunque también le parece lógico que éstos tengan una participación directa en la fortuna de los hijos, pues en ninguna otra forma podrían pagar la deuda de gratitud inmensa que tienen con quienes les han dado existencia y educación.

162 *Código civil, edición reformada de 1889*, [160] y [162]. Modifican los artículos [152], [153] y [154] del proyecto de 1851, y los artículos [66], [67] y [68] de la Ley de Matrimonio civil. El artículo [160] coincide literalmente con el [128] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 141), mientras que el [162] varía mínimamente la redacción, sin alterar su contenido, del [129] de dicho texto (nota 142). Con lo que, en opinión de M. Falcón, *Código civil español,* I, p. 191, el Código español "tan radical reformador en otras gravísimas materias, no se ha atrevido en esta a separarse del estrecho carril tarazado por nuestras leyes de Partidas, y sanciona una vez más el complicado mecanismo de los peculios, con todo su antiguo y anacrónico lujo de distinciones y privilegios".

163 *Código civil, edición de 1888*, [163] modifica el artículo [156] del proyecto de 1851, y el [69] de la Ley de Matrimonio civil, y reproduce literalmente el [130] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 143). El artículo [165] no tiene equivalente en el proyecto de 1851, y coincide con el [132] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 145). Sin embargo, en el *Código civil , edición reformada de 1889* este artículo recibe una nueva redacción, [165]: "(1) Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. (2) El Juez, a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio fiscal o de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño". Es decir, se precisa quién tiene capacidad para solicitar al juez que designe a un defensor, y se prevé que a falta del pariente más cercano podrá ser nombrado un pariente o incluso un extraño.

ciones dispositivas que afectan a los bienes inmuebles[164], y por último, las reglas específicas que son de aplicación a los bienes de los hijos naturales reconocidos y de los adoptivos[165]. Lo que sí cambia, por el contrario, es la edad a la que se tiene capacidad para testar, que desciende a los catorce años[166].

164 *Código civil, edición reformada de 1889*, [164]. Modifica el artículo [158] del proyecto de 1851, y repite el [131] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 144).

165 *Código civil, edición reformada de 1889*, [166]. Modifica el artículo [170] del proyecto de 1851 y coincide con el artículo [133] del anteproyecto de 1882-1888 (nota 146).

166 *Código civil, edición reformada de 1889*, [663]: "Están incapacitados para testar: 1º Los menores de catorce años de uno y otro sexo (...)". Modifica el artículo [737] del anteproyecto de 1882-1888.

CAPÍTULO VII

INSTITUCIONALIZACIÓN LEGAL DEL MAYORAZGO

Aunque su ubicación sistemática más adecuada se sitúa en el terreno de los derechos de sucesiones y de propiedad[1], y, por tanto, sólo tangencialmente conectada al ámbito temático delimitado para este trabajo, la decisión de dedicar este capítulo a una institución tan fundamental como el mayorazgo castellano se ha basado en dos razones principales: de un lado, en la enorme trascendencia que la legislación de Toro cobrará en su desenvolvimiento posterior; y del otro, en su importante valor ilustrativo acerca de cómo, a diferencia de otros aspectos que hemos ido abordando, en aquellos sectores normativos que se evidencian absolutamente incompatibles con el esfuerzo de instalación del programa liberal que acompaña a la codificación, la vigencia de las leyes aprobadas en las Cortes de Toro de 1505 se verá, lógicamente, truncada desde la propia puesta en marcha de este proceso. No obstante, es conveniente advertir que, a la vista de la enorme complejidad de su naturaleza y de su evolución y de las intrincadas implicaciones políticas, sociales, económicas y jurídicas que su estudio –ya con indudable solvencia realizado, entre otros autores principalmente, por B. Clavero[2]– trae necesariamente adheridas, en el pre-

1 A. Iglesia Ferreirós, *Doctrinas e instituciones*, p. 269: "El mayorazgo es, pues, en primer lugar un sistema hereditario que debe ser estudiado por ello dentro del derecho de sucesiones, pero al mismo tiempo este sistema de sucesiones da lugar a un tipo especial de propiedad, por lo que debe estudiarse dentro del derecho de propiedad".

2 B. Clavero, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla. 1369-1836,* 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, Siglo XXI, 1989 (1ª ed. 1974). Sin perjuicio de las importantes

sente análisis, desestimando desubicadas pretensiones de exhaustividad, no se abordarán otras cuestiones, sin duda, esenciales para una completa comprensión de esta figura, para centrarnos únicamente en el examen de las directrices maestras trazadas en este campo por el ordenamiento legal toresano.

1. Orígenes, evolución y rasgos definidores del mayorazgo con anterioridad a las leyes de Toro

No es fácil, para comenzar, proponer una definición pacífica del mayorazgo castellano[3]. A tenor de la caracterización proporcionada por B. Clavero[4], constituye una forma histórica de propiedad privada vinculada, indisponible para su titular, salvo en sus rentas y en sus frutos, sujeta a un orden sucesorio prefijado y subordinado al principio de indivisibilidad, cuya solución más inmediata sería siempre la primogenitura, y conectada a la existencia de un derecho patrimonial de índole feudal, determinado por la confluencia de una dualidad de dominios, el señorial y el eminente, sobre la propiedad territorial. Rasgos que, sin embargo, no bastan para configurarlo si no se completan con la concurrencia de otros dos elementos esenciales. Uno, la suspensión de los derechos enfrentados a la vinculación en el momento de cada sustitución, en particular de las legítimas, colisionando aquí la doctrina de los mayorazguistas, para quienes en virtud de esta absorción, las pretensiones de alimentos y de dote deberían ser pagadas con las rentas del mayorazgo, y la de los dotistas, defensores de que su satisfacción se hiciese a cuenta de los bienes que lo integrasen[5]. El otro, la desaparición del dominio útil que pudiera corresponderle a los colonos de las tierras afectadas. Factor, este segundo, que otras veces Clavero concreta en la supresión de la enfiteusis y de los arrendamientos a largo plazo, suscitando, en este punto, las reticencias de A. Iglesia, que además

objeciones planteadas a la obra por su casi exclusivo apoyo en las fuentes legales y doctrinales por A. Iglesia Ferreirós, *Doctrinas e instituciones*, pp. 249-298.

3 J. Escriche, *Diccionario razonado*, IV, voz «Mayorazgo», p. 67, lo describe como: "El derecho de suceder en los bienes vinculados, esto es, en los bienes sujetos al perpétuo dominio en alguna familia con prohibición de enajenación", y recuerda la definición propuesta por Molina como el derecho que tiene el primogénito más próximo de suceder en los bienes dejados con la condición de que se conserven íntegros perpétuamente en su familia.

4 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 21-22 y 277-278.

5 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 230-232.

de recordar que esta exclusión nunca llegó a plasmarse en una prohibición legal, ni creerla suficientemente atestiguada, plantea el supuesto de que la concesión enfitéutica tuviese lugar después de la fundación, pero antes de producirse la primera transmisión[6], lo que, en la opinión de Gregorio López, era válido y no anulaba el mayorazgo[7]. Una crítica que Iglesia traslada, además, a otro de los principios calificados por Clavero, y por los doctores mayorazguistas, como fundamental: el de su inconfiscabilidad, que operaría incluso frente a supuestos de comisión de los crímenes de lesa majestad – que comprendería la traición y la oposición armada al rey–, de herejía y de homosexualidad, los cuales, no acarreando confiscación, a decir de los tratadistas, en los mayorazgos constituidos sin intervención de la corona, también en las licencias regias de fundación serían comúnmente desactivados de tales efectos expropiatorios, mediante la inserción de una cláusula expresa que los exceptuase[8]. Tesis a la que Iglesia opone, de nuevo, serios reparos, cimentados en la constancia de posturas discordantes entre algunos de los juristas más reputados en esta materia[9], y citando como ejemplo más representativo de su incumplimiento, el cariz tomado por los acontecimientos y las represalias a ellos subsiguientes en el conflicto de las Comunidades castellanas levantadas contra Carlos I[10].

6 A. Iglesia Ferreirós, *Doctrina e instituciones*, pp. 288-294.

7 G. López, glosa (d), «Mayoria» a Partidas, [II, XV, II].

8 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 177-179 y 268-269. Cláusulas en las que llega a expresarse que cometido el delito, «por muy nefando y enormísimo que sea», el mayorazgo debe pasar al siguiente llamado a suceder y no al fisco, como si el delincuente «hubiera muerto una hora antes de cometer el crimen». Diego Pérez de Salamanca, *Commentaria in quator priores libros ordinationum Regni Castellae,* Salamanca, Antoniae Ramirez, Viduae, 1609 (1 ed. 1574), [5, 2, 1].

9 No sólo Gregorio López, glosa (b), «Mandas que les fueren fechas», a Partidas, [VII, II, II] se plantea dudas sobre la resolución de este supuesto, sino que el propio Luis de Molina, en la obra que, en palabras de los propios tratadistas, representa la principal fuente jurídica acerca de la constitución del mayorazgo castellano *De hispanorum primogeniorum origine ac natura libri quatuor,* Lyon, Petri Landry, 1588 (1ª ed. 1573), libr. 4, 11, fols. 523-528, núms. 39-58, reconoce la existencia de tres limitaciones a la regla de inconfiscabilidad: 1. Cuando las cosas hubieran sido donadas por el príncipe a alguien y a sus descendientes en infinito *iure majoratus*. 2. Cuando el siguiente sucesor es hijo o nieto del último poseedor del mayorazgo que comete crimen de herejía o lesa majestad, si éste segundo fuese varón, o solamente si fuese hijo, si se tratase de una mujer. 3. Los mayorazgos de quienes conspiraron contra el rey Carlos I en la rebelión de las Comunidades. A. Iglesia Ferreirós, *Doctrinas e instituciones*, pp. 258-259 y 278-284.

10 Una real cédula de 17 de diciembre de 1520, por la que se ordenaba la confiscación de los bienes de los comuneros, admitía no obstante la sucesión en los mayorazgos a los llamados a la fundación que no hubieran incurrido en traición, lo que lleva a B. Clavero,

Claro que tampoco entre los juristas de la época faltaron enconadas discusiones respecto a algunos otros de los signos pretendidamente identificativos del mayorazgo[11]. Así, la teórica rígida regla de la indivisibilidad[12] despertará insuperables problemas de conciencia entre quienes pensaban que, emanando el principio de igualación de todos los hijos ante la sucesión del derecho natural, al menos debería respetarse la legítima, con independencia de que su cuota, en tanto que adscrita al derecho civil, pudiese modularse en función de la calidad de las personas y de la entidad de los bienes implicados[13]. De igual manera que prenderá una fuerte controversia acerca del atributo de la inalienabilidad, generadora de serias dificultades de compatibilidad con el concepto romano de dominio, lo que llevará a debatir la presentación del mayorazguista como un verdadero *dominus*, o bien como un simple usufructuario. Y también se polemizará respecto a la extensión misma de esa imposibilidad de enajenar, que se tenderá a estirar hasta el punto de englobar las prohibiciones de vender, permutar, donar, pignorar, hipotecar, arrendar a largo plazo, dar a censo o imponer servidumbres, amén de considerarse, incluso, accesorias a ella las notas de la imprescriptibilidad y la inconfiscabilidad[14]. Cuestiones, todas ellas que ponían en entredicho la propia justificación del mayorazgo,

Mayorazgo, p. 178, a concluir que en este caso "el estado feudal, tras haber aplicado la excepción de inconfiscabilidad de los mayorazgos, aceptaba la condición formulada por éstos para la inefectividad de la misma". Afirmación que A. Iglesia Ferreirós, *Doctrinas e instituciones*, pp. 283-284, estima, cuando menos, forzada si no se contrasta con las sentencias y decisiones regias que debieron declarar la confiscación de los mayorazgos.

11 Sobre esta cuestión, S. de Dios, «Representación doctrinal de la propiedad en los juristas de la Corona de Castilla (1480-1640)», en S. de Dios, J. Infante, R. Robledo; E. Torijano (coords.), *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX*», Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, 191-242, pp. 228-231.

12 Sólo en el caso de que naciesen dos varones o dos hembras en un parto, sin saberse quien nació primero, se debería dividir el mayorazgo entre los dos. Pero si naciesen de un parto varón y hembra se presume que aquél nació primero. *Diccionario razonado*, IV, voz «Mayorazgo», p. 71.

13 S. de Dios, *Representación doctrinal*, pp. 228-229 y notas 128-135, encuadra en el bando de quienes mayores objeciones presentan, por razones de conciencia, a la constitución de mayorazgos a: Palacios Rubios, Rodrigo Súarez, Gómez Arias, Diego de Simancas, Luis Velázquez de Avendaño y Vázquez de Menchaca. Y entre sus más firmes defensores incluye a Antonio Gómez, Pedro de Peralta, Gregorio López, Diego de Covarrubias, Antonio de Padilla, Sarmiento, Luis de Molina, Peláez de Mieres, Espino de Cáceres, Juan Matienzo, Alfonso de Azevedo y Juan Gutiérrez.

14 S. de Dios, *Representación doctrinal*, p. 229 y nota 136. Este principio vendría mucho más tarde alterado por el decreto de 30 de agosto de 1836 sobre desvinculación, que admitió su sujeción a prescripción, corroborada después por sendas sentencias del

obligando a desplegar una surtida batería de argumentos, que irán desde sostener su analogía con el modelo del reino, cuyos bienes participarían de estos mismos caracteres, hasta su calificación como dignidad, su sublimación como un derecho divino y natural, o la búsqueda de su fundamento en razones de utilidad pública, ligadas a la defensa de la riqueza fundiaria de familias y linajes[15]. No puede pasarse por alto, sin embargo, que son numerosos los testimonios documentales, corroborados, además por las noticias facilitadas por la doctrina, que acreditan como con harta frecuencia se recurría a la enajenación de las propiedades pertenecientes al mayorazgo o a su sometimiento a toda clase de gravámenes[16], por más que para ello se requiriese la petición de la licencia regia, una causa que aconsejase su otorgamiento, la carencia de bienes libres de vinculación y la subrogación de algún otro en su lugar[17].

Conocemos, gracias a la localización por B. Clavero de su documento constitutivo[18], el contenido del que ha venido siendo considerado el más antiguo ejemplo atestiguado de fundación de un mayorazgo: el establecido en 1291 por Sancho IV en favor de Juan Mathe Luna, en el cual aparecían ya prefigurados sus elementos esenciales: afectaba a todos sus lugares, posesiones y heredades raíces, en los que le sucederían sus descendientes directos por línea de primogenitura, revertiendo en defecto de éstos a la Corona –por haber sido en origen cedidos por Alfonso X y el propio Sancho IV–, y pesando sobre el beneficiario, sus herederos y los sucesivos titulares la prohibición de vender, empeñar, permutar, o enajenar cualquiera de sus componentes. Es más, en virtud de la fuerza atractiva de la vinculación, también los bienes de la mujer de Juan Mathe quedaban

Tribunal Supremo de 25 de junio de 1859 y de 21 de diciembre de 1869. Sobre este aspecto, J. Escriche, *Diccionario razonado*, IV, voz «Mayorazgo», pp. 71-72.

15 S. de Dios, *Representación doctrinal*, p. 230 y notas 137 a 141.

16 S. de Dios, *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 338-341, y «El absolutismo regio en Castilla durante el siglo XVI», en *Ius Fugit*, 5-6 (1997), 53-236, pp. 78-83.

17 Entre las razones de utilidad pública más frecuentemente alegadas se cuentan: la dote, las arras, el rescate de cautivos o el servicio del rey, aunque la mayoría de los autores consideran suficiente que la operación vaya en beneficio del propio mayorazgo. S. De Dios, *Representación doctrinal*, p. 231 y nota 143.

18 Del mayorazgo de Juan Mathe había informado D. Ortiz de Zúñiga en sus *Anales eclesiásticos y seculares de la ciudad de Sevilla desde el año 1246 hasta el de 1671*, Madrid, 1677, propagándose la idea de su carácter primigenio de la institución del mayorazgo a partir de que se hiciese eco del mismo J. Sempere y Guarinos, *Historia de los vínculos y mayorazgos*, Madrid, Imprenta de Sancha, 1805.

incorporados al mayorazgo[19]. Aunque cobra gran importancia el dato de que un año más tarde el mismo Sancho IV, escuchando la súplica de la pareja, apartó del mismo algunas propiedades con el fin de restituir la dote y los parafernales a la mujer y de garantizar a los segundones su legítima; e igualmente, que a la muerte de Juan Mathe se procedió a la partición hereditaria de su patrimonio, incluidos los bienes que tras la mencionada segregación habían permanecido en el mayorazgo. Desenlace que anima a Clavero a poner en cuestión su auténtica existencia, que habría resultado abortada ante «las alegaciones de los derechos enfrentados a la vinculación, los cuales serán en el futuro suspendidos por la imposición de la institución del mayorazgo castellano»[20].

No obstante, esta particular idoneidad de las concesiones regias, históricamente materializada en las llamadas *mercedes enriqueñas*, cristalizaría en el año 1374 en la que, sin apenas discusión[21], ha sido catalogada como la primera expresión normativa de la institución: la cláusula del testamento de Enrique II por la que se confirmaban todas las donaciones y mercedes por él hasta entonces realizadas, pero bajo la condición de que se mantuviesen en mayorazgo y de que pasasen luego al respectivo hijo mayor legítimo de sus receptores, previéndose, además, su devolución al realengo si sus titulares falleciesen careciendo de descendencia legítima. Unas restricciones que provocarían una enérgica protesta nobiliaria en las Cortes de Guadalajara de 1390, que aunque inicialmente atendida por Juan I, fue luego ignorada por una provisión de los Reyes Católicos de 1486, que ratificaría la vigencia de la cláusula, siendo prolongada después a través de sucesivas leyes de 1488, 1556[22]

19 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 23-24. R. Gibert, «Mayorazgo», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XVI, Barcelona, Seix, 1978, 124-130, p. 124.

20 B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 25. Sin negar que acabase frustrándose, A. Iglesia Ferreirós, *Doctrinas e instituciones*, p. 273, insiste, sin embargo, en que en el momento inicial sí constituyó un mayorazgo.

21 Aspecto que sí se ha subrayado es el de que lo que hace esta cláusula testamentaria es demostrar la preexistencia del mayorazgo. Así lo había señalado, por ejemplo, J. F. de Castro, *Discurso crítico sobre las leyes y sus interpretes*, Madrid, 1787, III, 1, 4, 3, del que se hace eco S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 40, p. 30, núm. 45. Y también, B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, II, p. 191, y R. Gibert, *La disolución de los mayorazgos*, Granada, Escuela Social, 1958, p. 9. No obstante, B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 33, circunscribe su valor originario al ámbito del mayorazgo asociado a las concesiones feudales.

22 *Nueva Recopilación,* [5, 7, 11]: "Por quanto el Rey Don Enrique el segundo, auiendo hecho muchas donaciones en perjuizio, y diminucion de la corona Real destos

y 1720[23]. Lo decisivo, según Clavero, es que, así como con anterioridad al reinado de Enrique II lo que descubrimos son sustituciones y vinculaciones ligadas a escrituras fundacionales o disposiciones testamentarias señoriales, ahora el mayorazgo se impone, en interés del otorgante, en concesiones feudales hechas por el monarca como garantía del cumplimiento de las obligaciones que recaen sobre el destinatario y sus sucesores, entre las que ocupa un lugar primordial la regla de reversión, que, sin embargo, ante las resistencias que despierta, tiende a ser eliminada; mientras que, simultáneamente, buscando favorecer ésta, el mayorazgo se consolidará como el régimen patrimonial y sucesorio de la propiedad territorial señorial. Un proceso que habría culminado en la segunda mitad del siglo XV, con la unificación de la cobertura jurídica de unos patrimonios integrados por bienes de heterogénea proceden-

Reynos, por descargo de su conciencia, y para algun reparo, y remedio de lo que ansi auia hecho en perjuyzio de la dicha corona, en su testamento puso una clausula que es del tenor siguiente [.] Por razon de los muchos, y grandes, y señalados seruicios que nos hizieron en los nuestros menesteres los Prelados, y Condes, y Duques, y ricos homes, y infançones, y los caualleros, y escuderos, y ciudadanos, assi de los naturales de nuestro Reynos, como de fuera de ellos, y algunas Ciudades, Villas, y Lugares de los nuestros Reynos, y otras personas singulares de qualquier estado, o condicion que sean; por lo qual Nos les vuimos de hazer algunas gracias, y mercedes, porque nos lo auian bien seruido, y son tales que lo merecerán, y seruiran de aquí adelante: Por ende mandamos a la Reyna, è Infante, mi hijo, que les guarden, y cumplan, y mantengan las dichas gracias, y mercedes que les Nos hizimos, y que las non quebranten, ni menguen por ninguna razon: y Nos se las confirmamos, y tenemos por bien que las ayan según que se las Nos dimos, y confirmamos, y tenemos por bien que las ayan según que se las Nos dimos, y confirmamos, y mandamos guardar en las Cortes que hizimos en Toro. Pero toda via que las ayan por mayorazgo, y finquen al hijo legitimo mayor de cada uno dellos: y si muriere sin hijo legitimo, que tornen sus bienes del que assi muriere a la Corona de los nuestros Reynos [.] La qual dicha clausula los señores Reyes Catolicos Don Fernando, y Doña Isabel mandaron guardar por ley general, y Nos la mandamos assi guardar, según, y como en la dicha clausula de suso inserta se contiene" *Novísima Recopilación*, [10, 17, 10]. En las circunstancias históricas que rodearon a la inclusión de dicha claúsula testamentaria por Enrique II y su posterior evolución se detuvo en su día A. Groizard, «De las mercedes enriqueñas», en *RGLJ*, 18 (1861) 5-11 y 257-263; 19 (1861) 38-53 y 273-285.

23 Ante las dudas que seguían suscitándose entre los autores, y las discrepancias de criterio a que la cuestión daba lugar en los fallos judiciales, Felipe V declaró que los mayorazgos de dichas donaciones regias debían entenderse limitados a los descendientes del primer donatario, pero no a todos, sino solamente al hijo mayor que hubiera del último poseedor. De manera que, no dejando éste descendencia legítima, y a pesar de que tuviera hermanos, sobrinos u otros parientes, se aplicaría el principio de retorno a la corona. R. Gibert, *Mayorazgo*, pp. 124-125. Acerca de la citada claúsula de Enrique II, B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 28-36.

cia, la reducción a la uniformidad de los regímenes diversos, allí donde coexistiesen, y la generalización de la exigencia de una licencia previa, que va principalmente dirigida a la adquisición, gracia real mediante, del privilegio de la cancelación de todo fuero o derecho obstaculizador de su creación, y en especial a la obtención de la exención precisa para la preterición de las legítimas[24]. Tal sería, pues, a juicio de este autor, la sustancia y la fisonomía del mayorazgo regulado por el legislador de Toro[25]. Pero sin ignorar éste que, paralelamente, había ido desarrollándose una modalidad de mayorazgo nacido sin fundación singular expresa, que, como veremos, será legalmente reconducido por el propio ordenamiento toresano, al institucionalizar su reconocimiento «por costumbre inmemorial»[26].

Antes de abordar el estudio de las leyes de Toro que entran a regular esta materia, conviene recordar, sin embargo, que algunos autores han defendido la presencia de algunos antecedentes que prefiguran el régimen del mayorazgo en las Partidas. Es el caso de la ley [5, 5, 44], donde se autoriza la vinculación por testamento de un castillo, torre, casa, viña o cualquier otra heredad, mediante la prohibición expresa de su venta o enajenación y su adjudicación perpetua al hijo o al heredero del testador[27]. Un

24 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 46-50.

25 Una perspectiva complementaria sobre las concepciones vigentes sobre el mayorazgo en las décadas previas a la elaboración de las leyes de Toro en A. Pérez Martín, «El tratado de mayorazgo de Diego Gómez de Zamora», en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, I, Madrid, Universidad Complutense, 1996, 255-320.

26 Una figura que, sin embargo, A. Iglesia Ferreirós, *Doctrinas e instituciones*, pp. 284-285, considera sobrevalorada frente a la importancia del papel jugado, en el sentido indicado, por la licencia regia, que se convertiría muchas veces en necesaria, aun *a posteriori*, como forma de escapar a los posibles ataques de los herederos legitimarios.

27 *Partidas,* [V, V, XLIV]: "De los que en su testamento defienden que su castillo o torre, o casa, o viña, o otra cosa de su heredad non lo pudiessen vender.- En su testamento defendiendo algund ome que su castillo, o torre o casa, o viña o otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender, nin enagenar, mostrando alguna razon guisada por que lo defendia, como si dixesse, quiero que tal cosa, nombrando la señaladamente non sea enagenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fiio, o a mi heredero, porque sea siempre mas honrrado, e mas tenido, o si dixesse que la no enagenasse fasta que fuesse de edad el heredero, o fasta que fuesse venido al lugar si fuesse ydo a otra parte: por qualquier destas razones, o por otra que fuesse guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si el dixesse simplemente, que la non vendiessen non mostrando razon guisada, porque o non señalando persona alguna, o cosa cierta, por que lo fazia si la vendiesse, valdria la vendida, maguer el lo ouiesse defendido". Entre quienes vieron en esta ley una estrecha similitud con la fundación del mayorazgo, sobre la que ya había llamado la atención J. Sempere y Guarinos, *Historia de los vínculos*, p. 272, podemos citar a F. Cárdenas, *Ensayo sobre la*

precepto que Clavero ve más próximo a las primeras fundaciones de protomayorazgos, ya que ni afecta a la globalidad del patrimonio ni participa de varias de las notas fundamentales de esta clase de propiedad[28]. Pero no será ésta la norma principalmente invocada por la doctrina, sino la ley [2, 15, 2], en la que se asienta la regla de sucesión en el reino por orden de primogenitura masculina, aunque en defecto de varones se acude a la línea femenina, con admisión del principio de representación y llamada, a falta de descendientes directos, al pariente más cercano[29]. De hecho, juristas como Gregorio López optarán por radicar en esta disposición, con preferencia a la propia ley 40 de Toro, su comentario sobre la institución[30].

historia de la propiedad territorial en España, Madrid, Noguera, 1873, II, p. 131. Niega que en ella se hable de mayorazgo B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, II, pp. 191-193.

28 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 74-75.

29 *Partidas*, [II; XV, II]: "Como el fijo mayor ha adelantamiento, e mayoria sobre los otros sus hermanos.- (...) los omes sabios, e entendidos, catando el pro comunal de todos, e cosnosciendo que esta particion, non se podria fazer en los reynos, que destruydos non fuessen, (...) touieron por derecho que el señorio del reyno, non lo ouiesse si non el fijo mayor, despues de la muerte de su padre. E esto vsaron siempre, en todas las tierras del mundo, doquier que el Señorio ouieron por linaje: e mayormente en España. E por escusar muchos males que acaescieron: e podrian aun ser fechos pusieron que el Señorio del reyno heredassen siempre aquellos, que viniessen por la liña derecha. E porende establescieron, que si fijo varon, y non ouiesse, la fija mayor heredasse el reyno. E aun mandaron, que si el fijo mayor muriesse, ante que heredasse, si dexasse fijo o fija, que ouiesse de su muger legitima, que aquel, o aquella lo ouiesse, e non otro ninguno. Pero si todos estos fallesciessen, deue heredar el reyno, el mas propinco pariente, que ouiesse seyendo ome para ello: non auiendo fecho cosa, por que lo deuiesse perder (...)". Es interesante señalar que esta ley se inicia con una larga exposición, en la que se apela a tres fundamentos justificativos del orden en ella establecido: el natural, la ley de Moisés y la costumbre, que se alega respecto a la partición hereditaria, advirtiéndose que, si bien en la antigüedad movidos por la piedad los padres quisieron que todos los hijos tuviesen su parte de la herencia, después los sabios, viendo el perjuicio que ello acarreaba para los reinos, decidieron que el señorío del reino lo tuviese el hijo mayor". A la extensión al ámbito de los mayorazgos de esta ley achacaba grandes males J. Sempere y Guarinos, *Historia del derecho español*, II, pp. 34-37, entendiendo que las altas consideraciones válidas para las coronas no eran de aplicación a las familias.

30 Gregorio López, glosa (d), «Mayoria» a Partidas, [II, XV, II]. Siglos después, también I. Jordán de Asso y M. de Manuel Rodríguez, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, p. 137, situaban en esta ley el origen y pauta de los mayorazgos. Al igual que S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 40, p. 31, nums. 51 y 52, y p. 35, núms. 67 y 68, que no solamente colocará en ella el momento de aparición del mayorazgo en España, sino que, además, afirmará que fue la primera que estableció el principio de representación en la sucesión al trono. En la misma línea, J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 40, p. 213. J. Escriche, *Diccionario razonado*, IV, voz «Mayorazgo», p. 71, sitúa en esta ley el origen de la presunción en favor de la regularidad, debiendo las irregularidades constar expresa y

2. Principios organizadores del orden sucesorio regular: primogenitura y representación

Sin perjuicio del destacado papel jugado por la ley 27 de Toro en el devenir posterior del mayorazgo castellano, en su esfuerzo por dotar de consistencia legal a una práctica que había ido fraguándose en los siglos precedentes y afianzando paulatinamente sus contornos, los artífices del ordenamiento toresano vendrán a subrayar su importancia, y su complejidad, dedicándole un buen número de preceptos, que aparecen agrupados en una serie correlativa, iniciada por la ley 40. Una disposición que, en consonancia con la identidad básicamente sucesoria atribuida a la institución por la doctrina[31], se destinará a organizar la sucesión del mayorazgo alrededor de los principios de primogenitura[32] y de representación. Diciendo, así, que si en vida del tenedor o de aquél a quien perteneciese el mayorazgo se produjera la muerte prematura de su hijo mayor, dejando el difunto algún hijo, nieto o descendiente legítimo, éstos por su orden prevalecerán en la sucesión frente al hijo segundo del causante, siendo la misma pauta de aplicación en la transmisión hacia los colaterales; pero todo ello siempre que el fundador del mayorazgo no hubiese previsto una solución diferente, pues entonces tendrá preferencia su voluntad[33]. Una

terminantemente. También B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, II, pp. 222 y 302 señala que al frente de las leyes sobre mayorazgos debe ir esta ley de Partidas, por ser la norma de todos los regulares.

31 Es conocida la definición del mayorazgo proporcionada por L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 1, 1, fol. 5, núm. 22: "Maioratum esse ius succedendi in bonis, ea lege relictis, ut in familia integra perpetuo conseruentur proximoque cuique promogenito ordine succesivo deferantur". En la versión castellana que hace S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 40, p. 23, núm. 4: "es el derecho de suceder en los bienes dejados con condición de que se conserven perpétuamente íntegros en la familia, y que se difieran por ordén sucesivo al primogénito próximo".

32 De conformidad con este principio, I. Jordan de Asso; M. de Manuel, *Instituciones del derecho civil,* p. 139, enumeran las siguientes reglas: 1.º Que todo mayorazgo sea indivisible, pasando de un primogénito a otro. 2.º Que esta indivisibilidad siga cierto orden de sucesión. 3.º Que los mayorazgos sean perpetuos en la familia del fundador, de lo que se sigue que en la sucesión se prefiere el primogénito, a no ser que sea espurio, si bien en caso de duda, como cuando no puede declararse cuál de los dos hijos nació primero, se admite la división. Esta preferencia falta, cuando el primogénito es legitimado y hay hijos legítimos y por incompatibilidad de nombre de familia, y armas, si está prohibido llevarlas mezcladas con otras.

33 *Leyes de Toro*, [40]: "En la succesion del mayorazgo, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, ó de aquél á quien pertenesce, si el tal hijo

reserva, pues, que, impugnando tácitamente su teórica esencialidad como rasgo constitutivo del mayorazgo, convertirá la primogenitura en una opción meramente dispositiva y supletoria[34].

Al margen, no obstante, de estas limitaciones, la regla ahora consagrada concordaba con la fijada para la sucesión al trono en la citada ley de Partidas (2, 15, 2), y pasaría a definir, en adelante, el que, a partir de la expresión acuñada por Molina, será denominado *orden regular*[35] de sucesión en el mayorazgo: la línea de descendencia directa del último titular debería seguirse hasta su extinción, dándose dentro de ella prioridad al grado más próximo frente al más lejano, a los varones entre los que compartiesen línea y grado, y a los de mayor edad entre los de igual sexo[36]. En contraste, acoger el principio de representación suponía percutir contra la fórmula tradicional de la sucesión feudal, que colocaba al tío en una posición preferente frente al sobrino, por lo que habrá autores, como Llamas y Molina, que calificarán su postergación por el nieto del difunto como una «prerrogativa de línea» que el derecho positivo creaba en el mayorazgo, vulnerando el orden natural[37]. No sorprende, en consecuencia, que ante

mayor dexare fijo, ó nieto, ó descendiente legitimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su orden prefieran al hijo segundo del dicho tenedor, ó de aquel á quien el dicho mayorazgo pertenescia. Lo qual no solamente mandamos que se guarde, y platique en la succesión del mayorazgo á los ascendientes, pero aun en la succesion de los mayorazgos á los transversales, de manera que siempre el hijo, y sus descendientes legitimos por su orden representen la persona de sus padres, aunque sus padres no ayan succedido en los dichos mayorazgos, salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó, y ordenó el mayorazgo, que en tal caso, mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó". *Nueva Recopilación*, [5, 7, 5]. *Novísima Recopilación*, [10, 17, 5].

34 No en vano, J. Matienzo, *Comentaria*, NR, [5, 7, 5], glosa I, fol. 164v, núm. 5, llega a establecer entre ambos términos una relación de sinonimia: "Apud nos autem hoc in regno ius istud primogeniturae maioriam, maioratum, et maioricatum apellamus". También A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l.40, fol. 145, núm. 1: "(…) quod majoratus et quaedam dignitas et praerogativa cum successione quam habet primogenitus in cognatione sua: et potest dici quod habuit ortum tam de iure divino, quam gentium positivo, de iure divino, quia primogenitus praeferebatur aliis fratribus in sacrificiis offerendis (…)".

35 L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 3, 6, fol. 386, núm. 6.

36 B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, II, pp. 207-209, realiza una amplia enumeración de condiciones necesarias para poder hablar de mayorazgo regular.

37 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 40, pp. 37-45, núms. 73-76. Tras larga argumentación, B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* II, pp. 255-261, también acaba inclinándose por la preferencia del derecho de representación, si bien aclara que esta representación no es la establecida para las herencias, sino que el representante es único y representa no sólo el grado, sino la mayoría o primogenitura, y a veces la masculinidad o sexo.

las dudas que ésta contradicción generaba se hiciese necesaria una aclaración, que fue materializada en una pragmática real de 5 de abril de 1615, que además de confirmar lo establecido en las leyes de Partidas y de Toro, se encargó de precisar que para hacer uso el fundador de la posibilidad de neutralizar la puesta en funcionamiento del mecanismo de representación, tal como admitía la norma toresana, debería hacer constar su decisión con absoluta nitidez y literalmente, sin que bastasen para aceptarla otras presunciones, argumentos o conjeturas, por muy evidentes que pudieran resultar[38]. Ahora bien, una vez cumplida esta condición, hay que

38 *Nueva Recopilación*, [5, 17, 14]: "Por la ley segunda del titulo quince de la partida segunda, siguiendo la costumbre antigua de la sucession destos Reynos, se declarò, y dispuso que el señorio del Reyno heredassen siempre aquellos que viniessen por la linea derecha: y con el fundamento desta regla se ordenò, que si el hijo mayor muriese antes que heredàse, si dexàse hijo, o hija, que huuiesse de su muger legitima, que aquel, o aquella lo huuiesse, è no otro ninguno. Y por la ley quarenta de las hechas en la Ciudad de Toro, que es oy la ley quinta deste titulo, se mandò, que en la sucession de los mayorazgos, assi à los ascendientes, como à los transuersales, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, si dexasse hijo, o nieto descendiente legitimo, estos tales se prefiriesen al hijo segundo, y representàsen las personas de sus padres. Y de auerse dicho en ella, que esto sea (saluo si otra cosa estuiere dispuesta por el que primeramente constituyò, y ordenò el mayorazgo) han salido diuersas dudas sobre colegir de la disposicion, y palabras del instituidor, quando es visto quitar la representacion, y auer dispuesto, ò tenido voluntad que no la aya, de que se han recrecido muchos pleitos, con gran daño, y costas de las partes. Y desseando el Reyno que se quite la ocasión de ellos, estando junto en Cortes, y ultimamente en las que por nuestro mandado se celebraron en la Villa de Madrid el año passado de sescientos y once, nos ha suplicado proueamos del remedio que conuenga: Lo qual visto por los del nuestro Consejo, y con Nos consultado, fue acordado (...), como declaramos y mandamos, que en la succesion de los mayorazgos, vinculos, patronazgos, y aniuersarios que de aquí adelante se hizieren, assi por ascendientes, como por transuersales, ò estraños, se guarde lo dispuesto en las dichas leyes de Partida y Toro, y se suceda por representacion de los descendientes a los ascendientes, en todos los casos, tiempos, lineas, y personas, en que los ascendientes ayan muerto antes de suceder en los tales mayorazgos, aunque la muerte aya sido antes de la institucion de ellos, fino es que el fundador huuiere dispuesto lo contrario. Y mando, que no se suceda por representacion, expressandolo clara, y literalmente, sin que para ellos basten presunciones, argumentos, ò congeturas, por precisas, claras y euidentes que sean. Lo qual se guarde sin distincion, ni diferencia alguna, no solamente en la succession de los mayorazgos a los transuersales, y no solo en los transuersales al vltimo posseedor, sin tambien en los que lo fueren del instituidor". *Novísima Recopilación*, [10, 17, 9]. Requisito que ya había apuntado L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 3, 8, fol. 400, núm. 2. Con base en esta disposición, P. Gómez de la Serna responderá afirmativamente a la cuestión: «¿El derecho de suceder por representación en los mayorazgos de que habla la ley 40 de Toro se entiende solo con relación al último possedor, ó es estensivo también á poseedores anteriores?, en *RGLJ*, 12 (1858), 482-483.

colegir que cada mayorazgo podía adoptar un esquema sucesorio propio y singular[39].

En este mismo sentido, interesa recalcar que, además, el mencionado orden regular dejaba la puerta abierta a la introducción de sustanciales alteraciones ligadas a ciertas cualidades personales. Así, la condición femenina despertaba no pocas reticencias a la hora de imprimir efectividad a la posición que la ley otorgaba a la mujer en la sucesión del mayorazgo, lo que se traducirá, por ejemplo, en actitudes contrarias a su integración en la dinámica de la representación, bajo el pretexto de la imposibilidad de que la hija pudiese adoptar el sexo del padre al que sustituyera[40]. Por eso, el deseo de poner término a los abundantes pleitos provocados por la constante preterición de las hembras de mejor línea y grado por varones de parentesco más remoto, en virtud del recurso a fórmulas de agnación, abocaría a la promulgación, igualmente el 5 de abril de 1615, de otra pragmática regia, en la que se rechazaba esta marginación, salvo en el caso de que al constituir la vinculación se predeterminara su exclusión, bajo la observancia de análogos requisitos de inequívoca explicitud a los exigidos para aceptar la omisión del principio de representación en la aludida disposición coetánea[41]. Una salida que fue generosamente utilizada, bien

39 B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 214.

40 Opinión sostenida por Diego del Castillo y por Molina a la que S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 40, pp. 58-60, núms. 140-149, se opone radicalmente.

41 *Nueva Recopilación*, [5, 7, 13]: "El Reyno estando junto en Cortes, y vltimamente en las que por nuestro mandado se celebraron en esta Villa de Madrid el año passado de mil y seiscientos y once, nos ha representado diuersas vezes los grandes pleitos que se han mouido, y siguen en nuestro Consejo, y Chancillerias, y otros Tribunales destos Reynos, sobre la sucession de los mayorazgos, en materias de agnacion, y representacion sobre la prelacion de los varones mas remotos à las hembras mas cercanas, fundandose los varones de varones, en la calidad de la agnacion, y pretendiendo que los fundadores la quisieron conseruar, induciendola por argumentos, y conjeturas, y los de hembra en el ser varones, y auer absoluto, y general llamamiento dellos, y por el contrario, las hembras fundan su intencion en las reglas ordinarias, que se guardan en la sucession destos mis Reynos, con las quales, dizen se quisieron conformar los fundadores. Y ansi los vnos como los otros induzen diuersas congeturas, sacadas de las palabras dudosas de las disposiciones de los dichos mayorazgos, con que los pleytos demas de ser muchos, han sido largos, dudosos, y costosos, causando diferentes sucessos: y nos pidio, y suplico, que para que de aquí adelante cesse, y se escuse la ocasión destos pleytos, proueyessemos de justo, y conueniente remedio. Lo qual visto por los del nuestro Consejo, y con Nos consultado, fue acordado, que deuiamos mandar y declarar, como declaramos, y mandamos, que las hembras de mejor linea y grado, no se entienda estar exclusas de la sucesion de los mayorazgos, vinculos, patronazgos, y aniversarios que de aquí adelante se fundaren, antes se admitan à ella, y se prefieran à los varones mas remotos, ansi à los varones de hembras, como a los varones

en su completa virtualidad o, a veces, solamente mientras existiesen descendientes masculinos, gozando de la aprobación de una doctrina, que, sin embargo, tendió a reconocer el derecho a percibir una dote de la mujer que se veía arbitrariamente desalojada de la ubicación prioritaria que le correspondía en el diagrama sucesorio regular[42]. Por lo demás, la ilegitimidad comportará también un motivo habitual de separación de la cadena sucesoria, con la excepción, normalmente, de los legitimados por subsiguiente matrimonio, si bien su concurrencia podía originar problemas en el supuesto de que confluyesen con otros hijos legítimos de menor edad o de sexo femenino, lo que algunos juristas tratarán de paliar situando en el momento del casamiento, y no en el del nacimiento, el hito de referencia para su incorporación a la sucesión del mayorazgo, aunque ello podría fabricar aún mayores complicaciones si llegasen a converger los legitimados de distintos matrimonios. Otra eventualidad merecedora de amplio debate entre los autores será la relativa al hipotético acceso a la titularidad del mayorazgo de un hijo adulterino del que se desconociese esta condición por haberla ocultado la madre, acabando por admitirse la suficiencia de la presunción de paternidad, ante la dificultad de hacer observar la pretendida obligación que pesaría sobre ésta de declarar su verdadera filiación[43]. Asimismo, es muy frecuente que se disponga el alejamiento de los clérigos, los religiosos y los miembros de órdenes militares comprometidos al celibato, debido no solamente a su estado, sino a su incapacidad para procrear descendencia legítima, a no ser que ésta hubiese sido alumbrada antes de profesar en religión[44]. Una inhabilitación a la que los

de varones, sino fuere en caso que el fundador las excluyere, y mandare que no sucedan, expressandolo clara, y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos, o congeturas, por precisas, claras y euidentes que sean". *Novísima Recopilación*, [10, 17, 8]. La preferencia de las hembras de mejor línea y grado frente a los varones de líneas o grados más remotos fue confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1857.

42 L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 12, fol. 299, núm. 51. B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 240-242, hace también referencia a como, tras consagrarse, mediante un auto acordado de 10 de mayo de 1713, el principio de agnación en el orden de sucesión de la corona, se recrudecieron las peticiones de separación de la mujer de la titularidad del mayorazgo, por entenderse que esta disposición afectaba también a dicha materia.

43 F. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium aliarunque usu frequentium libri tres*, Venecia, 1564, 1, 48. 34, llegará al extremo de liberar de responsabilidad a la mujer en la sucesión del hijo adulterino, arguyendo que al incurrir en su relación extramatrimonial ésta no perseguía falsear el orden sucesorio. Citado por B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 243.

44 No obstante, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 40, fol. 166-167, núm. 66, admite que

reunidos en las Cortes de Madrid de 1615 intentarían, sin éxito, dar un alcance legal general, que, sin embargo, parece ya fuertemente consolidado entre la doctrina y en la jurisprudencia[45]. Finalmente, también será muy usual que en el documento fundacional se resuelva suprimir, sobre todo en los mayorazgos que llevasen anexos dignidad y jurisdicción, las expectativas sucesorias de los locos, los sordomudos, los ciegos, o –menos común–, los pródigos. Aunque todavía caben otras causas de exclusión, o de pérdida del mayorazgo ya adquirido, derivadas, como sanción penal, del incumplimiento de alguna de las reglas definitorias de su régimen, o de la comisión de algún delito castigado con la confiscación de los bienes. Al igual que tampoco será extraño que, mediante una cláusula que será calificada como indispensable[46], se permitiese al poseedor apartar a su inmediato sucesor en razón de la ingratitud demostrada hacia él, entendiéndose que esta desafección cabría imputársela en los mismos casos en los que estaría legalmente autorizada su desheredación[47].

Fuera de la estructura sucesoria que hemos descrito quedan todos aquellos mayorazgos denominados *irregulares*, incluidos los constituidos al amparo de la ley 27, que pueden acogerse a una tan variada gama de soluciones, que se complica demasiado su reducción a una tipología suscep-

el religioso ya profeso pueda suceder en el mayorazgo consistente en la administración de bienes particulares, pero no en el que tuviese adherida jurisdicción. Y también prevé la posibilidad de que, en caso de urgencia, el Papa le conceda dispensa para abandonar su estado y contraer matrimonio para colocarse en posición sucesoria. La cuestión de si las monjas podrían suceder en los fideicomisos y mayorazgos cuando expresa o tácitamente no hubiesen sido excluidas por los fundadores, será aún abordada, para mostrar su opinión contraria, por P. Gómez de la Serna, «Consulta 1ª: ¿Puede suceder una monja en la mitad reservable de los bienes de un mayorazgo, siendo el más próximo pariente del último poseedor?», en *RGLJ*, 10 (1857), 65-70.

45 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 150 y 243-244.

46 L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 1, 9, fols. 56-57, núms. 1 y 2. Únicamente en el caso de que la ingratitud proviniese de un acto delictivo se admite alegarla cuando no se hubiera insertado dicha previsión, suscitándose aquí la cuestión de si se rompe el principio de inconfiscabilidad, tendiendo a entender los tratadistas que, como mucho, el fisco ejercerá un usufructo temporal del mayorazgo mientras permaneciese vivo el delincuente, habiendo pasado su propiedad al siguiente sucesor en el momento en que aquél cayó en situación de incapacidad por la comisión del delito. Véase B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 245-246, y nota 67.

47 Y esto, aunque la vinculación fuese irrevocable por haberse transmitido la posesión de los bienes, entregado la escritura de fundación o cualquier otra causa. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 40, fol. 169-170, núm 71.

tible de ser analizada con algún detalle en estas páginas[48]. Una pluralidad de sistemas que, en todo caso, contribuye a confirmar que, como apunta Clavero, la arquitectura sucesoria del mayorazgo seguramente debe buscarse, más que en las prescripciones legales, en las directrices específicas vertidas en las respectivas escrituras fundacionales[49].

3. Fundación del mayorazgo y mayorazgo sin fundación

Sentados en la ley 40 estos principios sucesorios fundamentales, a continuación la ley 41 pasará a ocuparse de la prueba del mayorazgo, para la que se admiten tres medios diferentes: por escritura de la institución, acompañada de la licencia del rey que en su momento la concedió, debiendo estar tales documentos correctamente formalizados para poder prestar fe de su contenido; por testigos que depongan, del modo previsto en derecho, acerca del tenor de dichas escrituras, en el caso –deducimos– de que se hubiesen perdido; y por costumbre inmemorial. Una costumbre para cuya consolidación se fijarán una serie de requisitos. En concreto, se exige demostrar que en el pasado los hijos mayores legítimos habían heredado por línea de mayorazgo, existiendo otros hijos legítimos que no habían recibido nada en compensación por su exclusión. Circunstancia que, además, se pedirá que sea corroborada por testigos de buena fama que confirmen haber presenciado personalmente como esta pauta sucesoria había operado durante, al menos, cuarenta años, así como haber oído decir lo mismo a sus mayores y ancianos, y nunca lo contrario, amén de conocer que lo que afirman es de pública voz y fama y común opinión entre los vecinos y moradores del territorio[50]. Tenemos, por tanto, que, en reali-

48 Omisión fácilmente subsanable con la remisión a la clasificación aportada, y aderezada de una esclarecedora valoración respecto a las precauciones con las que debería tomarse, por B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 215-217, sobre la base de la propuesta por José Manuel de Rojas Almansa, *Tractatus imicus de Incompabilitate et Repugnantia possidendi plures Maioratus, deque Natura et Cognitione uniuscuiusque specie eorum*, Madrid, Ant. Marin, 1755. También ofrece una detallada tipología de los mayorazgos tanto regulares como irregulares, J. Escriche, *Diccionario razonado*, IV, voz «Mayorazgo», pp. 68-70.

49 B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 220. Sobre las especies de mayorazgos irregulares, B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, II, pp. 210-216.

50 *Leyes de Toro*, [41]: "Mandamos que en el mayorazgo se pueda provar la escritura de la institución del con la escriptura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escripturas que hagan fé: ó por testigos que depongan en la forma que el derecho

dad, las tres vías probatorias abiertas se reducen a dos, la del mayorazgo constituido con escritura fundacional, el único capaz de afectar a la totalidad del patrimonio, y la del creado al margen de ésta, ya que la segunda posibilidad contemplada en este precepto remite a la preexistencia de esa escritura, supliendo la carencia de prueba documental de la misma.

Centrándonos ahora en la primera de las modalidades de creación del mayorazgo, observamos que la norma que analizamos asocia indisolublemente la escritura de fundación a la licencia regia, la cual no se exige expresamente, sino que se presupone, debiendo obtenerse necesariamente en aquellos casos en los que la vinculación comporta la suspensión de los derechos legitimarios[51]. Ofreciendo, no obstante, la ley también la alternativa contraria, Antonio Gómez y Luis de Molina coincidirán en que la plasmación en documento público, aunque conveniente para facilitar su prueba, no representa un requisito ineludible para establecer el mayorazgo, excepto si éste fuese instituido en testamento[52], si bien ambos discrepan acerca de si esa libertad de forma es también predicable respecto a la licencia regia[53]. Por lo que a la relación entre ambas instituciones

quiere del tenor de las dichas escrituras; y asi mismo por costumbre inmemorial provada con las qualidades, que concluyan los pasados aver tenido y poseydo aquellos bienes por mayorazgo: es á saber que los hijos mayores legitimos y sus descendientes succedian en los dichos bienes por via de mayorazgo, caso que el tenedor del dexase otro hijo ó hijos legitimos sin darles los que succedian en el dicho mayorazgo alguna cosa, ó equivalencia por succeder en él: y que los testigos sean de buena fama: y digan que asi lo vieron ellos pasar por tiempo de quarenta años: y asi lo oyeron decir á sus mayores, y ancianos que ellos siempre ansi lo vieran y oyeran: y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario: y que dello es publica voz y fama, y común opinion entre los vecinos y moradores de la tierra". *Nueva Recopilación*, [5, 7, 1]. *Novísima Recopilación*, [10, 17, 1].

51 La propia doctrina aconsejará la intervención de la licencia real siempre que la legítima fuese a ser lesionada por la institución del mayorazgo. B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 225-226. Según A. Iglesia Ferreirós, *Doctrinas e instituciones*, p. 273, es precisamente esa función la que convierte a la licencia en elemento esencial del mismo, ya que sin ella es imposible establecerlo sobre la totalidad de los bienes.

52 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 41, fol. 185-186, núm. 2. L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 8, fols. 251-252, núms. 1, 2 y 6. También J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 41, p. 257.

53 Mientras que L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 8, fol. 252, núm. 8, basándose en Partidas, [III, XVIII, II], que la requería para los privilegios otorgados por los príncipes, opina que la observancia de las formalidades es precisa, en lo que le secunda L. Velázquez de Avendaño, *Legum taurinarum*, l. 41, glosa II, fol. 124v, núm. 4. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 41, fol. 185-186, núm. 2, sostiene que en la gracia o privilegio del Príncipe o del Pontífice no se demanda *pro forma*, sino para mejor asegurar su prueba. Postura que suscribe S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 41, p. 68, núms, 3 y 4,

se refiere, ya con anterioridad a la redacción del ordenamiento de Toro, Palacios Rubios se había pronunciado por la subordinación de la validez de la fundación al otorgamiento de la licencia, con independencia de que éste antecediese o fuese posterior a aquélla[54]. Extremo que viene a confirmar la ley 42, al ordenar que la licencia deberá preceder siempre al mayorazgo y negar que ésta pueda surtir un efecto convalidante sobre el ya previamente constituido, a no ser que así se afirmase explícitamente en su redacción[55]. Una disposición, que mucho después el Tribunal Supremo declararía exclusivamente referida al caso de que por tener los fundadores herederos forzosos se pudiesen perjudicar sus legítimas[56], pero aparentemente desnuda de otros recovecos interpretativos, sobre la que, sin embargo, los autores se plantearían ciertos interrogantes, que tocaban aspectos que se antojan de dudosa trascendencia. Como, por ejemplo, el de qué ocurrirá si la licencia y la fundación se diesen en la misma fecha,

apoyándose en la capacidad probatoria reconocida, en defecto de escritura, al testimonio de testigos en esta misma ley 41 de Toro. También B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, II, p. 232, dice preferir la opinión de Molina.

54 J. López de Palacios Rubios, *Repetitio rubricae*, 2, 10, 1. Véase B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 226.

55 *Leyes de Toro*, [42]: "Ordenamos y mandamos que la licencia del Rey para hacer mayorazgo, preceda al hacer del mayorazgo, de manera, que aunque el Rey dé licencia para hacer mayorazgo por virtud de tal licencia, no se confirme el mayorazgo que de antes estuviere fecho, salvo si en la tal licencia expresamente se dixese, que aprovava el mayorazgo que estava fecho". *Nueva Recopilación*, [5, 7, 3]. *Novísima Recopilación*, [10, 17, 2].

A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 42, fol. 186-187, núms. 1 a 3, pone en comparación lo establecido por esta ley con otras clases de prescripciones legales: la licencia o consentimiento del padre debe preceder a la admisión por el hijo de la herencia o a su comparecencia en juicio; la autorización del tutor o curador debe ser anterior o simultánea al acto ejecutado por el pupilo; el decreto del juez para la enajenación de los bienes raíces de los menores debe emitirse antes de proceder a la misma; el soldado condenado por un delito militar puede hacer testamento cuando se lo permite el juez en la misma sentencia, y no después. Aunque también encuentra algunas circunstancias en las que no se cumple dicha regla; entre ellas: el inhábil para testar que más tarde obtiene licencia del rey, no sólo podrá hacerlo en virtud de este permiso, sino que se confirmará el testamento efectuado antes de lograrlo; el enfiteuta que vende la cosa infeudada sin dar noticia al señor, elude la pena de comiso, adquiriendo validez la venta, si posteriormente el dueño le concede su licencia. Frente a esta enumeración, S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 42, pp. 77-78, nums. 4 y 5, cree más sencillo y fundado basarse en que siempre que la licencia se requiere por forma y solemnidad debe preceder al acto, a diferencia de lo que sucede cuando solamente se necesita para evitar el perjuicio de aquél que ha de prestar el consentimiento, pues entonces bastará que ratifique lo ya hecho.

56 Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1863.

reinando un amplio acuerdo entre ellos respecto a que entonces debería presumirse que la autorización fue cronológicamente anterior[57].

Este marco regulador es completado por la ley 43, donde se dispone que las licencias que el rey o sus sucesores extendiesen en el futuro no expirarán por la muerte del concesor, aunque no hubiesen sido utilizadas en vida suya[58]. Una medida que, aunque acorde con el dictado canónico relativo a las gracias dispensadas por el Pontífice[59], parecía colisionar con el precepto de las Partidas relativo a la obligación de acudir ante el monarca recién llegado al trono con objeto de entregarle los oficios públicos desempeñados durante el reinado de su antecesor, de lo cual cabría deducir que las mercedes regias se extinguían con la desaparición de quien las confirió[60]. Sin embargo, esta norma había sido derogada en 1476 por los Reyes Católicos, al resolver que los oficios de la Casa real y de la Chancillería y los de jueces, alcaldes, alguaciles y merinos no quedasen vacantes cuando

57 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 42, fol. 187, núm. 3, y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 42, p. 79, núms. 11 y 12. No obstante, J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 42, p. 258, refuta la validez de esta presunción cuando el fundador y el rey se hallasen en distintos lugares, ya que ello evidenciaría que la institución se hizo sin saber de la licencia. En relación con este último supuesto Llamas y Molina (núm 13), se opone a J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 42, fol. 103v, núm. 6, cuando a la pregunta de si el interesado debe tener noticia de la concesión de la licencia antes de hacer la fundación, éste responde afirmativamente, tachándola de nula en el caso contrario, mientras que Llamas considera ese conocimiento prescindible en situaciones como ésta, en las que, al proceder el privilegio de petición del beneficiario, se entiende implícita su voluntad de aceptarlo. En igual sentido B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* II, p. 239.

58 *Leyes de Toro*, [43]: "Las licencias que nos avemos dado, ó dieremos de aqui adelante, ó los Reyes que después nos venieren para hacer mayorazgo no espiren por muerte del Rey que las dió, aunque aquellos á quien se dieren no hayan usado dellas en vida del Rey que las concedió". *Nueva Recopilación*, [5, 7, 2]. *Novísima Recopilación,* [10, 17, 3].

59 *Decretales de Gregorio IX*, capítulo 9 *de potes. jud. de leg. in 6* de Bonifacio VIII. Citado por S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 43, pp. 81-82, núm. 2.

60 *Partidas*, [II, XIII, XX]: "En que manera deue honrrar el pueblo al Rey nueuo que reynare.- Soterrado, seyendo el Rey finado, deuen los omes honrrados (…) venir al Rey nueuo, para conoscer le honrra de Señorio, en dos maneras, la vna de palabra, e la otra de fecho. De palabra, conosciendo que lo tienen por su Señor, e otorgando que son sus vasallos, e prometiendo que lo obedesceran, e le seran leales, e verdaderos, en todas sus cosas, e que acrescenteran su honra, e su pro: e desuiaran su mal, e su daño, quanto ellos mas pudiessen. De fecho, en besando le el pie e la mano en conoscimiento de señorio, o faziendo otra omildad, segund costumbre de la tierra; e entregando le luego, de los officios, e de las tierras que llaman onores o de todas las otras cosas que tienen del Rey (…)". Gregorio López, en su glosa (e), «De los officios», a esta ley, afirma que este efecto no tiene lugar en los oficios o cargos que comportan el ejercicio de la jurisdicción ordinaria.

falleciese el titular de la corona[61]. Para desentrañar la correcta inteligencia de la ley los juristas tratarán, con todo, de despejar algunas otras dudas, que girarán en torno a cuestiones secundarias, como la de si la ley sería de aplicación en el caso de que el beneficio hubiera sido arbitrado por el Príncipe, pero éste hubiese muerto antes de ser expedido con arreglo a todas las solemnidades requeridas[62]. Y Matienzo también se preguntará si el desuso por un tiempo prolongado podría llevar a perder la patente de fundación, a lo que ya había respondido Molina en sentido negativo, aduciendo que del tenor de la norma se desprendía palmariamente que la habilitación para instituir mayorazgo tenía una vigencia vitalicia, que no estaba condicionada por el momento en el que se hacía empleo de la misma[63].

Por otro lado, a pesar de que no constan restricciones en cuanto a la calidad personal de los receptores de la licencia regia, la doctrina insistirá reiteradamente en la necesaria ecuación de reciprocidad que debería

61 En realidad, el texto original no incluía tal enumeración de oficios. *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla*, IV, 6, pp. 55-57: "(…) A esto vos respondemos, que los oficios que touiere el príncipe en su casa e corte, seyendo principe, que destos tales puede poruer desque rreinare a quien e como quisiere, e por bien touiere; pero los otros oficios que los rreyes tienen, assý en su casa e corte, e chancilleria, como en las cibdades e villas,e lugares e prouincias, de sus rreynos, que estos queden a quien los touiere". De esta pragmática procede A. Díaz de Montalvo, *Ordenanzas Reales de Castilla*, [2, 2, 2]: "Establecemos que cada e quando acaesçiere finamento de rey, que los ofiçios de la casa del rey e otrosí, los oficios de los juezes e alcaldes e alguaziles e merinos de las çibdades e villas e logares, que fueren dadas por los Reyes por vida de los dichos ofiçiales, que estos non vaquen por finamento del rey, e que de e sean firmes por la vida de aquellos a quien fueron dados los dichos ofiçios. Pero que los ofiçios de la casa del prinçipe que tenia quando era príncçipe, puede fazer dellos desque reinare a su querer e voluntad. E demás mandamos que los ofiçios de la nuestra chandellería queden e finquen firmes según que lo ordenamos de los ofiçios destas cibdades e villas e logares". Repetido en [7, 2, 24] y en *Novísima Recopilación*, [7, 23, 1].

62 Un debate que, en lo esencial, reproduce el suscitado respecto a la exigencia, o no, de que la licencia adquiera entidad documental. Por ello, no sorprende que los autores sostengan posiciones similares a las defendidas en dicho punto. Así, L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 7, fols. 248, núms. 62-64, niega que deba entenderse comprendido este supuesto, sobre todo, cuando la gracia se diese con el objeto de hacer alguna cosa, y alega, además, que si el legislador no estuviese partiendo del presupuesto de que fue extendido por escrito, no tendría sentido que precisase: «aunque aquellos a quien se dieren no hayan usado dellas en vida del rey que las concedió». Argumento que convence a B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, p. 241, pero no a S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 43, pp. 83-84, núms. 10 a 12.

63 J. Matienzo, *Comentario*, glosa III a NR, [5, 7, 2], fol. 169r, núm. 1. L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 7, fol. 249, núms. 70-71.

guardarse entre la pertenencia del fundador a la nobleza y la creación de mayorazgos con aprobación real sobre la totalidad del patrimonio[64]. Hasta el punto de que dicha conexión tiende a mantenerse cuando la autorización favorece a individuos no integrados en el estamento privilegiado, a través del expediente de considerar el mecanismo vinculatorio tácita y automáticamente instaurado, como implícito en la propia concesión de los títulos nobiliarios[65]. Incluso, en las Cortes de Madrid de 1551 se formulará queja contra la excesiva prodigalidad en la concesión de las licencias a gente de escasa dignidad y magra hacienda, pidiéndose al rey que éstas no fuesen otorgadas sin reunir previamente información sobre el rango social y la magnitud de la fortuna del solicitante[66]. En consecuencia, el cauce reservado a las personas de inferior extracción para constituir mayorazgo será el ofrecido por la ley 27 de Toro, de la que luego nos ocuparemos. No obstante, advierte Clavero, hay que recordar que la correspondencia entre mayorazgo y propiedad aristocrática no es fruto de una imposición jurídica, sino producto de la particular naturaleza de las rentas nobiliarias –básicamente señoriales y censuales–, cuyo régimen irá extendiéndose a otros niveles de propietarios y calando también en el campo del derecho[67].

Por lo que atañe al contenido de la licencia, siendo obviada su determinación por el ordenamiento toresano, sabemos, gracias tanto a los testimonios documentales como a las diversas fórmulas de elaboración doctrinal de las que disponemos, que su configuración se amoldaba a las peculiaridades de cada ejemplo concreto, con las lógicas barreras resultantes de las notas esenciales que definen al mayorazgo. Son elementos, por tanto, que normalmente figuran en su redacción: el llamamiento a la línea de descendientes, la afectación de la globalidad del patrimonio presente y futuro a los principios de indivisibilidad e inalienabilidad, la descripción del funcionamiento del sistema de vinculación, el reconocimien-

64 Por ejemplo, L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 1, 18, fol. 127, núm. 9, advierte que no es conveniente para la república que se funden primogenituras por *ignobiles* y hombres de baja condición.

65 Una real cédula de 9 de julio de 1663 declaraba que en todos los títulos de nobleza se sucedía por orden de mayorazgo. Lo que según B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 227, nota 27, no se entiende en el orden regular cuando el mayorazgo al que está anexo el título no sigue dicho orden.

66 Solicitud que el monarca despacharía con un vago compromiso: "se hará siempre lo que conviene", que preservaba intacta su potestad discrecional para darlas. *Cortes de Castilla y León,* 5, Cortes de Madrid de 1551, petición 106.

67 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 227-228.

to de la potestad de modificarlo o revocarlo, la interrupción de cualquier clase de derecho, uso o costumbre contrario a las pautas sentadas en la fundación, la declaración de confiscabilidad de los bienes implicados, en el caso de incurrirse en el crimen de lesa majestad, y la salvaguarda del derecho de alimentos de los hijos privados de su legítima[68].

En la postergación de los derechos hereditarios de los hijos apartados de la sucesión del mayorazgo construido sobre la universalidad de la fortuna familiar residirá, precisamente, como antes se ha avanzado, la justificación fundamental del cobijo legal prestado al recurso a la licencia regia, si bien son varios los autores que tienden a proteger los intereses de los excluidos mediante la equiparación de los alimentos y la dote con la porción de legítima, que se alega requerida por el derecho natural[69]. Sin embargo, la fijación de su montante no será materia que se considere concerniente a este orden metajurídico, sino al *ius civile*, por lo que la falta de determinación de su cuantía no supondrá una causa de invalidación de la fundación, ya que será el juez el que, ante este silencio, deberá evaluar la cantidad a entregar como compensación a esa marginación. De este modo, se estaba consagrando una prevalencia del mayorazgo sobre el *ius commune*, e incluso sobre el *ius naturale*, que complacía tanto las pretensiones de la nobleza como concordaba con la política legislativa regia[70]. Ahora bien, previamente a la consumación del triunfo de esta postura, habrá opiniones, como la de Rodrigo Suárez, que todavía apuesten por la superioridad del derecho de legítima y de la dote sobre el mayorazgo, cuyos componentes podrían ser, a su juicio, enajenados o gravados sin licencia del rey por motivos como la provisión de la dote, llegando a ca-

68 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 228-230.

69 En palabras de L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 15, fol. 318, núm. 2: "(…) que huiusmodi dotes seu alimenta quae a Maioratum institutoribus filiis relinquuntur, in loco legitimae subrogantur(…)". También, A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 40, fol. 162, núm 57, afirma que al reducir el derecho de los hijos a los alimentos necesarios, el príncipe no estaba vulnerando el derecho natural. En igual sentido, I. Jordan de Asso; M. de Manuel, *Instituciones del derecho civil*, p. 138. Como resume B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 230, con esta solución "la doctrina hace compatibles un principio iusnaturalista y su negación en el derecho positivo de mayorazgo".

70 Buena prueba de ello la ofrece la petición presentada en las Cortes de Madrid de 1551, que será atendida por el rey, suplicando que en adelante no se concediese la facultad para que los bienes de mayorazgo se vendiesen o se obligasen a las dotes: "porque de otra manera, muy en breve los mayoradgos se consumirán y se perderán las memorias de los fundadores". *Cortes de Castilla y León,* 5, Cortes de Madrid de 1551, petición 107, p. 546. J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, p. 400.

lificar de injusticia y de pecado la inversión de esta jerarquía[71], y a reclamar, para admitir su disminución, aunque no su supresión, en virtud de la autorización regia, la concurrencia de una justa causa[72]. Apunte que nos pone en la pista de la polémica condición propuesta por Palacios Rubios para franquear las reticencias que acerca de la moralidad del mayorazgo instituido sobre la totalidad de los bienes inquietaban, en las vísperas de la promulgación de las leyes de Toro, a una parte de la doctrina, al aceptar, «salva concientia», su factualidad cuando en su constitución interviniese causa justificada y se dejasen alimentos a los restantes hijos[73]. Una exigencia que Clavero interpreta ahora rendida al objetivo de mantener la institución exclusivamente aplicada a favor de la propiedad territorial feudal[74], pero que Palacios Rubios creía, entonces, imprescindible para evitar las odiosas repercusiones derivadas de la preterición de las legítimas. Aspecto éste que captará el núcleo de la discusión generada alrededor de sus planteamientos, de tal manera que, a pesar de que juristas como Cifuentes o Gómez Arias continuarán apelando, en similares términos, a la idea de preservar la buena conciencia[75], la perspectiva irá dibujando un giro progresivo, cimentado por Diego del Castillo y apuntalado por Antonio Gómez, hacia una defensa de la preferencia del mayorazgo, que aparece sustentada en la caracterización del mismo como originado *a iure divino* y de utilidad pública para el reino, y que será reforzada, con apoyo en la ley 46 de Toro, en el reconocimiento de la potestad que asiste al príncipe de restringir el importe de la legítima casi hasta su mínima expresión[76]. Una dirección que Molina llevará a su culminación, imprimiendo un sello definitivo a la escisión entre dote y legítima y a la asimilación de la primera a un derecho de alimentos, presentándola, así, no como una cuota hereditaria, sino como una cuota de bienes, respecto a cuyo suministro a

71 R. Suárez, *Commentaria super lege quoniam in prioribus Codicis de inofficioso testamento (a C. 3, 28, 29)*, Salamanca, 1545, 2, fols. 5-14. Citado por B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 442.

72 R. Suárez, *Allegationes*, 2, pp. 142-143, núm. 11. Citado por J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 400-401.

73 J. López de Palacios Rubios, *Comentaria et repetitio*, 1, 14-16 y 47; 3, 26 y 27. Citado por B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 125.

74 Así, la conservación de la memoria, de la estirpe, del linaje o de la nobleza será la justa causa por antonomasia. B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 129.

75 M. de Cifuentes, *Nova lectura*, l. 40, fol. 30v, núm. 8. F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l. 44 [46], núm. 38.

76 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 40, fol. 151r, núm. 1. A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 40, fols. 160-161, núm. 56.

los hermanos, sea en concepto de alimentos o de dote, queda tácitamente obligado el titular del mayorazgo[77]. Colofón que, coherentemente, vendrá acompañado de la imposición de las tesis mayorazguistas, representadas, entre otros, por los propios Antonio Gómez y Luis de Molina, para quienes ese pago deberá ser saldado con cargo solamente a las rentas devengadas por el mayorazgo, frente a la postura de los dotistas, como Gaspar de Baeza, partidarios de que en su satisfacción resultasen también involucrados los elementos integrados en el patrimonio vinculado[78].

Además de a la escritura de la licencia regia y a la declaración de testigos que acreditasen el tenor de dicho documento en defecto de su aportación[79], la ley 41 atribuye eficacia probatoria a la costumbre inmemorial avalada por testimonios absolutamente fiables y concluyentes. El hecho de que la costumbre se perfile normalmente como un medio de adquisición común al conjunto de una colectividad, y no solamente beneficioso o perjudicial para alguna persona en particular, hará que diversos autores expresen sus dudas acerca de si para designar el procedimiento descrito en esta norma no resultaría más oportuno hablar de la prescripción de derechos individuales[80]. Exige la ley, para demostrar la existencia

77 L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 15, fol. 318, núms. 1 y 2, y 2, 15, fol. 320, núms. 19 y 20. Véase B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 230-231. También J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 402-403.

78 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 40, fol. 179, núm. 87. Según la *Fórmula de facultad real* de L. de Molina, si las rentas no fuesen suficientes para cubrir el derecho de alimentos, para completarlas con los bienes de mayorazgo será precisa la aceptación del poseedor, expresada mediante la solicitud de la licencia regia para disponer de ellos, y que ésta petición fuese aceptada. B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 232. Sobre G. de Baeza, *De no meliorandis*, véase J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad*, pp. 404-406.

79 Conforme a la ley 45 de Toro, su número deberá ser de tres, o al menos de dos, de acuerdo con lo establecido en Partidas, [III, XVI, XXXII]: "Dos testigos que sean de buena fama e que sean atales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro abonda para prouar todo pleyto en juyzio (...)". S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 41, p. 69, núm. 8.

80 Este término es el que se utiliza en la *Novísima Recopilación*, al tratar de la posesión inmemorial como forma de adquisición por los particulares de villas y lugares y de jurisdicciones civiles y criminales, [11, 8, 4] "(...) ordenamos y mandamos, que la posesion inmemorial, probándose según y como y con las calidades que la ley de Toro requiere (...) baste para adquirir contra Nos y nuestros sucesores qualesquier ciudades, villas y lugares, y Juridicciones civiles y criminales, y qualquiera cosa y parte dello, con las cosas al Señorio y Jurisdiccion anexas y pertenescientes; con tanto que el dicho tiempo de la dicha prescripción no sea interrumpido, ni destajado por Nos, ó por nuestro mandado, ó otros en nuestro nombre, natural o civilmente (...)". Entre quienes prefieren hablar de prescripción, a cuya relación se suma, menciona S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 41,

de esa larga tradición, que los testigos sean de buena fama, no bastando, pues, presumirla, sino que deberá ser también puesta fehacientemente en evidencia. Cualidad que deberá ser acompañada por una edad lo bastante avanzada como para poder corroborar el haber presenciado la observancia del régimen de vinculación durante el transcurso de, al menos, cuarenta años, surgiendo discrepancias, al respecto, entre quienes piensan que ese plazo debería empezar a computarse desde los catorce años requeridos en las Partidas para que el testigo pudiera deponer en juicios civiles, y quienes, apoyándose en que el mismo precepto de este cuerpo legal permitía declarar al capacitado sobre lo que vio antes de alcanzar dicha edad, rebajan ese umbral, situándolo en los diez años y medio, por entender que es el momento en el que el menor tiene ya el discernimiento suficiente para actuar dolosamente[81]. Pero no se acaban aquí los rigurosos requisitos acumulados en este apartado de la ley, puesto que, por añadidura, se pide que certifiquen que oyeron decir a sus mayores que esto mismo ocurrió durante toda su vida, y que ellos, a su vez, recogieron idéntica constancia de quienes les precedieron. Sin embargo, mientras que algunos comentaristas sostendrán que estas insólitas segundas oídas no eran reclamadas en la práctica[82], otros, como Acevedo o Llamas y Molina, aconsejarán que

pp. 70-71, núms. 12 a 18, a D. de Covarrubias, *Opera Omnia*, II, cap. «Possesor», párrafo 3, núm. 2, y a J. Matienzo, *Comentaria*, glosa VI a NR, [5, 7, 1], fol. 116r-v, (f) «Por costumbre inmemorial», núms. 1 a 8, mientras que L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 6, fols. 225-226, núms 9 a 15, se inclina por denominarla costumbre, si bien reconoce que no es propiamente una costumbre, sino que simplemente cumple las veces de tal. Salida que Llamas, núm. 17, considera criticable.

81 *Partidas,* [III, XVI, IX]: "Veynte años cumplidos alomenos deue auer el testigo que aduzen en pleyto de acusacion, o de riepto contra alguno en juyzio. E dessa mesma edad deuen ser los testigos que fueren recebidos en pesquisa que el Rey mande fazer contra alguno (…) Mas en todos los otros que non fuessen criminales, assi como por razon de debdo, o de rayz, o de herencia que demandassen en juyzio: bien podria ser recebido por testigo el que ouiesse catorze años cumplidos (…) o del que fuesse menor de catorze años en otros pleytos, dezimos que comoquier que su dicho non empeceria acabadamente a aquel contra quien testiguare. Pero seyendo de buen entendimiento, atales menores farian grand presumpcion al fecho sobre que fuesse el testimonio". Esta segunda solución es defendida, entre otros, por L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 6, fol. 230, núms. 40-41, y S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 41, p. 72, núms. 22 a 24.

82 Es el caso de D. de Covarrubias, *Opera Omnia*, II, cap. *Possesor,* párrafo 3, núm. 8, y L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 6, fols. 228-229, núms. 32-33. Por su parte, según cita S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 41, p. 73, núm. 31, J. García de Saavedra, *Tractatus de expensis et meliorationibus*, Colonia, 1737 (1578), da noticia de que en la Audiencia de Galicia sólo eran verificadas las segundas oídas cuando la materia fuese odiosa, es decir que resistiese al derecho.

no se omitan, para evitar que su falta pudiese poner en entredicho el valor de la prueba[83]. Por último, será igualmente necesario que los testigos verifiquen que lo que manifiestan es de pública voz y fama, y opinión extendida entre los vecinos y pobladores del territorio.

A través de este importante reconocimiento se está dando carta de naturaleza legal a una figura, la del mayorazgo sin fundación, presente ya mucho antes, con decisiva trascendencia, en la propia génesis histórica y doctrinal de esta institución. Una creación que el derecho positivo va a realizar sobre la base de su consolidación consuetudinaria –a menudo ratificada a posteriori por el monarca mediante la expedición de una licencia de fundación–, que se confirma como la alternativa reservada al extenso segmento popular de la sociedad, y que acabará adquiriendo la configuración «de un mayorazgo de pleno derecho, con el orden de sucesión que se hubiera venido siguiendo en el mismo y con el régimen patrimonial general de mayorazgos»[84]. Cuaja, así, otra modalidad de mayorazgo, que cobrará una extraordinaria dimensión posterior, aprovechando el soporte ofrecido a su materialización por la ley 27 de Toro, al permitir que el padre o la madre que mejorasen a alguno de sus hijos o descendientes legítimos con el tercio de sus bienes, por contrato *inter vivos* o por disposición de última voluntad, pudiesen ponerle el gravamen que deseasen, bien fuese de restitución o bien de fideicomiso, y someterle a los vínculos, sumisiones o sustituciones que les parecieran oportunos, siempre que se respetase un orden de llamamientos encabezado por los descendientes legítimos, y continuado, en su defecto, por los descendientes ilegítimos con derecho a heredar al causante, a falta de éstos los ascendientes, y sucesivamente los parientes y los extraños. Con el añadido de que, al margen de las expresamente contempladas, no cabría imponer otra clase de obligación o condición en la mejora, y que dichos vínculos o sumisiones, ya se hiciesen en el tercio o en el quinto, tendrían una duración perpetua o por el tiempo señalado por el testador, sin hacer distinción de cuarta o quinta generación[85]. Es decir, que persiguiendo ampliar las facultades de los padres

83 A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, NR, [5, 7, 1], fol., 213, núm. 27, afirma, además, que en el capítulo 33 de las Cortes de Madrid de 1573 se solicitó la supresión de este extremo de la prueba, siendo denegada la petición. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 41, pp. 73-74, núms. 31-32.

84 En la interpretación de L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 1, fols. 180 ss, núm. 6 y ss., sintetizada por B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 237.

85 *Leyes de Toro,* [27]: "Mandamos que quando el padre ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legitimos en el tercio de sus bienes, en testamento,

sobre el tercio de mejora, además de derogar el veto que hasta entonces, en virtud del Fuero Real y de las Partidas, impedía lastrarlo con cualquier tipo de carga[86], se estaba recogiendo una realidad a la que el legislador no podía mantenerse ajeno.

La fundación de mayorazgos sobre el tercio de mejora no es, en efecto, una invención del legislador de Toro, pues ya en 1503 Palacios Rubios se había hecho eco de su práctica, si bien circunscribiendo su proyección, en el caso de que no se realizasen llamamientos expresos posteriores, al primer destinatario de esta cuota privilegiada. Ello no impide, sin embargo, que tras la promulgación del ordenamiento toresano este jurista se manifestase contrario a aceptar que la citada ley 27 sirviese para vehicular la vinculación, en concepto de mayorazgo, de esta porción hereditaria. Una resistencia que Clavero cree justificada a partir del hecho de que en el período precedente a la redacción de este cuerpo legal se había difundido un tipo de sustitución sucesoria «por vía de mayorazgo», básicamente definido por seguir una pauta de primogenitura, pero que no comportaba el

ó en otra qualquier ultima voluntad, ó por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisieren, asi de restitución, como fideicomiso; y hacer en el dicho tercio los vinculos, submisiones, y substituciones que quisieren, con tanto que lo hagan entre sus descendientes legitimos, y á falta de ellos, que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegitimos que hayan derecho de les poder heredar, y á falta de los dichos descendientes, que lo suso puedan hacer entre sus ascendientes, y á falta de los suso dichos puedan hacer las dichas submisiones entre sus parientes, y á falta de parientes entre los estraños, y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho tercio. Los quales dichos vinculos y submisiones, ora se hagan en el dicho tercio de mejoria, ora en el quinto: mandamos que valgan para siempre, ó por el tiempo que el testador declarare, sin hacer diferencia de quarta ni quinta generación". *Nueva Recopilación*, [5, 6, 11]. *Novísima Recopilación*, [10, 6, 11].

86 *Fuero Real*, [3, 5, 9]: "Ningún omne que ouiere fiios o nietos o dent ayuso que ayan derecho de heredar, non pueda dar ni mandar a su muerte más de la quinta part de sus bienes; pero si quisiere meiorar a alguno de los fiios o de los nietos, puédalos meiorar en la tercera parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha que pueda dar por su alma en otra part do quisiere e non a ellos". *Partidas*, [VI, I, XVII]: "(...) e por esso es llamada esta parte legitima, porque la otorga la ley alos fijos, e deuen la auer libre: e quita sin embargo, e sin agrauamiento, e sin ninguna condicion (...)"; [VI, IV, XI]: "Libremente, e sin ningund agrauiamiento, e sin ninguna condicion, deue auer el fijo su legitima parte delos bienes de su padre, e de su madre (...) Pero si el padre quisiere establescer su fijo por heredero en mas de su parte legitima, en aquello que le dexa de mas, bien puede el padre poner aquella condicion, que es en poder del fijo dela cumplir, mas ninguna delas otras condiciones, assi como las que acaescieren por auentura, o las que son mezcladas según diximos enlas leyes ante desta, non las puede poner. E si las pone, non empescen al fijo heredero, maguer non se cumplan".

establecimiento de un régimen patrimonial especial, y que sería el asimilado en la ley 27, que, a su juicio, por ello evitaría hablar de mayorazgo[87]. Ahora bien, a pesar de que todavía Antonio Gómez rebatirá la viabilidad de la instrumentalización de la mejora como recurso para la adopción del sistema de vinculación sin intervención de la autorización regia[88], no tardará en prosperar, hasta hacerse mayoritaria, una interpretación doctrinal que hallará en esta ley el fundamento de otra forma de constitución del mayorazgo, no necesitada de licencia real, que podrá imponerse sobre la suma del tercio de mejora y el quinto de libre disposición; esto es, sobre casi la mitad del caudal hereditario del causante. Un planteamiento que a medida que adquiere desarrollo trabaja en detrimento del carácter de indispensable para la efectividad de la fundación asignado en Toro a la licencia, que únicamente conservará tal valoración cuando se haga preciso superar el obstáculo representado por la existencia de herederos legitimarios. Lo que, inevitablemente, conducirá a admitir la superación del límite del tercio y el quinto, incluso hasta la totalidad del patrimonio, cuando éstos faltasen o consintiesen en renunciar a sus derechos[89]. El margen de maniobra del instaurador del mayorazgo para desbordar el marco de actuación delineado en esta ley 27 tropezará, no obstante, con una barrera insalvable, y en ello convienen todos los autores, que no le niegan la facultad de mejorar a quien quiera entre sus descendientes legítimos[90], pero sí

87 J. López de Palacios Rubios, *Comentaria et repetitio*, 1, 14 a 16 y 47; 3, 26 y 27. B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 125-126. De esta misma visión participa todavía F. Gómez Arias, *Subtilissima*, l. 40 [42], núm. 1, y l. 25 [27], núm. 59.

88 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 45, fol. 56, núm. 36. Aún más tardíamente, también se muestra contrario a admitir la creación de mayorazgo al amparo de la ley 27 Diego Pérez, *Commentaria*, en su glosa a las Ordenanzas Reales de Castilla, [5, 2, 1]. Citado por B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 141.

89 Son diversos los artificios empleados para llegar a este resultado. Así: que los excluidos se conformen con un derecho de alimentos; que renuncien formalmente a su legítima; que el hijo apruebe en el mismo documento fundacional el gravamen impuesto a su porción hereditaria; o, más sofisticado, instituyendo el mayorazgo sobre la mejora e imponiendo al mejorado, normalmente un hijo único, la condición para su percepción de que permita su extensión a la legítima. B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 223-224.

90 T. Fernández Messía, *Prima pars*, l. 27, fol. 212v, núm. 5 y fol. 217r., núm. 16. L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 2, 12, 55. A. de Acevedo, *Comentarii iuris civilis*, NR, [5, 6, 11], fols. 197-198, núms. 37 a 39. Lo que si podrá hacer el testador es reducir el número de sustituciones o limitar el tiempo de duración del gravamen. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 27, p. 480, núms. 22-23. Una línea de la que sólo se aparta L. Velázquez de Avendaño, *Legum Taurinarum*, l. 27, glosa II, fol. 56r-v, núm. 10, al pretender, reprobando la postura contraria de J. Matienzo, *Comentaria*, glosa IV a NR,

la de apartarse del diseño sucesorio trazado por ésta, en contraste con la capacidad de alterarlo, excluyendo a los parientes, de la que disfrutaría si se valiese para instituirlo del mecanismo de la licencia[91]. Pero, en lo demás, nada frenará una paulatina igualación del régimen propietario asociado a ambos cauces de creación del mayorazgo, de tal manera que en las últimas décadas del siglo XVI la descubrimos ya completamente asumida por parte de la literatura jurídica[92]. Sin perjuicio de que se convirtiese en uno de los principales focos de crítica del mayorazgo cuando comenzasen a aflorar opiniones contrarias a la pervivencia de la institución[93].

Naturalmente, el intento de explicar el alcance de cada uno de los aspectos implicados en el enunciado de esta importante norma provocará la exteriorización de abundantes dudas y discordancias entre sus comentaristas, que se involucrarán, principalmente, en la compleja y problemática casuística susceptible de aflorar en torno al mencionado esquema de sustituciones sucesorias. Cuestiones entre las que, quizás, merezca ser destacada la extrañeza con la que varios autores acogerán la circunstancia de que los descendientes ilegítimos fuesen preferidos a los ascendientes legítimos, entrando, así, en aparente contradicción con la ley 6 de Toro, que señalaba a los ascendientes como herederos en defecto de descendencia legítima, y con la ley 10, ya analizada, de la que cabía inferir que

[5, 6, 11], fol. 153r, núm. 3, que el disponente está obligado a llamar y sustituir a todos los descendientes legítimos del mejorado hasta la conclusión de su línea, antes de poder pasar a otro escalón de convocables, ganándose la ácida crítica de S. Llamas y Molina, I. l. 27, pp. 482-487, núms. 31 a 54, que no duda en calificar de absurdo y propio de un hombre de corto talento su planteamiento.

91 De hecho, en esa mayor libertad de llamamiento del fundado con licencia residirá, según la doctrina, la diferencia fundamental entre estas dos clases de mayorazgo. Así lo refleja, por ejemplo, G. Monterroso y Alvarado, *Práctica civil y criminal e instrucción de escribanos*, Alcala de Henarés, 1571 (1ª ed. 1563), VII: «Práctica de los mayorazgos y cosas que son vinculadas a título de mayorazgo y la orden que han de llevar (citado por B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 141). También J. Matienzo, *Comentaria*, NR [5, 6, 11], glosa I, fol. 152r, núm 3.

92 Además de en L. de Molina, según B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 145, esta plena equiparación es perfectamente visible, entre otros, en Melchor Peláez de Mieres, *Tractatus Maioratuum et Meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1745 (1ª ed. 1575). Es más, se llega incluso a sostener que el mayorazgo sobre tercio y quinto constituye un medio de vinculación más firme, y merecedor de un mayor control, que el mayorazgo propio. Así, L. Velázquez de Avendaño, *Legum Taurinarum*, l. 27, fol., núm. 1.

93 Por ejemplo, Jovellanos calificó de bárbara a esta ley, porque, en su opinión abrió la puerta a la irrupción en la hidalguía de todas las familias que pudieran juntar una mediana fortuna. Sobre estas críticas, B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* II, pp. 263-264.

el padre tendría la potestad de designar como herederos a los ascendientes en perjuicio de los hijos naturales. Incoherencia que, no hallando razón en la que se sustentase, algún jurísta, como Andrés Angulo, resolverá proclamando, sencillamente, la vigencia de lo dispuesto en estas dos leyes frente a lo que señalado en la ley 27, lo que suscitará la réplica de Llamas y Molina, para quien el motivo de esta anteposición reposaría en la mejor adecuación de la descendencia al propósito de la conservación y la perpetuación del mayorazgo en la familia del fundador[94]. Vocación de perennidad que, con seguridad, habría inspirado también la supresión del limite en la cuarta generación fijado para los fideicomisos por Justiniano (Novela, 159, 30). Hay que recordar, finalmente, que esta disposición resultaría abrogada por una real cédula de 28 de abril de 1789, que prohibió toda vinculación de bienes raíces, ni siquiera sobre el tercio de mejora y el quinto libre, que se efectuase sin antes haber solicitado y obtenido el consentimiento regio[95].

4. Supuestos de irrevocabilidad del mayorazgo

Referida simultáneamente a ambas modalidades de vinculación, la ley 44, vendrá dedicada a desglosar las situaciones en las que no tendrá cabida su revocación. En este sentido, dispone su tenor que quien fundase un mayorazgo, bien por contrato o bien por disposición de última voluntad, y aunque contase con la autorización del monarca, podrá después revocarlo libremente, pero con dos excepciones: una, cuando habiéndolo hecho por contrato *inter vivos*, hubiese entregado a su beneficiario la posesión de los elementos integrantes del mayorazgo o su escritura ante escribano; la segunda, en el caso de que ese contrato se hubiera realizado a título

94 A. Angulo, *Commentaria ad leges Regias melioratonum*, Madrid, 1592, glosa VII a NR, [5, 6, 11], núm. 4. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, I, l. 27, pp. 488-489, núms. 58 a 63.

95 *Novísima Recopilación*, [10, 17, 12]: "Teniendo presente los males que dimanan de la facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpetuamente, abusando de la permisión de las leyes, y fomentando la ociosidad y soberbia de los poseedores de pequeños vínculo ó patronatos, y de sus hijos y parientes, y privando de muchos brazos al exército, marina, agricultura, comercio, artes y oficios; he resuelto, que desde ahora en adelante no se puedan fundar mayorazgos aunque sea por vía de agregación, ó de mejora de tercio y quinto, o por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenaion de bienes raices ó estables por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia mia, ó de los Reyes mis sucesores (...)".

oneroso, por vía de casamiento o por cualquier otra causa semejante. No obstante, a pesar de este enunciado inicial, también para sortear la irrevocabilidad adscrita a estos supuestos se ofrecerá una salida, consistente en la inclusión en la licencia o en la escritura de constitución de una cláusula expresa de reserva del poder de anular el mayorazgo a favor de quien lo instituyó[96]. En consecuencia, fuera de las dos circunstancias excluidas, la plena validez del mayorazgo permanecerá en suspenso en tanto que hasta su muerte no se extinga la facultad del fundador de ejercer su derecho de cancelación.

Dada la estrecha proximidad entre la formulación contenida en esta norma y la utilizada en la ley 17 para regular la posibilidad de revocación de la mejora del tercio, la doctrina tenderá a resolver de manera análoga los problemas abordados en sus respectivos comentarios. Y, sin duda, la cuestión más debatida por los autores, de las directamente atinentes a la ley 44, será la relativa a si el mayorazgo establecido por testamento se convertirá en irreversible a raíz de la transmisión de la posesión de los bienes afectados. Asunto que ya había sido objeto de amplia discusión entre los doctores del derecho común, y para el que, influenciado por ellos, Antonio Gómez propondrá una diferente solución, dependiendo de que las cosas simplemente se entregasen, sin hacer mención a que se dejan en testamento, pasando entonces a ser irrevocable, por considerarse que esta cesión deviene en una donación entre vivos, o que fuesen traspasadas con expresa alusión a que se están dando en concepto de herencia, en cuyo caso el mayorazgo retendrá su naturaleza revocable[97]. Un planteamiento que es compartido por Tello Fernández, que llega a afirmar que por la mera tradición el legado se transforma en donación, y parcialmente

96 *Leyes de Toro*, [44]: "El que hiciere algun mayorazgo aunque sea con autoridad nuestra, ú de los Reyes que de nos venieren, ora por via de contrato, ora en qualquier ultima voluntad, que después de hecho pueda lo revocar á su voluntad, salvo si el que lo hiciere por contrato entre vivos oviere entregado la posesion de las cosas ó cosa contenidas en el dicho mayorazgo á la persona en quien lo hiciere, ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado la escriptura dello ante Escribano, ó si el dicho contrato de mayorazgo se oviere echo por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento, ó por otra causa semejante: que en estos casos mandamos que no se pueda revocar, salvo si en el poder de la licencia que el rey le dio estuviese clausula, para que después de echo lo pudiese revocar, ó que al tiempo que lo hizo el que lo instituyó reservase en la misma escriptura que hizo del dicho mayorazgo el poder para lo revocar, que en estos casos mandamos que después de hecho lo pueda revocar». *Nueva Recopilación*, [5, 7, 4]. *Novísima Recopilación*, [10, 17, 4].

97 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 17, fol., núm. 24.

por Luis de Molina, quien sostendrá que la distinción resulta pertinente respecto a la mejora, pero no es aplicable al mayorazgo[98]. Por el contrario, Matienzo, aún creyendo coincidir con la postura de Gómez, opinará que el hecho de que se produzca el traslado de los bienes a manos del designado como titular del mayorazgo no modificará en ningún caso la revocabilidad esencial de la previsión del testador[99]. Conclusión en la que más tarde, tirando de otros argumentos, convendrá, asimismo, Llamas y Molina, si bien subrayando la salvedad de que el disponente manifestase su deseo de que la fundación se entendiese realizada por un acto *inter vivos,* impregnándola con ello de un carácter perdurable inamovible[100].

5. Transmisión del mayorazgo y juicio de tenuta

Una magnitud muy superior cobrará, sin embargo, la polémica doctrinal a la luz de la sorprendente redacción de la ley 45 de Toro, según la cual, muerto el tenedor, la posesión civil y natural de las villas, fortalezas y demás cosas integradas en el mayorazgo pasaría al siguiente en grado que debiera sucederle, sin necesidad de realizar acto alguno de aprehensión, aunque otra persona hubiese tomado la posesión de ellas en vida del tenedor, o después de su fallecimiento, o a pesar de que ésta le hubiese sido transferida por este mismo a un tercero[101]. Un controvertido precepto, que nos pone en situación de analizar cuáles son los derechos que le corresponden al sucesor del mayorazgo sobre los bienes implicados. En este sentido, los autores alineados en la corriente mayorazguista tenderán a atribuirle un pleno y perfecto derecho de propiedad[102], no apreciando que

98 T. Fernández Messia, *Prima pars*, l. 17, fol. , núm. 86. L. de Molina, *De hispanorum primogenitorum*, 4, 2, 19 y 20.

99 J. Matienzo, *Comentaria*, glosa IV a NR, [5, 6, 1], fol., núms. 26 a 29.

100 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 41, pp. 87-93, núms. 3 a 31. Suscribe su opinión B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* II, p. 246.

101 *Leyes de Toro*, [45]: "Mandamos que las cosas que son de mayorazgo, agora sean villas, ó fortalezas, ó de otra qualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion se traspase la posesión civil, y natural en el siguiente en grado que según la disposición del mayorazgo debiere succeder en él, aunque haya otro tomado la posesion de ellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto, ó el dicho tenedor le haya dado posesión dellas". *Nueva Recopilación*, [5, 7, 8]. *Novísima Recopilación*, [11, 24, 1].

102 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 40, fol. 173, núm. 76. L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, l, 19, 1 a 17. Según este último (1, 19, 35), puede suceder, aunque

existiera diferencia sustancial alguna entre el primer instituido y los posteriores titulares, excepto que, en ocasiones, al inicial se le adjudicaban ciertas prerrogativas especiales respecto a la posibilidad de modificar y fijar definitivamente las reglas de funcionamiento de la vinculación. Por otra parte, lo que hacía la ley era establecer un régimen sucesorio en cuya virtud la adquisición de las facultades inherentes al mayorazgo se entendía operada por un derecho de sangre directamente procedente del fundador, y no en razón de un derecho hereditario transmitido por el inmediato antecesor, cuya muerte se convertía, además, en una suerte de condición suspensiva, que dejaba paso a la obtención de su posesión. Estamos, pues, ante una ficción de la que derivarán efectos tan importantes como el de la irresponsabilidad del mayorazgo y el de que su titularidad nunca pudiera permanecer en estado yacente[103]. Ahora bien, prescindir del trámite de la aprehensión suponía desviarse diametralmente de las interpretaciones hasta entonces imperantes acerca de la posesión, pues éstas venían exigiendo el cumplimiento de este requisito, ya fuese verdaderamente materializado, o bien satisfecho de una manera fingida. Problema éste que no escapará a la atención de los comentaristas, entre los cuales se significará Covarrubias por sostener que, si bien no se descubrían precedentes romanos que avalasen esta solución, nada impedía que, igual que se admitía la aprehensión simulada, al legislador le asistía la potestad de disponer que la posesión pudiese cambiar de manos sin necesidad de que interviniera alguna acción que confirmase su aceptación[104]. Es más, no por el hecho de provenir exclusivamente por ministerio de la ley, aparecía esa posesión disminuida en su extensión[105]. Pero lo que sí resultaba novedoso, y provo-

no es habitual, que el fundador perfile al primer poseedor como simple usufructuario, declarando la propiedad del siguiente sucesor. Véase B. Clavero, *Mayorazgo* , pp. 249-250.

103 L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 3, 12, 19 y 21. Clavero, *Mayorazgo*, p. 250-252.

104 D. de Covarrubias, *Opera omnia*, 3, 5, 6, cuya opinión es analizada por S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 45, pp. 110-111, núms. 57-63. En refuerzo de su opinión, acude Covarrubias a la costumbre jurídica francesa, por la cual la posesión del difunto pasa a su heredero, aunque éste sea extraño, sin necesidad de que medie gesto alguno de aprehensión. A lo que añade Llamas (p. 111, núm. 64), que también en *Partidas*, [V, IV, VII], en la donación aplazada se ordena la transferencia automática de la posesión y dominio de la cosa a quien hubiera lo hubiera mandado el donante, bien fuese su heredero o un tercero.

105 A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 45, fols. 240-241, núm. 111. L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 3, 12, 13. S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 45, pp. 112-113, núms. 69-70.

caría un amplio debate entre los juristas, era que la ley concediese eficacia a su traspaso, incluso, cuando los bienes afectados se encontrasen en poder de un tercero[106], proporcionando así un evidente fundamento jurídico a la imprescriptibilidad de los bienes vinculados.

También ligada a las secuelas de esta ficción debemos entender la implantación de un tipo de proceso sumario especial, el llamado juicio de tenuta[107], que irá orientado a la determinación del destinatario de esa particular forma de posesión civil y natural contemplada por la ley 45, a la que los juristas colocarán la etiqueta de civilísima[108]. No hay, sin embargo, que olvidar que el derecho de tenuta se ubica en un escalón inferior al de la simple posesión civil, teniendo en cuenta que la sentencia declarativa de su adjudicación quedaba a expensas tanto del juicio de propiedad como del de posesión. Sabemos, merced al contenido de la pragmática real de 27 de febrero de 1543, encargada de dotar de entidad legal a este procedimiento, que lo que ocurría con anterioridad era que para conseguir la aplicación de los mecanismos de sucesión en el mayorazgo previstos en esta ley 45 se acudía al Consejo de Castilla, persiguiendo que éste otorgase su beneplácito. No obstante, este sistema daba lugar a incertidumbres y dilaciones que la citada disposición tratará de atajar mediante la fijación de un término improrrogable de alegación y prueba de cincuenta días para la primera instancia y de cuarenta días para la suplicación, así como de un plazo de medio año a contar desde la defunción del último poseedor para la interposición de la demanda ante el Consejo de Castilla, cuyo fallo únicamente podría pronunciarse sobre la «tenencia de bienes», quedando los pleitos ordinarios sobre propiedad y posesión reservados a las Audiencias[109]. Reparto de competencias que será parcialmente corregido

106 Asunto particularmente debatido será el relativo a si dos personas pueden poseer simultáneamente una misma cosa. Un detenido repaso, nada complaciente con ellas, a las distintas posiciones doctrinales mantenidas al respecto puede seguirse en S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 45, pp. 113-131, núms. 77-157.

107 Tenuta que J. Escriche, *Diccionario razonado,* IV, voz «Tenuta», p. 1072, describe como: "La posesión de los frutos, rentas y preeminencias de algún mayorazgo en litigio que se gozaba hasta la decisión de la pertenencia de su propiedad".

108 Denominación que responde a su concepción como un derecho real peculiar, que al carácter natural reconocido por la ley, une una existencia ficticia, que explica el superlativo que acrece su condición civil. B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 252, nota. 85, donde cita a Cristóbal de Paz, *De maioratibus et eorum tenuta seu interdicto et remedio possessorio summarissimo, super huius Regni primogeniis tractatus*. Pinciae, Ihoannes de Rueda, 1615, 1, 79.

109 *Nueva Recopilación*, [5, 7, 9]: "Mandamos, que quando alguno, ò algunos

por las Cortes de Toledo de 1560, donde, en respuesta a la queja formulada sobre la excesiva duración de los pleitos sobre mayorazgo, se sustrajo a las Audiencias el conocimiento de las causas relativas a la posesión[110],

ocurrieren al nuestro Consejo sobre pleytos, y causas de mayorazgos, ò sobre el remedio de la ley passada, pareciendo à los del nuestro Consejo, que es caso en que se deue dar juez, le den: y en la comission que lleuare le manden, que en començando à entender en el negocio, assigne termino de cinquenta dias à las partes por todos terminos, y plazos: el qual no se pueda prorogar; ni alargar por ninguna manera, ni causa, dentro del qual los oyga: y las partes ante el digan, y aleguen, y presenten los mayorazgos, y otros titulos, y escrituras, y probanças que quisieren y hecho, y concluso el negocio dentro de los dichos cinquenta dias, sin otra mas conclusion, ni prorogacion para lo determinar, se trayga ante los del nuestro Consejo: y traydo, se vea, y determine luego, sin que aya, ni den lugar à otra alegacion, ni prouança: y la sentencia que en ello diere, se execute sin embargo de qualquier suplicacion que de ella se interpusiere: y executada se reciba la suplicacion, y se den otros quarenta dias, y no se puedan prorogar, ni alargar: dentro de los quales presente, y prouean las partes lo que quisieren, y vieren que les conuiene, para que en el dicho grado de suplicacion se vea, y determine lo que fuere justicia: Y si la sentencia fuere confirmatoria se remita el negocio al Presidente, y Oidores de la nuestra Audiencia, que hagan en el justicia. Y en caso que la sentencia que fuere dada por los del nuestro Consejo en el dicho grado de suplicacion fuere reuocatoria, que la sentencia reuista sea lleuada à pura, y deuida excusion, y en cuyo fauor se diere sea puesto en la tenencia de los bienes del tal mayorazgo, sin embargo que la sentencia de vista aya sido executada: y no quede otro remedio, ni recurso alguno, y el pleyto se remita à la dicha nuestra Audiencia en possesion, y propiedad, donde las partes sigan su justicia. Y la misma forma, y orden susodicha mandamos que se tenga, y guarde quando a los del nuestro Consejo pareciere se deue conocer de tal negocio en el Consejo, y no embiar juez para que en el se den los dichos cinquenta dias de termino, sin que se pueda prorogar mas, dentro del qual las partes digan, y aleguen, prueuen y presenten los que quisieren, y luego se vea el dicho pleyto, y la sentencia que dieren se execute, y excutada si alguna de las partes suplicare, se guarde y cumpla la orden susodicha. Y declaramos, que lo que assi fuere sentenciado en nuestro Consejo, y executado, sea auido solamente por tenencia de bienes. Y en caso que algun posseedor de mayorazgo falleciere, y el que pretende ser llamado al tal mayorazgo tomò la possesion del, y estuuiere en ella por medio año, y passado el dicho tiempo otro viniere al nuestro Consejo pidiendola por virtud de la dicha ley de Toro. Mandamos, que en tal caso no se dè Iuez, ni se conozca del en nuestro Consejo, sino que se remita a la dicha nuestra Audiencia". *Novísima Recopilación*, [11, 24, 2].

110 *Nueva Recopilación*, [5, 7, 10]: "Mandamos, que en los pleytos, y negocios sobre bienes de mayorazgo, y bienes vinculados, en que conforme a la ley passada, se conoce en el nuestro Consejo, que determinados los tales negocios en vista, y grado de reuista en el nuestro Consejo, la remission se haga a las nuestras Audiencias, tan solamente quanto a la propiedad, y no ansi mismo en quanto a la posession, como hasta aquí se ha hecho, de manera que la sentencia, y determinacion del Consejo, sea, y se entienda ser en posession , y que sobre lo assi sentenciado, no aya, ni pueda auer otro pleyto, y juyzio de possession, guardandose en lo demas todo lo contenido en la dicha ley: lo qual se entienda, y guarde en todos los negocios que al presente penden, y de aquí adelante pendieren en el nuestro

con lo que indirectamente se estaba potenciando la eficacia del juicio de tenuta, en adelante únicamente subordinado a la resolución del dedicado a la atribución de la propiedad. Y aún otra pragmática del año 1595 traerá una nueva modificación digna de reseña, al eliminar la instancia de suplicación y alargar el período de alegaciones a ochenta días[111]. Merece ser señalado, con todo, que tratadistas tan destacados como Antonio Gómez o Covarrubias demostrarán ignorar estas directrices, incluso las marcadas por la primera de dichas pragmáticas, a pesar de publicar sus obras varios años después de su promulgación. Pero ello no es óbice para que sus opiniones lograsen una fuerte presencia –aunque a menudo lo fuese para ser rebatidas– dentro del extenso debate alimentado por este precepto[112], que centrado sobre todo en los innumerables supuestos litigiosos susceptibles de excitarse en torno a la tenencia y la posesión, con su complicado juego de interdictos y demás recursos procesales[113], engendrará disputas doctri-

Consejo, excepto en aquellos que al tiempo de la data, y publicacion desta ley estuuieren ya vistos en el nuestro Consejo, que en ellos no se guarde, ni se entienda esta ley, y declaracion". *Novísima Recopilación*, [11, 24, 3].

111 *Nueva Recopilación*, [4, 19, 5]: "Por experiencia se ha visto, y vee, que los pleitos que en el nuestro Consejo se tratan sobre tenuta, y possession de mayorazgos, conforme a las prematicas fechas en las Cortes Cortes de Madrid en el año de mil y quinientos y quarenta y tres, y en la ciudad de Toledo año de mil quinientos y sesenta, se dilatan mucho en ver, y determinar en vista, y reuista, por ser ordinariamente de mucha calidad, e importancia, y auerse de ver, y determinar por todos los denuestro Consejo, que despues de auer visto los pleitos enferman, o se auentan, o estan impedidos por otras causas: y porque quieren las partes informar largo, y de espacio de su justicia, y queriendo remediarlo, y dar orden como los dichos pleitos se acaben con mas breuedad en el nuestro Consejo (...). Ordenamos y mandamos, que en los pleytos de tenuta y posesión, que de aquí adelante se començaren en el nuestro Consejo, no aya, ni pueda auer suplicacion, ni otro remedio ni recurso alguno de la primera sentencia que en ellos se diere; y que el pleyto se remita luego con la dicha sentencia en propiedad, a las nuestras Audiencias, donde las partes sigan su justicia: con que asimismo mandamos, que los cinquenta dias que la dicha prematica de Madrid se dà a las partes, para que en los dichos pleitos de tenuta y possesion digan y aleguen de su justicia, y hagan sus prouanças, y presenten escrituras, sean ochenta dias". *Novísima Recopilación*, [11, 24, 6]. La eliminación del trámite de suplicación había sido ya concedida, a petición (núm. 70) expresa de la misma, en las Cortes de Madrid de 1573. Noticia de otras disposiciones posteriores atinentes al procedimiento de tenuta en B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 254, nota 93.

112 Buena muestra de ello es la réplica opuesta a la argumentación desarrollada por A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 45, fols. 247-249, núm. 118, acerca de los interdictos de los que dispone el sucesor en el mayorazgo para pedir al tenedor de los bienes que se los entregue, por L. de Molina *De hispanorum primogeniorum*, 3, 13, 2 a 6 y, frente a ambos, por S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, pp. 136-144, núms. 188-220.

113 Un poco fructuoso intento de aclaración sistematizada de sus distintas clases y

nales y judiciales de tan extraordinaria complejidad y dificultad, que aparte de desbordar sobradamente los márgenes de prolijidad aconsejables al objeto de esta exposición, a la postre constituirían una de las razones que más contribuyeron a encender los ánimos de los partidarios de la abolición del mayorazgo[114].

6. Sujeción de ampliaciones, añadidos y mejoras al régimen de vinculación

La 46 es la última de las leyes de Toro destinadas a regular el mayorazgo, y también la más innovadora y una de las más debatidas de todas ellas. El conjunto de las propiedades originalmente vinculadas por mayorazgo podría ser objeto de adiciones, ya fuesen efectuadas por iniciativa personal del poseedor, u, ocasionalmente, porque viniesen impuestas como condición en la propia fundación, quedando, en todo caso, sometidas al régimen establecido a partir de ésta. Mayores problemas planteaba, empero, la cuestión de qué consideración debían recibir las mejoras y expensas realizadas en el mayorazgo, aspecto que ya dos años antes de la entrada en vigor del ordenamiento toresano había sido abordado por Palacios Rubios, quien había abogado por su tratamiento como gananciales y su consiguiente sujeción a la división por mitad entre los cónyuges[115]. Sin embargo, el legislador de Toro romperá radicalmente con esta línea de pensamiento, al prescribir que todas las fortalezas, cercados y edificios levantados, reparados o mejorados en las ciudades, villas, lugares y heredamientos del mayorazgo se incorporaran a éste, sucediendo en ellos el que fuese llamado a su titularidad, con todos los vínculos y condiciones en él contenidos, y liberado de cualquier obligación de pagar por ello a la mujer, los hijos o los herederos de quien hizo estas construcciones, reparaciones o mejoras; aunque ello no debería ser tomado como una tácita derogación de las leyes precedentes, que habían ordenado la destrucción de fortalezas y prohibido la erección de otras nuevas[116]. Es decir, en virtud de esta dis-

efectos en J. Álvarez Posadilla, *Comentarios*, l. 45 pp. 271-282.

114 R. Gibert, *Leyes de Toro*, p. 257.

115 J. López de Palacios Rubios, *Comentaria et repetitio*, 1, 62, 14.

116 *Leyes de Toro*, [46]: "Todas las fortalezas que de aqui adelante se hicieren en las ciudades, villas y lugares, y heredamientos de mayorazgo, y todas las cercas de las dichas ciudades, villas y lugares de mayorazgo asi las que de aqui adelante se hicieren de nuevo, como lo que se reparare, ó mejorare en ellas, y asimismo los edificios que de aquí

posición, las mejoras accedían al mayorazgo en perjuicio de los derechos, incluida su computación a efectos de dote y legítima, de los herederos del último poseedor, que perdían por completo la facultad de hacerlos valer frente al sucesor[117].

No sorprende, por lo tanto, que las reacciones ante esta medida, que, además, podría entenderse contraria a las soluciones recogidas respecto a supuestos similares en el Fuero Real[118], distasen de ser pacíficas,

adelante se hicieren en las casas de mayorazgo labrando, ó reparando, ó reedificando en ellas, sean ansi de mayorazgo como lo son, ó fueren, las ciudades, villas ó lugares y heredamientos, y casas donde se labraren. Y mandamos que en todo ello succeda el que fuere llamado al mayorazgo con los vinculos y condiciones en el mayorazgo contenidas sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimación, ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los hizo, ni á sus hijos, ni á sus herederos ni succesores. Pero por esto no es nuestra intención de dar licencia ni facultad para que sin nuestra licencia ó de los Reyes que de nos vinieren se puedan hacer, ó reparar las dichas cercas, ó fortalezas: mas que sobre esto se guarden las leyes de nuestros reynos como en ellas se contiene". *Nueva Recopilación*, [5, 7, 6]. *Novísima Recopilación*, [10, 17, 6].

La disposición en la que se volcaba el mandato de destrucción de todas las fortalezas erigidas en tiempos de Enrique IV y la prohibición de construir otras nuevas venía recogida en A. Díaz de Montalvo, *Ordenanzas Reales de Castilla,* [4, 7, 8]: "Porque algunos con gran osadia e atrevimiento, sin liçencia e mandamiento de los reyes nuestros progenitores e nuestro, se han atrevido, e atrevieren de aquí adelante, a fazer edificar castillos e fortalezas: Ordenamos e mandamos que los castillos viejos e las peñas bravas, e las otras fortezas, e cuevas e oteros, que en el nuestro suelo e en el suelo del abadengo, e en el suelo ageno, fueron o fueren de aquí adelante edificados, tenemos por bien que luego sean demolidas e derribadas (...). E quando nos oviéremos de dar liçencia que alguno de nuevo aya de edificar e fazer casa fuerte, que non lo faremos nin entendemos fazer sin acuerdo de nuestro consejo e de algunas cibdades e villa, e logares, de las comarcas donde la tal fortaleza se oviere de mandar fazer".

117 La interpretación que de la intención del legislador hará J. Escriche, *Diccionario razonado*, IV, voz «Mayorazgo», pp. 73-74, irá en otra dirección, afirmando que la ley no pretendía favorecer y fomentar los mayorazgos, sino distraer y apartar a los buenos padres de familias de emplear su dinero, con perjuicio de sus mujeres e hijos, en hacer o reparar castillos, casas fuertes y otros edificios. Lo que vendría avalado por una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1871, por la que se establecía que era ilícito hacer extensiva esta disposición a casos y objetos no comprendidos en ella. Por lo que la ley no sería contraria al reintegro de las mejoras.

118 En particular en *Fuero Real*, [3, 4, 3]: "Quando el marido e la mugier ponen uinna en tierra que sea de qualquier dellos, cuya fuere la tierra tome el terrado segundo como pone las otras uinnas en aquel logar, e el uno parta lo al con los otros fiios del muerto o con sus herederos si fiios non ouiere; e esto mismo sea en las otras lauores qualesquier que sean en el so logar del uno dellos", y [3, 4, 9]: "Si el marido e la mugier fazen casa en tierra que sea del marido o de la mugier e muriere el uno dellos, cuya fuere la raýz de la meetat de la apreciadura a qui heredare su buena, quanto asmaren que costó la fechura,

empezando por la del propio Palacios Rubios, que al comentar esta norma aludirá a la enérgica oposición manifestada por su parte en el seno de la comisión redactora frente a una ley a la que calificará de inicua por razón y por derecho, aventurando, una vez dictada y sin perjuicio de acatarla, por creerla legitimada por la simple aprobación regia, la predicción de una vigencia abocada a ser temporalmente muy corta[119]. Una postura que choca con la sostenida por Castillo, que amparándose, igualmente, en el incuestionable respeto debido a la autoridad real que había sancionado el precepto, defenderá la presunción de su justicia[120]. Lo cierto es que, a pesar de concitar después las devastadoras invectivas de Jovellanos y de coadyuvar con sus pésimas consecuencias a la ruina de la institución, esta ley perdurará incólume durante siglos con la aquiescencia de autores como Llamas y Molina, que amén de otros argumentos, respaldará su pertinencia, aduciendo la conveniencia de poner obstáculos a la distracción y enajenación de los bienes vinculados, y estimando acertado que en el dilema entre asignar la plusvalía generada por las mejoras a aquél que las hizo o al sucesor del mayorazgo, se hubiese preferido proteger a este segundo[121]. Es más, este alineamiento decidido del precepto en favor del mayorazgo ha llegado a conceder terreno a derivas historiográficas que, partiendo del presupuesto de la incompatibilidad entre la pujanza de la antigua nobleza territorial y el imparable ascenso de la monarquía, propagaron la sospecha de que detrás de las leyes 27 y 46 de Toro podría esconderse un astuto plan regio de socavamiento de la propiedad feudal, mediante el sutil expediente de una extrema radicalización de su régi-

e finque cuya fuere la raýz con las casas; e si cuya fuere la ráyz muriere antes, otrosí los que heredaren su buena den la meetat de la apreciadura assí como sobredicho es; e otrosí mandamos que esto mismo sea de los molinos e de los fornos".

119 J. López de Palacios Rubios, *Glossemata*, l. 46, fol. 108v, núms. 3 y 4. Según su relato, sus protestas no pudieron impedir la aprobación de la ley, porque una fuerte dolencia ocular le privó de acudir a la sesión en la que se acordó su aprobación. Siglos después B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, II, p. 269, afirmará que la profecía no se cumplió, dando a la ley ocasión a durar todo lo que era preciso para confirmar su juicio altamente desfavorable. Después se extiende como sus predecesores en su análisis, pp. 269-281.

120 D. del Castillo, *Las leyes de Toro*, l. 46, fol. 166r, núm. 1. Al parecer, habiendo coincidido ambos autores en la villa de Berlanga, tuvieron ocasión de debatir públicamente sobre sus divergentes pareceres acerca de la justicia de lo dispuesto en este precepto.

121 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 46, pp. 168-169, núms. 34 a 44. Más justo es, defenderá, que los inconvenientes y perjuicios los sufran la mujer y los herederos del que voluntariamente se expusó a padecerlo, que no la mujer y los herederos del sucesor, que ninguna parte tuvo en ello.

men[122]. Con independencia de esas supuestas ocultas intenciones, ciertos comentaristas pugnarán por circunscribir el ámbito de aplicación de esta disposición a los casos concretos especificados en su redacción, ya de por sí suficientemente típicos y generales[123]. No obstante, esta propuesta no prosperaría ante el posicionamiento contrario de un sector mayoritario de la doctrina, partidario de proyectar su alcance a cualquier clase de aumento o mejora que hubiese afectado a los elementos componentes del mayorazgo[124]. Habrá, incluso, quien, en virtud de esta interpretación extensiva, apuntará la pretensión de que, en defensa de la integridad patrimonial del mayorazgo, el peso de los gastos y las costas resultantes de los pleitos sustanciados en torno al mismo debería correr enteramente por cuenta de los hijos excluidos del último poseedor, con la consiguiente plena exoneración del sucesor[125]. No cejarán, con todo, los intentos de paliar esta absoluta postergación de la viuda y los herederos del tenedor, apelándose, por ejemplo, a la posibilidad de que éstos dedujesen o arrancasen aquellas

122 En representación de esta corriente cabe aludir a Serafín Adame y Muñoz, *Curso histórico-filosófico de la legislación española,* Sevilla, La Publicidad, 1854, p. 504, o al propio J. Gónzalez Serrano, en la historia del mayorazgo que introduce en su *Comentario histórico*. Véase B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 128-129 y notas 8 y 9.

123 Lectura restrictiva propuesta, en principio, por M. Peláez de Mieres, *Tractatus Maioratuum*, 4, 33, 1, y a la que luego se sumará, entre otros, J. Gutiérrez, *Practicarum quaestionum*, 2, 81; 2, 82; y 2, 83, o el propio G. M. de Jovellanos en su conocido Expediente de la Ley Agraria remitido al Consejo de Castilla. También se une a este posicionamiento J. Álvarez de Posadilla, *Comentarios*, l. 46, p. 290, basándose en que la ley es correctora del derecho común de España, y en que si hubiera querido comprender todo tipo de mejoras, al legislador le hubiese resultado más fácil emplear una generalidad, que expresar solamente los tres casos particulares. Son interesantes, al respecto, las prolijas objeciones que le plantea S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 46, pp. 177-182, núms. 90 a 116.

124 S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 46, p. 175, núm. 76, nos da noticia de que Burgos de Paz, el joven, había relatado como diversos abogados famosos discutieron esta cuestión, que él mismo no se atrevía a resolver. Sí se pronuncia abiertamente por su aplicación a todas las mejoras hechas en el mayorazgo, L. Velázquez de Avendaño, *Legum taurinarum*, l. 46, glosa VI, fol. 195v, núm. 1, que, sin embargo, para reproche posterior de Llamas (pp. 175-176, núms. 81-87), introduce como excepción que los aumentos realizados fuesen de tal condición que produjesen cuantiosos réditos a los sucesores, en cuyo caso, según él, sería justo que entregase a la mujer y los hijos del antecesor la mitad del valor de dichas mejoras. Y también Juan Castillo Sotomayor, *Controversiarum quotidianorum iuris*, Colonia, 1752 (1ª ed. 1613), 5, 65, 88 (citado por B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 128, nota 8).

125 Tal fue la demanda alegada por el procurador Gómez de Córdoba en la sesión de las Cortes de Madrid de 22 de enero de 1601. Citado por B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 148-149.

ampliaciones o reformas susceptibles de separación sin detrimento de la cosa principal[126]. Ahora bien, al margen de tales discusiones, la prevalencia de una visión ajustada a los concluyentes términos vertidos en la ley vendrá a apuntalar la reducción del marco de validez de los derechos hereditarios de quienes se hubieran visto apartados de las redes de transmisión de la fortuna familiar exclusivamente a los bienes no pertenecientes al mayorazgo, con el agravante, además, de que la carga de la prueba de su ajenidad al mismo se trasladará también sobre ellos[127]. Situación que, por añadidura, nace, como sabemos, con vocación de perpetuarse a lo largo de toda la cadena de sustituciones sucesorias.

7. De Toro a las leyes desvinculadoras

La regulación contenida en esta amplia serie de disposiciones toresanas, constituirá pues, al ser incorporada a las más importantes recopilaciones modernas, la base legislativa sobre la que se articulará la posterior evolución de esta singular institución, hasta la adopción de las primeras medidas restrictivas impulsadas por los aires reformadores de la Ilustración. Claro está, que previamente todavía conocerá modificaciones legales de profundo calado, como lo será la canalizada a través de una pragmática de 1534, que apelando al perjuicio que la práctica de la unión de mayorazgos por casamiento estaba ocasionando en la memoria y la fama de los fundadores y de sus linajes, cegará la posibilidad de concentrar por la vía del matrimonio dos mayorazgos en una única persona, cuando al menos uno de ellos fuera de un valor superior a dos cuentos o millones, pues dándose esta circunstancia, el sucesor era instado a escoger el mejor y más principal, pasando el otro al hijo o la hija segundo que le siguiese en la línea sucesoria, si bien, cuando careciese de hermanos, se le permitía retenerlo vitaliciamente, pero persistiendo la obligación de que a su muerte los

126 A favor de esta segregación se manifiestan, incluso, autores claramente proclives a la defensa del mayorazgo como A. Gómez, *Ad leges Tauri*, l. 46, fol. 286, núm 2, o L. de Molina, *De hispanorum primogeniorum*, 1, 26, 16. Entre quienes se muestran contrarios a aceptarla se halla M. Peláez de Mieres, *Tractatus Maioratuum*, 4, 33, 7. No obstante, como bien recuerda S. Llamas y Molina, *Comentario crítico*, II, l. 46, p. 194, núm. 188, lo que los primeros, cuya opinión comparte, entienden por mejoramientos en los edificios son los pertrechos de guerra llevados a una fortaleza para su protección.

127 Y ello debido a que se presume que todo aquello que existe dentro de las villas y lugares del mayorazgo está adscrito a éste. M. Peláez de Mieres, *Tractatus Maioratuum*, 4, 20, 1 y 4, 20, 2.

mayorazgos fuesen divididos entre sus descendientes. Un mandato cuyo cumplimiento tampoco cabía eludir con apoyo en cláusulas, condiciones, llamamientos o derechos precedentes a favor de los hijos de mayor edad, ya que todos ellos quedaban automáticamente revocados y sin efecto[128].

Sin embargo, las noticias que nos han llegado convergen en irradiar la imagen de una absoluta falta de efectividad de esta norma, a la que tampoco la doctrina se muestra muy proclive a conceder virtualidad más allá de la situación concreta, expresada en la ley, de que la acumulación de mayorazgos se asociase directamente al cierre de una alianza matrimonial; y ello a pesar de que el propio precepto tomado en su literalidad induce a pensar que a la limitación que introducía se estaba pretendiendo

128 *Nueva Recopilación,* [5, 7, 7]: "Que dos mayorazgos de dos quintos, y de ahí arriba, no se ayunten en una persona por casamiento.- Otrosi, somos informados, que por causa de se auer juntado en estos nuestros Reynos de poco tiempo à esta parte, por via de casamiento, algunas casas, y mayorazgos de Grandes, y caualleros principales, la memoria de los fundadores de los dichos mayorazgos, y la fama dellos, y de sus linages se ha disminuydo, y cada dia se disminuye, y pierde, consumiendose, y menoscabandose las dichas casas principales, en las quales muchos de sus parientes, y criados, y otros homes hijosdalgo se acostumbrauan mantener, y sostener: lo qual demàs de ser perdida de los tales linages, que por los buenos seruicios que a los Reyes nuestros predecesores hizieron, como merecieron ser honrados, y acrecentados, merecen de Nos, y de nuestros sucessores ser sostenidos, y conseruados: Es ansi mismo mucho de seruicio nuestro, y daño, y perjuyzio destos nuestros Reynos, por que disminuyendose las casas de los nobles dellos, no aurà tantos caualleros, y personas principales de quien nos podamos seruir: y por esto, considerando los dichos inconvenientes, y otros que que de juntarse los dichos mayorazgos vienen (...) mandamos, que en los matrimonios que hasta agora no estan contraydos, cada, y quando que, por via de casamiento se vinieren a juntar dos casas de mayorazgo, que sea la vna dellas de valor de dos quentos de renta, o dende arriba, el hijo mayor que en las dichas dos casas, assi juntas por casamiento, podia suceder, suceda solamente en vno de los tales mayorazgos, en el mejor, y mas principal, qual el quisiere escoger: y el hijo, o hija segundo suceda en el dicho mayorazgo: y sino vuiere mas de vn hijo, o de vna hija, que aquel los pueda tener por su vida. Y si aquel hijo, o hija vuiere dos hijos, ò hijo, y hija, se diuidan, y aparten los dos mayorazgos, segund auemos dicho: de manera que los dos mayorazgos, siendo como diximos, el vno dellos de dos quentos de renta, ò dende arriba, no concurran en vna persona, ni los pueda vno tener, ni posseer, sino como dicho es. Lo qual todo mandamos que se haga, cumpla y execute ansi, sin embargo de qualesquier clausulas condicionales, y llamamientos que en los dichos mayorazgos se contengan: y sin embargo de qualesquier leyes, y derechos que en fauor de los hijos mayores pueda auer, y ellos puedan pretender, porque en quanto à efecto desto, de nuestro propio motu, y poderio real absoluto lo reuocamos, y damos por ningunos, y de ningun valor, y efecto, quedando en su fuerça, y vigor, quanto à todo lo demás". *Novísima Recopilación*, [10, 17, 7]. Por sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1869, esta ley no era aplicable a los títulos de honor.

darla un alcance más general[129], y de que no parece razonable ignorar el hecho de que siguiese siendo recogida en las recopilaciones oficiales. Es más, Rojas y Almansa, que escribirá una obra considerada clásica sobre el tema, en la que se manifestará contrario a la aplicación del precepto, proporciona una detallada relación de los juristas alineados en el bando de los valedores de la oportunidad y la justicia de esta disposición, y además refiere que algunos de ellos sostenían que la misma había sido invocada no sólo para evitar la fusión de mayorazgos por casamiento, sino también para operar cuando esta agregación acompañaba a una transmisión sucesoria[130]. Unos datos que, a juicio de Iglesia Ferreirós, restan certeza a la, frecuentemente proclamada, supuesta unanimidad de los testimonios sobre la inaplicación de la ley, que, tal vez –apunta– lo que traduce es más bien una paulatina caída en el desuso ante el desfase de la cuantía máxima fijada, y que, al tiempo, le empujan a plantearse si, en lugar del rendimiento del monarca a los intereses de la nobleza, dicha ausencia de eficacia no estaría trasluciendo la fuerza de una arraigada moral familiar, que impondría a los hijos la obediencia a las decisiones paternas[131]. Lectura ésta que difiere abiertamente de la propuesta por Clavero para una norma que sugiere dictada para no ser cumplida, por inviable, pero que, con todo, en su opinión, pudo desempeñar una función nada desdeñable: «la creación de una apariencia jurídica legal de incompatibilidad que se sobrepusiese a un proceso real de acumulación»[132]. Y que, por ende, alentaría la aparición de un singular género tratadístico, con Hermenegildo de Rojas y el propio Rojas y Almansa como representantes más destacados[133], que, simulando –afirma Clavero–, promover la observancia de la

129 No en vano, la ley acababa ordenando: "no concurran en una persona, ni los pueda uno tener, ni poseer". Más aún, llegará a descubrirse una *ratio legis* justificativa de esta restricción. Así -se afirma-, el propósito del legislador fue el de evitar la agrupación de mayorazgos que procediese «ex procurata personarum diligentia», pero no en la que resultase «ex providentia et contingentia», sancionándose en la primera categoría el fraude implícito en la unión consumada simultáneamente al matrimonio, pero excluyéndose, por entenderse frutos de la providencia, los casos en que se consumase con posterioridad al enlace o se operase por sucesión. Véase B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 151 y 258.

130 J. M. Rojas y Almansa, *Tractatus amicus*, Madrid, 1755, pp. 420-426. De la inobservancia de esta disposición se hará también eco B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, II, p. 282, a pesar de ser, en su opinión, su objeto tan equitativo, su precepto tan terminante y su sanción tan enérgica.

131 A. Iglesia Ferreirós, *Doctrina e instituciones*, pp. 254-257.

132 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 258-259.

133 Hermenegildo de Rojas, *Tractatus posthumus de incompatibilitate Regnorum*

prohibición de juntar mayorazgos, en realidad contribuirá a estimular la contravención de la regla legal de incompatibilidad, mediante una extensión tan desmesurada de este impedimento, que le llevará a abarcar casi cualquier supuesto imaginable, con lo que su factualidad terminará convirtiéndose en imposible[134].

Con posterioridad a esta célebre pragmática, conviene hacer alusión a la presentación por las Cortes de Valladolid de 1548 de una petición, en la que se solicitaba la predeterminación de la proporción de los frutos y rentas del mayorazgo, «así de dinero como de yerba y pan», que debería corresponder a quien hubiese sucedido en la titularidad del mismo, con el fin de acabar con los frecuentes conflictos que este asunto generaba entre dicho sucesor, al que el juego combinado de las leyes 45 y 46 de Toro atribuía su totalidad, y los herederos de su anterior tenedor; consulta que fue ambiguamente respondida por el monarca: «que los jueces hagan justicia», en amparo, cabe entender, del régimen de mayorazgo[135]. Tres años más tarde, en las Cortes de Madrid de 1551, los intentos de defensa de la institución se plasmarán en una triada de peticiones, dirigidas, respectivamente, a que se restringiese la concesión de nuevas licencias de fundación únicamente a personas de acreditada calidad social y solvencia patrimonial, a que se prohibiese la venta o el censo y la afectación a dote de los mayorazgos, y a que se declarase la preferencia masculina sobre las mujeres de mejor grado, no encontrando, empero, sino evasivas réplicas de un rey poco dispuesto a ceder una parcela de su libertad de decisión sobre estos diversos extremos[136]. Sobre el último de estos aspectos se pronunciaría, no obstante una de las dos pragmáticas del año 1615, ya analizadas, para asegurar, frente al sentido de dicha pretensión, los derechos de las hembras de mejor línea y grado frente a los varones de parentesco

ac Maioratuum, Lyon, 1745 (1ª ed. 1669). J. M. Rojas y Almansa, *Tractatus amicus*.

134 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 150-153.

135 *Cortes de Castilla y León*, 5, Cortes de Valladolid de 1548, petición 58. B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 132, interpreta la equívoca respuesta regía como defensora del mayorazgo, si bien en la nota 16 menciona que P. Nolasco de Llano, *Compendio*, comentando la glosa de A. Gómez a la ley 46 corrige a éste al pronunciarse, no por la adjudicación íntegra de las rentas pendientes al sucesor, sino por su reparto prorrateado entre éste y los herederos del último poseedor según el tiempo de su fallecimiento. Sin embargo, en la edición aquí manejada, no he conseguido encontrar en el texto de Nolasco esta referencia.

136 *Cortes de Castilla y León*, Cortes de Madrid de 1551, peticiones 106, 107 y 108. Sobre las dificultades de localización de estas peticiones, debido a los errores de numeración existentes en la edición utilizada, veáse B. Clavero, p. 133, nota 17.

más lejano, ocupándose la otra, como sabemos, de confirmar la vigencia del principio de representación.

Consolidado este régimen, sin que se produzcan modificaciones sustantivas a lo largo de las casi dos centurias siguientes, habrá que esperar al despuntar del reformismo ilustrado para ver aparecer las primeros signos de hostilidad respecto a una institución frente a la que terminará desplegándose una abierta ofensiva, que a la postre conducirá a su erradicación. Un proceso del que, por ser ya bien conocidas, solamente destacaremos de manera esquemática sus principales líneas maestras. Baste, pues, empezar recordando que este giro responde a un progresivo cambio de mentalidad, que comienza a aflorar en el conocido *Tratado de la regalia de la amortización* de Pedro Rodríguez Campomanes (1765)[137] y, sobre todo, en la importante literatura generada por la candente cuestión agraria, con aportaciones tan destacadas como las de Gaspar Melchor de Jovellanos (1795)[138], que se plantea ya la abolición de las vinculaciones, y Juan Sempere y Guarinos (1805)[139], que se muestra especialmente beligerante contra la legislación de Toro[140]. No obstante, a pesar de la creciente fuerza de esta corriente, todavía persisten voces como la de Juan Francisco de Castro (1787), que aunque reconocerá los perjuicios que de los mayorazgos se derivaban para la población, la agricultura y el comercio, no renunciará a ponderar la conveniencia de su conservación para determinados fines políticos, la cual, además, creerá factible mediante la introducción de ciertos ajustes en su regulación y, sobre todo, a través de la ampliación de la justificación requerida para su fundación a los méritos adquiridos en el desarrollo de actividades distintas a aquellas que estaban estrictamente asociadas a la condición nobiliaria[141].

137 P. Rodríguez de Campomanes, *Tratado sobre la regalía de la amortización*, Madrid, A. Oliva, 1765.

138 G. M. Jovellanos, *Informe de la Sociedad Económica de esta Corte al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de la ley agraria*, Madrid; Imprenta de Sancha, 1795, ed. Facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1995.

139 J. Sempere y Guarinos, *Historia del derecho español*, 2 vols. Madrid, Imprenta real, 1805. Sobre esta cuestión agraria, véase B. Clavero, *Mayorazgo,* pp. 312-330.

140 Entre las opiniones que empiezan a mostrarse claramente críticas frente las negativas consecuencias de los mayorazgos sobre la fortuna, la posición social y la propia supervivencia de las grandes familias, puede mencionarse a A. X. Pérez y López, *Teatro de la Legislación universal de España e Indias*, Madrid, 1797, t, XIX, pp. 433-453. Véase R. Gibert, *Mayorazgo*, p. 127.

141 J. F. de Castro, *Discurso crítico sobre las leyes y sus intérpretes*, III, Madrid, 1787.

Se trata, en todo caso, de un nuevo posicionamiento crítico, que ya en el reinado de Carlos III irá dando aliento a algunas puntuales medidas legislativas[142], y que llegará a cuajar en el fallido ensayo de reforma canalizado por medio de una conocida instrucción, elaborada por el conde de Floridablanca y presentada en 1788 ante la Junta de Estado, en la que, con el fin de poner remedio a los males económicos y morales achacados al mayorazgo, se proponían diversas soluciones referidas a cuestiones consideradas particularmente urgentes, como el establecimiento de unos requisitos más exigentes para su fundación, la liberalización del régimen aplicable a las mejoras, o su supresión cuando se produjese la extinción de las líneas hereditarias. Pero este intento, que Clavero percibe no conectado todavía a una política de derogación de las estructuras feudales, sino, al contrario, como un postrero esfuerzo encaminado al mantenimiento de la primacía de la propiedad territorial señorial por la vía de su sometimiento al control de la corona, se verá frustrado debido, principalmente, a la oposición suscitada en Cortes, con sustento en la defensa de otros sistemas vinculares peninsulares que no habían incurrido en los excesos del castellano[143]. Dejando como único auténtico resultado una real cédula de 14 de mayo de 1789, por la que se impedía la creación, por cualquier vía que se tratase, de nuevos mayorazgos, y la prohibición perpetua de la enajenación de bienes inmuebles sin la previa existencia de licencia regia, la cual sólo sería otorgada tras la obtención de la oportuna información que amparase su concesión, que –se señalaba– debería estar basada en que la entidad de sus rentas fuese superior a tres mil ducados, y en la posibilidad de la familia del fundador de emplearse en la carrera militar o política con utilidad para el Estado, añadiéndose, también, que si en su composición entrasen primordialmente bienes raíces esta circunstancia debería compensarse, haciendo que las dotaciones realizadas sin término temporal recayesen sobre efectos de rédito fijo con el fin de favorecer la libre circulación de bienes[144]. No obstante, unos años más tarde se aclara-

142 De ellas se hace cumplido eco B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 292-295. Destaca la disposición de 1788 (R.C. 28-X-1788) que ordenaba la aplicación de la ley 46 de Toro a las mejoras efectuadas en las casa y solares urbanos de Madrid, que depués se hizo extensiva al resto del reino (R. C. 14-V-1789).

143 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 296-306.

144 *Novísima Recopilación*, [10, 17, 12]: "Teniendo presente los males que dimanan de la facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpetuamente, abusando de la permisión de las leyes, y fomentando la ociosidad y soberbía de los poseedores de pequeños vínculos ó patronatos, y de sus hijos y parientes, y privando de muchos barazos

ría que estas prohibiciones no tendrían alcance retroactivo respecto a las vinculaciones ya preexistentes[145].

Más eficaz se demostrará la ofensiva desencadenada en el terreno fiscal por un Estado que sumido, a causa, primordialmente, de las ruinosas guerras en las que se había envuelto, en una aguda crisis financiera, no podía continuar permitiendo que al margen de sus menguadas fuentes de percepción de ingresos quedase una forma de propiedad tan importante como la vinculada. Se suceden así diversas medidas encaminadas a proyectar sobre ella resortes impositivos[146], entre las que podemos destacar la fijación, en 1795, de una detracción del quince por ciento de los bienes en adelante destinados a vinculaciones, que iría dirigida a ayudar a la extinción de los vales reales que habían sido emitidos para sufragar las costosas campañas bélicas[147]. Tres años más tarde, en virtud de un decreto de 19

al exército, marina, agricultura, comercio, artes y oficios, he resuelto, que desde ahora en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por vía de agregación, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenación de bienes raices o estables por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia mia, ó de los Reyes mis sucesores; la qual se concederá a consulta de la Cámara, precediendo conocimiento, de si el mayorazgo o mejora llega ó excede, como deberá ser, a 3000 ducados de renta; si la familia del fundador por su situación puede aspirar á esta distinción, para emplearse en la carrera militar o política con utilidad del Estado; y si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raices, lo que se deberá moderar, disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan y situen principalmente sobre efectos de rédito fixo, como censos, juros, efectos de villa, acciones de Banco ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulación de bienes estables para evitar su pérdida o deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública, declarando, como declaró nulas y de ningun valor ni efecto las vinculaciones, mejoras y prohibiciones de enagenar, que en adelante se hicieren sin Real facultad, y con derecho á los parientes inmediatos del fundador ó testador para reclamarlas, y suceder libremente, sin que por esto sea mi ánimo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto, con tal que sea sin vinculación perpetua, mientras no concurra licencia mia, a cuyo fin derogo todas las leyes y costumbres en contrario". Esta cédula sería rechazada como contrafuero por las Cortes de Navarra. B. Gutiérrez Fernández, *Códigos*, II, p. 296, defiende que la ley dio un gran paso para atajar los progresos de la amortización, por contener una censura a esta práctica, introducir algunas restricciones y requerirse la real licencia.

145 *Novísima Recopilación*, [10, 17, 13]: "(...) he tenido á bien declarar, no estar comprehendida en la prohibicion de ella la citada vinculacion, como hecha con anterioridad; y al mismo tiempo he resuelto, que esta declaracion se entienda por regla general, á fin de evitar en adelante dudas y recursos de igual naturaleza".

146 En lo relativo a las datadas entre 1789 y 1808, pueden seguirse en B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 331-337, y R. Gibert, *Mayorazgo*, pp. 127-128.

147 *Novísima Recopilación*, [10, 17, 14]: "Imposición de un quince por ciento en los bienes destinados á vinculaciones de mayorazgos-. Habiéndose propuesto, entre otros

de septiembre de 1798, que afirmaba perseguir la conservación íntegra de las vinculaciones, y con ellas del lustre de las familias, y la restitución de las haciendas al cultivo de propietarios activos y laboriosos, se concedió a los poseedores la facultad de enajenar bienes de mayorazgo en pública subasta y previa tasación con la condición de la inversión de su producto líquido, a un bajo interés anual del tres por ciento, sobre la Real Hacienda, a fin de contribuir a cubrir el empréstito patriótico que recientemente había sido lanzado, si bien se respetaba el derecho de recuperación de su importe por el sucesor cuando no hubiese consentido en la operación[148]. Meses después, en refuerzo de esta política, mediante un nuevo decreto, de 11 de enero 1799 se decidía la devolución a los enajenantes de una octava parte del valor de los bienes vendidos, una vez deducidas deudas y cargas[149]. Una relación en la que también cabe incluir una resolución de

arbitrios ventajosos para aumentar el fondo de amortización de Vales Reales, la imposición de un quince por ciento sobre los bienes que se destinen á vinculaciones, he venido en resolver, conformándose con el parecer uniforme de mi Consejo de Estado, que se establezca desde luego con este preciso y determinado objeto el derecho referido: y en conseqüencia mando, que de todos los bienes raices ó estables, derechos o acciones Reales que en adelante se vinculen, ó que de qualquier modo se prohiba su enagenacion con licencia mia ó de los Reyes mis sucesores (…)".

148 *Novísima Recopilación*, [10, 17, 16]: "Facultad de los poseedores de mayorazgos, vínculos y patronatos de legos para enagenar los bienes de sus dotaciones.- Atendiendo á los dos importantes objetos de conservarse íntegras las vinculaciones, y con ellas el lustre de las familias á que pertenezcan, y de restituirse las haciendas al cultivo de propietarios activos y laboriosos, con trascendental influexo en los progresos de la opulencia y felicidad de la nación; concedo por punto general á todos los poseedores de mayorazgos, vínculos ó patronatos de legos, y de qualesquiera otras fundaciones con qualquier título que se denominen, y en que se suceda por el órden que se observa en los mayorazgos de España, mi Real facultad y permiso, para que sin embargo de qualesquiera cláusulas prohibitivas de enagenar los bienes de sus dotaciones (…), puedan efectuar las ofertas que hayan hecho, o desearen hacer de los productos líquidos de las ventas de los mismos bienes; pero solamente les serán admitidas con aplicación al emprestito patriótico, baxo la condicion expresa de que, á medida que tocare la suerte de ser reintegradas las acciones que cupieren en aquellos productos, se recibirá é impondrá su valor sobre mi Real Hacienda en la Caxa de Amortización al rédito del tres por ciento al año; bien entendido, que á efecto de no perjudicar á los sucesores que no hubieren prestado su consentimiento para tales ofertas, se les abonará y satisfará con puntualidad en la propia Real Caxa el rédito asignado, desde el día siguiente al del fallecimiento de los poseedores que las hicieren (…)".

149 *Novísima Recopilación*, [10, 17, 17]: "Se devuelva por vía de premio á los poseedores de bienes vinculados la octava parte del valor de los que vendan.- Con motivo de haberse manifestado varios poseedores de bienes vinculados dispuestos á executar desde luego su enagenacion (…), siempre que obtuviesen el correspondiente permiso para retener parte del precio con objeto á pagar sus deudas, contraidas las mas veces por una

febrero de 1803, por la que se permitía la enajenación de fincas que estuviesen distantes del lugar de residencia, y la subrogación de su precio en establecimientos de obras pías, contando como incentivo con el beneficio de la exención de alcabalas[150]. Finalmente, de indudable relevancia sería asimismo una real orden de 11 de mayo de 1805, que autorizaba a los poseedores de mayorazgos a comprar predios pertenecientes a los mismos por su precio de tasa y sin subasta, con retención del premio de la octava parte, y con el único requisito de la aprobación del intendente provincial, no pudiendo el sucesor, que en el caso de ser menor o estar ausente sería sustituido por el procurador síndico de los pueblos de su localización, manifestar oposición, salvo en lo relativo a la apreciación del valor de la heredad, cuya cuantía se limitaba sobre la base del tres por ciento del capital, no debiendo en ningún caso ser inferior al promedio del producto de los cinco años anteriores[151]. Es conveniente, con todo, observar que detrás de

consequencia necesaria de los cortos rendimientos y particular constitucion de las mismas vinculaciones; y queriendo yo, que estos individuos gocen del beneficio posible, dexando ileso el derecho de sus sucesores á la totalidad de los capitales procedentes de tales ventas, y á la de sus réditos (…) he venido en conceder por punto general á todos los poseedores de qualesquiera bienes y efectos vinculados, que por su espontánea voluntad los enagenen con arreglo a lo prevenido en mi Real decreto de 19 de septiembre, la gracia de que, entregándose por el Director de la Real Caxa de Amortización la escritura de imposicion de toda la cantidad líquida, que deducidas cargas y gastos resultare á favor de los vínculos, se devuelva y entregue á los mismos poseedores por vía de premio la octava parte de la propia cantidad, en igual especie de moneda en que se hubiere percibido".

150 *Novísima Recopilación*, [10, 17, 18]: "Los poseedores de mayorazgos y otros vínculos puedan enagenar las fincas de sus dotaciones en pueblos distantes de sus domicilios, y subrogarlas en otras obras pías (…)".

151 *Novísima Recopilación*, [10, 17, 20]: "Habilitación de los poseedores de bienes vinculados para comprarlos baxo las reglas que se expresan.- (…) doy y concedo por punto general habilitación á todos los poseedores de mayorazgos, vínculos o patronatos de legos, y de qualesquiera otras fundaciones, con qualquier título que se denominen, y en que se suceda por el orden que se observa en las vinculaciones de España, para que, sin embargo de qualesquiera cláusulas prohibitivas de enagenar los bienes de sus dotaciones, que por mas especiales que sean, las derogo (…) puedan comprar las fincas que les acomode de sus mismos mayorazgos en los términos explicados en los cinco artículos siguientes: 1. Que el indicado permiso (…) sea sin perjuicio del premio de la octava parte (…) y por el precio en que se tasen, dispensándoles de subasta, y de toda otra formalidad, despues de justipreciadas las fincas, mas que la de aprobarse la venta por el Intendente de la provincia en que se hallen situadas. 2. Que los aprecios de los bienes que intenten comprar, se practiquen con autoridad judicial por los peritos que elijan el comprador vinculista y el sucesor inmediato (…) pero sin admitir á dichos sucesores otras contradicciones ó instancias que las respectivas al punto de los aprecios. 3. Que así en el caso de ser menor el sucesor, como en el de larga ausencia de éste, se entienda la citación con el Procurador Síndico general de los

esta batería de actuaciones normativas, y de otras que las seguirán una vez iniciada la tortuosa senda hacia el afianzamiento del liberalismo[152], late un mero propósito recaudatorio, ajeno aún al objetivo de desmontar el entramado de una propiedad territorial feudal[153], que poco a poco se evidenciaba inconciliable con la nueva realidad política, económica y social.

La batalla contra este anacronismo comienza a asomar en la Constitución de Bayona de 1808, por la vía del encorsetamiento dentro de unos umbrales máximos y mínimos de renta anual de la creación de nuevos fideicomisos, mayorazgos o sustituciones y de la supervivencia o la extinción de los existentes, lo que es aún más significativo, pues entrañaba abrir un auténtico cauce hacia la desvinculación forzosa[154]. Pero no era el

pueblos donde estuvieren las misma fincas, y el nombramiento de perito con un curador judicial (...). 4. Que sin embargo de estas solemnidades, y á fin de evitar el mas mínimo motivo de fraude, el rédito al tres por ciento del capital en que se executen las enunciadas enagenaciones nunca baxe por regla genreal del importe del producto líquido de las mismas fincas regulado por el último quinquenio, y deducido todos los gastos de cultivo, conservación, derechos Reales, administración y demás de que está exento el rédito de la imposición subrogada. 5. Y que se divida, ó espere el pago de los bienes así vendidos, por el término de cinco años a plazos iguales, satisfaciendo la referida Caxa de Consolidacion, en la que ha de entrar el importe de aquellos, los réditos correspondientes; asi como el comprador y sus sucesores abonarán el interés respectivo á la cantidad del capital que no haya satifecho".

152 Se ocupa de las mismas, B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 337-344.

153 Por algo B. Clavero, *Mayorazgo*, concluye el capítulo que dedica a la cuestión fiscal con el significativo enunciado de: «La prevalencia del mayorazgo frente al fisco», pp. 344-346.

154 *Constitución de Bayona de 1808*, [135]: "Todo fideicomiso, mayorazgo o substitución de los que actualmente existen y cuyos bienes, sea por sí sólo o por la reunión de otros en una misma persona, no produzcan una renta anual de cinco mil pesos fuertes, queda abolido. El poseedor actual continuará gozando de dichos bienes restituidos a la clase de libres"; [136]: "Todo poseedor de bienes actualmente afectos a fideicomiso, mayorazgo o substitución, que produzcan una renta anual de más de cinco mil pesos fuertes, podrá pedir, si lo tiene por conveniente, que dichos bienes vuelvan a la clase de libres. El permiso necesario para este efecto ha de ser el Rey quien lo conceda"; [137]: "Todo fideicomiso, mayorazgo o substitución de los que actualmente existen, que produzca por sí mismo o por la reunión de muchos fideicomisos, mayorazgos o substituciones en la misma cabeza, una renta anual que exceda de veinte mil pesos fuertes, se reducirá al capital que produzca líquidamente la referida suma, y los bienes que pasen de dicho capital, volverán a entrar en la clase de libres, continuando así en poder de los actuales poseedores"; [138]: "Dentro de un año se establecerá, por un reglamento del Rey, el modo en que se han de ejecutar las disposiciones contenidas en los tres artículos anteriores"; [139]: "En adelante no podrá fundarse ningún fideicomiso, mayorazgo o substitución, sino en virtud de concesiones hechas por el Rey por razón de servicios a favor del Estado, y con el fin de perpetuar

resultado de una repentina toma de conciencia frente a esta incompatibilidad surgida en el interior del país, sino el fruto de la imposición externa de una potencia extranjera que, habiendo pasado ya por el trance revolucionario, deseaba acabar con las arraigadas estructuras feudales todavía imperantes, sin perjuicio de buscar apoyo en ellas para canalizar su intromisión y sus ambiciones imperialistas. Una primera embestida que provocará la reacción de las clases más directamente amenazadas, que en defensa de sus privilegios y del mayorazgo no dudarán en adherirse interesadamente a una dinámica, más antifrancesa que revolucionaria, consiguiendo que, a pesar de plantearse la cuestión y de llegar a elaborarse un proyecto de ley desvinculadora, la experiencia de las Cortes gaditanas se saldase sin ningún avance reseñable en esta dirección[155].

Amordazada la incipiente tendencia abolicionista por la restauración absolutista, para su reavivación habrá que esperar al rebrote revolucionario alentado por los acontecimientos que abren paso al trienio liberal, a los que, sin mayores demoras, seguirá el rescate de las propuestas formuladas en clave doceañista y su absorción en un proyecto de ley protectora de la riqueza nacional, que tras una intensa discusión parlamentaria, en la que afloraran profundas y plurales implicaciones de toda índole anejas a la institución, así como la existencia de vigorosas fuerzas dispuestas a luchar por su supervivencia[156] cristalizará en la famosa ley de 11 de octubre de 1820[157], por la que eran suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros o foros; los cuales eran declarados completamente libres. En consecuencia, a los poseedores se les ofrecía disponer a su voluntad, previa tasación y división de sus elementos, de la mitad de los bienes liberados; facultad que a su muerte traspasaban a su sucesor sobre la mitad restante, con lo que los mayoraz-

en dignidad las familias de los sujetos que los hayan contraído. La renta anual de estos fideicomisos, mayorazgos o sutituciones, no podrá en ningún caso exceder de veinte mil pesos fuertes, ni bajar de cinco mil".

155 B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 359-360, y pp. 347-359 para el conjunto del período.

156 No obstante, según B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* II, p. 320, "El espíritu desamortizador era más que una brisa ligera, un huracán impetuoso: desatada la tempestad no bastaba una mano amiga para salvar a los mayorazgos del naufragio".

157 La esencia de su tramitación y de los debates generados en su elaboración en B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 362-367. El texto y un extenso comentario, con importante apoyo jurisprudencial en B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* II, pp. 320-349.

gos estaban teóricamente llamados a desaparecer en dos generaciones[158]. Pues, además de un destacado conjunto de medidas complementarias, se disponía que en el futuro nadie, mediante ninguna vía o pretexto, podría fundar un nuevo mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía o vinculación, ni prohibir su enajenación[159]. No obstante, la virtualidad de la ley, reforzada por otras disposiciones inmediatas en el tiempo, que autorizaban a disponer de la totalidad del vínculo al poseedor que careciese de sucesor conocido hasta el cuarto grado de parentesco, a enajenar una porción inferior a la mitad, y a eludir el trámite de tasación con la conformidad del heredero[160], se vería drásticamente ahogada con la recuperación por Fernando VII de sus poderes y prerrogativas, y la promulgación de la real cédula de 11 de marzo de 1824, que dejaba sin efecto la legislación desvinculadora y ordenaba la reposición de la totalidad de las propiedades desmembradas y la reintegración a los adquirentes a título oneroso del precio y las mejoras realizadas, con retención en garantía de los bienes hasta su efectiva devolución. Pretensión de retroceso a la situación anterior al breve paréntesis de retorno al marco constitucional que, lógicamente, daría motivo a un sinfín de pleitos.

El descontento generado por esta traumática erosión de los derechos de los adquirentes de bienes desvinculados aflorará inmediatamente en forma de reclamaciones tras la muerte, en 1833, del monarca inspirador de esta política. No obstante, a pesar de aplicarse algunas medidas reparadoras[161], la introducción en el Estatuto Real de 1834 de un estamento de próceres y la ligación de su composición a la posesión de títulos nobiliarios y a la percepción de unas rentas mínimas contrariaba la pretensión de replantear la desaparición del mayorazgo. La posterior ley de 6 de junio 1835, sin derogar la real cédula de 1824, trataría de aplacar a los anti-

158 Cuestiones relacionadas con la aplicación de esta ley todavía eran abordadas en 1862 por M. Ortiz de Zúñiga, «Los mayorazgos», en *RGLJ*, 20 (1862), 127-130. La cuestión planteada era: ¿Un poseedor de mayorazgos, que falleció en Valencia en 21 de octubre de 1820, pudo disponer como libres de la mitad de ellos con arreglo a la ley desvinculadora de aquel año?.

159 Sobre el contenido de la ley, B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 367-370. R. Gibert, *Mayorazgo*, p. 128.

160 Decreto de 15 de mayo de 1821, decreto de 19 de mayo de 1821 y ley de 28 de junio de 1821, respectivamente.

161 Un real decreto de 23 de octubre de 1833 dejaría sin efecto de la real cédula de 11 de marzo de 1824, en lo atinente a la reintegración del precio de los bienes enajenados, y encomendaría al Consejo Real la búsqueda de medios de conciliación encaminados a compensar a los compradores perjudicados.

guos compradores, ordenando la reintegración del precio de los bienes restituidos con un interés añadido del tres por ciento en un plazo máximo de un año, asegurando, además, su pleno dominio a quienes aún no los hubiesen retornado[162]. Con todo, la corriente favorable a su extinción iba cobrando un impulso creciente que, revigorizado por el pronunciamiento de La Granja, desembocaría en un nuevo real decreto, de 30 de agosto de 1836, por el que se restablecían la ley de 1820 y las demás disposiciones normativas complementarias, sin despojar tampoco de sus efectos a la precedente de 1835. El insatisfactorio cumplimiento de la ley abrirá, sin embargo, un período de incertidumbre, con reflejo directo en la doctrina[163], que clausurará, bajo la regencia de Espartero, la promulgación de la ley de 19 de agosto de 1841[164], que al confirmar la validez de todas las leyes y declaraciones precedentes, vendría a cancelar definitivamente el problema del régimen legal de los mayorazgos, al tiempo que se arbitraban otras ponderadas soluciones, tendentes a consolidar los derechos adquiridos, pero sin renunciar a la conciliación de los intereses en conflicto[165].

Naturalmente, el telón legislativo caído sobre el mayorazgo, aunque no faltaron tentativas de volver a alzarlo en sede constitucional a través del proyecto de reforma de la Constitución de 1845 presentado el 2 de diciembre de 1852 por Bravo Murillo, y, sobre todo, en la ley Constitucional de Reforma de 17 de julio de 1857[166], no significó el automático apaga-

162 El texto de la ley y un amplio comentario en B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* II, pp. 358-370.

163 Particularmente ilustrativo sobre el clima de inquietud existente sobre la materia lo será el escrito de J. F. Pacheco, *Cuestión política de los mayorazgos*, de 1840, publicado luego en *Estudios de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Viuda de Jordán e Hijos, 1843, 115-130.

164 Sobre el proceso de elaboración y discusión que lleva a su aprobación, B. Clavero, *Mayorazgo,* pp. 385-391, y J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, I, pp. 317-319. El texto de la ley lo reproduce J. Escriche, *Diccionario razonado*, IV, voz «Mayorazgo», pp. 76-78. También, con extenso comentario y referencias jurisprudenciales, B. Gutiérrez Fernández, *Códigos,* II, pp. 372-386.

165 Definida por R. Gibert, *Mayorazgo*, p. 129, como un pequeño monumento de equidad y política, la crítica coétanea tampoco será severa con esta ley. Como ejemplo muy representativo, J. F. Pacheco, *Comentario a las leyes de desvinculación*, 4ª ed. aumentada, Madrid, Manuel de Rojas, 1849.

166 La citada ley Constitucional de Reforma de 17 de julio de 1857 permitía a los Grandes de España que para perpetuar la condición de senadores en el seno de sus familias constituyesen vinculaciones sobre sus bienes en la forma y con los límites que fijase una ley especial, que nunca llegó a hacerse realidad, aunque se dijo que Seijas Lozano la tenía preparada. No obstante, como señala B. Clavero, *Mayorazgo*, p. 392, la vigencia

miento del impulso vital de esta añosa institución, que mantuvo su aliento, principalmente, en la esfera jurisprudencial. Pues, el propio Tribunal Supremo tendió a reconocer, frente a la opinión contraria de la doctrina representada por J. F. Pacheco[167], la persistencia de derechos asociados a la situación litigiosa de algunos mayorazgos. No en vano, todavía durante algunas décadas hubo de prodigar numerosos pronunciamientos[168], para sentar principios como el de la distinción existente entre mayorazgos y fideicomisos[169], la primacía de la voluntad del fundador en los mecanismos de sucesión[170], la libertad de disposición del poseedor después de extinguidas las líneas e individuos llamados a suceder[171] y, por fin, en sentencia de 1871, la extinción de las acciones vinculares, manteniendo su validez solamente las reivindicatorias[172].

A la vista de la cronología de este movimiento desvinculador y de la propia naturaleza de la institución, radicalmente contraria a las concepciones propietarias de las que es portador el movimiento codificador, nada hay de sorprendente, en definitiva, en que ninguna traza de la misma deje su huella en los diferentes proyectos de código que hemos analiza-

residual de las leyes de Toro para el supuesto de los títulos de nobleza no desdice la efectividad de la liquidación del régimen histórico de vinculación.

167 No obstante, frente a postura legalista de Pacheco, dando por difunta la institución, tampoco faltaron juristas proclives a justificar con argumentos de legitimidad la persistencia de derechos y acciones vinculares ligadas a la supuesta adquisición por sus antiguos poseedores de la propiedad privada libre de los bienes desvinculados. Estos esfuerzos en defensa del mayorazgo prolongarán sorprendentemente un debate que todavía en 1874 registra una intervención contraria a tales intentos de resurrección a cargo de J. Torres Mena, «Los mayorazgos. Apuntes histórico-jurídico políticos», en *RGLJ*, 44 (1874), 195-203. Para las más importantes obras doctrinales y los términos de la discusión, véase B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 395-401.

168 Buena parte de esta jurisprudencia en M. Alcubilla, *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramar*, 2º ed., Madrid, Administración, 1868-1870, t. VI, voz «Mayorazgo», 709-723.

169 T. S., sentencias de 22 de abril de 1865, que establecía que la ley de 1820 se había referido a los mayorazgos perpetuos con prohibición de enajenar, y de 21 de abril de 1866, que declaraba temporales los que se limitaban a algunas generaciones, sin prohibición de enajenar y real licencia.

170 T. S., sentencias de 13 de marzo de 1865 y de 12 de marzo de 1866.

171 T. S., sentencia de 6 de mayo de 1866, que basaba esa libertad de disposición en la presunción de ser esa la voluntad del fundador. Subraya R. Gibert, *Mayorazgo,* p. 125, que esta línea lógica de reversión a la corona hubiera podido conducir a una conversión en bienes nacionales similar a la perseguida con la desamortización, pero las leyes no tomaron esta dirección, transformando esos bienes en individuales y privados.

172 T. S., sentencia de 6 de julio de 1871.

do[173]. Al contrario, la que queda indirectamente reflejada en el definitivo Código civil es su acta de defunción, confirmada a través de los diferentes artículos que consagran una propiedad libre y plena, y no susceptible de subordinación a prohibiciones perpetuas de alienar o a las temporales que fuesen más allá de determinados límites[174].

173 Como excepción, el Proyecto de Código civil de Pablo de Gorosabel, de 1834, contenía un título IV: «De los mayorazgos», descompuesto en cuatro capítulos, dedicados respectivamente a: su naturaleza; quienes pueden obtenerlos o perderlos; derechos y obligaciones de quienes los poseen; modos de probar que los bienes son a mayorazgados. Noticia ofrecida por J. F. Lasso Gaite, *Crónica*, 4, *Codificación civil*, I, p. 361.

174 *Codigo civil, edición reformada de 1889*, [348]: "(1) La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes": [785]: "No surtirán efecto: 1º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero. 2º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781 (…)"; [782]: "Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes"; [813]: "(1) El testador no podrá privar á los herederos de su legítima sino en los casos exzpresamente determinados por la ley". [1911]: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros (…)", entre otros artículos. Véase B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 402-403.

EPÍLOGO

EL ORDENAMIENTO EN EL CÓDIGO

Aunque, principalmente, dedicado a identificar el aliento inspirador de la legislación de Toro y a determinar el papel llamado a jugar por ésta dentro del panorama normativo castellano en el período de transición entre los siglos medievales y la época moderna, en el apartado introductorio de este trabajo se subrayaba ya el extraordinario impacto causado por este trascendental ordenamiento sobre una producción legislativa posterior, que exhibe un acusado retraimiento en aquellas parcelas del derecho privado transitadas por sus leyes, y en particular en el terreno de las relaciones familiares, de cuyo estudio nos hemos ocupado aquí.

Decíamos, también, que la promulgación de este cuerpo legal se ubica en un momento histórico en el que la confrontación entre dos modelos contrapuestos de organización familiar muestra ya una decidida inclinación de su resolución en detrimento de la vigencia del esquema dominante en las primeras centurias medievales. Es decir, por entonces hace ya varios siglos que va quedando cada vez más evidente constancia de un imparable retroceso de los diagramas amplios de parentesco, basados en la fuerza de las redes de solidaridad parental, y en el predominio de formas de titularidad colectiva de la propiedad de la tierra o, sustituyendo paulatinamente a éstas, en el empleo de diversos mecanismos de control y aseguramiento de su permanencia dentro del círculo de los emparentados, canalizados tanto a través del recurso casi exclusivo a pautas de sucesión forzosa, como acudiendo a otros resortes, como los derechos de reversión troncal. Una tendencia que tiene como reverso la progresiva imposición de un sistema de parentesco de diámetro más reducido, que se presenta

estrechamente vinculado a la recuperación de los viejos principios jurídicos romanos, si bien ahora adaptados a unas unidades familiares que se han nuclearizado, y que está caracterizado por un incremento de las atribuciones ligadas al ejercicio de la autoridad paterna y marital y por la primacía otorgada en la vertebración de las reglas hereditarias a la libre capacidad de decisión del causante, sin perjuicio del respeto a los derechos legitimarios de los legalmente llamados a tener alguna participación en su sucesión. Ello al margen, no obstante, de que paralelamente, el afán de los grandes linajes por detener la amenaza de disgregación de su patrimonio territorial, que es la fuente de su riqueza y su poder, conduzca a la adopción de sistemas hereditarios de unigenitura, destinados a preservar su integridad.

Curiosamente, tratando de poner término a las constantes discrepancias suscitadas en la práctica judicial por la coexistencia de diversas regulaciones, como hemos visto, el legislador de Toro prefirió cargar la balanza del lado de la tradición jurídica castellana, en lugar de apostar por la preponderancia de las fórmulas romanizantes contenidas en las Partidas, que parecían apuntar más claramente en la dirección de los importantes procesos de transformación en curso. Sin embargo, esta intervención normativa, lejos de cerrar las cuestiones abordadas, más aún que por las distintas soluciones aportadas, cobrará un peso trascendental en los siglos posteriores por los problemas, dudas y contradicciones que el legislador se había abstenido de encarar o no había sabido resolver. Tareas que, ante la inhibición de las instancias facultadas para proveer remedios de índole legal, fue asumida por una doctrina que, con diverso tino y consistencia, trató de compensar silencios y de despejar incógnitas, enfrascándose a veces en vacuos o infructuosos debates, pero ofreciendo, en otras ocasiones, valiosas propuestas e interpretaciones que, en su conjunto, vinieron a dotar de un extenso y necesario desarrollo a las leyes toresanas.

Sostenido el aliento de la abundante literatura jurídica volcada en el comentario a las leyes de Toro merced a su inclusión en las principales recopilaciones castellanas de la época moderna, se hace evidente, sin embargo, su pérdida de impulso, profundidad, originalidad e interés coincidiendo, precisamente, con la crisis de esta envejecida técnica de ordenación y depuración legislativa frente al creciente empuje del anhelo codificador. Aunque llegado este punto de inflexión, será tan honda la huella de su presencia que muchas de las fórmulas planteadas y afinadas a lo largo de estos siglos por los juristas acabarán plasmándose en el articulado de los primeros ensayos codificadores. Un rastro de continuidad que, podría

inducir a la tentación de blandirlo como una suerte de confirmación de las tesis que Pío Caroni ha calificado como neopandectistas[1], según las cuales el código sólo sería comprensible y digno de atención en la medida en que no contendría otra cosa que las añejas soluciones construidas por el derecho común, pasadas por el filtro de su adaptación al fenómeno decimonónico de la nacionalización del derecho.

En el terreno en el que nos desenvolvemos confluyen, no obstante, poderosos argumentos que siembran de dudas la veracidad de esta supuesta ecuación. Puede aceptarse, es verdad, que en los primeros intentos de codificación del derecho civil se trasluce una inequívoca permanencia del entramado conformado por el ordenamiento de Toro y la densa reflexión doctrinal elaborada en torno suyo. Pero la marcada fidelidad a este legado, más que fruto de una decisión reposada, en estas etapas iniciales cabe más bien entenderla como una consecuencia de la ausencia de una verdadera conciencia sobre el alcance, el contenido y el significado de un concepto de código, que se invoca y se maneja rodeado de unos contornos que le alejan de su auténtica naturaleza. Problema que, sin duda, hay que asociar a la manifiesta debilidad de una ciencia jurídica, cuya acusada falta de adaptación al rumbo de sus tiempos y sus ostensibles carencias, sin perjuicio de la incidencia de otros factores, a la larga cobrará una indudable responsabilidad en el inusitado retraso y en el insatisfactorio balance de la consumación del proceso codificador en España. Con todo, en la segunda mitad del siglo, a pesar de que ello no comporta un enriquecimiento sustancial de este triste panorama doctrinal, sí es observable una mejor asunción de los elementos, los requisitos y los objetivos implícitos en la noción del código y del ideario a éste adherido, si bien la enorme dimensión adquirida por factores como la presión de una Iglesia católica dispuesta a conservar sus posiciones de privilegio o, sobre todo, la enérgica resistencia opuesta frente a su pretensión unificadora por los defensores de la supervivencia de las legislaciones forales, con eficaz apoyo, entre otras armas, en la artificiosa importación de los postulados de la escuela histórica alemana, introducirá gravosos condicionantes, que, a la postre, se demostrarán imposibles de superar. Es más, su profundo efecto ralentizador sobre la dinámica codificadora se dejará sentir ya con

1 P. Caroni, *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, traducción de la edición italiana, A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Madrid, Universidad Carlos III, 2010 (1ª ed. Basilea-Genf-Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2005), pp. 89-112, y en especial pp. 104-106.

enorme fuerza para frustrar la prometedora tentativa representada por el proyecto de Código civil de 1851. Pero, a pesar de no prosperar, esta propuesta fallida indica un giro fundamental hacia la definitiva asimilación de los grandes principios inspiradores del movimiento codificador, lo que tiene nítido reflejo en la fuerte influencia que recoge del código francés, en contraste con la decreciente dependencia de una tradición castellana, también representada por las leyes de Toro, que cada vez encuentran más difícil ensamblaje dentro de unas coordenadas políticas, socioeconómicas y jurídicas a las que se antojan cada vez más ajenas.

Este progresivo distanciamiento de las reglas consagradas por el legislador de Toro hemos podido comprobarlo a lo largo del desarrollo de los diferentes apartados que se han ido recorriendo en la exposición. Así, sin necesidad de revisar con exhaustividad los diferentes aspectos en los que se registra esta constatación, podemos subrayar algunos de ellos particularmente significativos. Por ejemplo, en el terreno de la filiación cabe señalar que el codificador se aparta de la sorprendente admisión que en el ordenamiento toresano se había hecho de la subordinación de la atribución de la condición de hijo natural al hecho de que los progenitores pudieran casarse, no solamente al tiempo de la concepción, que es el único momento ahora contemplado, sino también al del nacimiento, con las peculiaridades añadidas de que esa capacidad para contraer matrimonio será considerada con independencia de que para materializarla fuese precisa la obtención de una dispensa, y de que la adquisición del estatuto de la naturalidad sólo es accesible a través del instrumento del reconocimiento, con supresión, ligada al rechazo social que ha pasado a generar esta práctica, de la otra vía de asignación de la paternidad anteriormente constituida por el concubinato. De igual modo que, también, se intentarán remediar las denostadas consecuencias de la apertura de la posibilidad, indirectamente amparada por la ley 11 de Toro, de extender los beneficios de la legitimación por respcripto regio -no permitida en algunos proyectos previos- a otras categorías de hijos no legítimos, como los incestuosos, los adulterinos y los sacrílegos, si bien la defectuosa formulación de estas medidas de cierre impedirá su plena efectividad, que, por el contrario, sí se conseguirá respecto a la eliminación de las limitaciones sucesorias que pesaban sobre los legitimados. Una regulación restrictiva de los derechos de los hijos naturales que se completa con su postergación hereditaria frente a los ascendientes y con el recorte de sus expectativas de percepción de alimentos. Relación a la que se suma la modificación de los criterios definitorios de la calificación del hijo como póstumo, y no como abortivo,

destacando al efecto que se prescinde de un requisito antes indispensable, como es el bautismo, que resultaba inconciliable con el progreso de la tendencia a la secularización del matrimonio.

Este mismo fenómeno, que acompaña en paralelo al proceso codificador, es el que explica, precisamente, la pérdida de actualidad de las disposiciones arbitradas en las leyes toresanas contra la frecuente celebración de matrimonios clandestinos, que aunque en las primeras expresiones codificadas del derecho criminal todavía aparecen tipificados como delitos, después dejan de recibir dicho tratamiento, si bien siguen estando desprovistos de validez. No obstante, en el ámbito civil se observa simultáneamente una creciente injerencia del Estado en una esfera de actuación que secularmente había estado reservada al derecho canónico, lo que sirve de plataforma para el avance, ya preludiado por la proclamación de la libertad de cultos, hacia la institucionalización del matrimonio civil, que en principio es instituido como exclusivo, luego, tras el agotamiento de la experiencia democrática del sexenio, como subsidiario, y finalmente como una opción de eficacia equiparada a la del eclesiástico, a condición ambos del cumplimiento de ciertas formalidades, y sin perjuicio del retorno que se produce a la confesionalidad constitucional. Una evolución que, lógicamente, acaba despojando de sentido el mantenimiento de la antigua pena de desheredación por incumplimiento de los requisitos de publicidad para el casamiento, a la que hay que asimilar la análoga sanción prevista por ausencia del consentimiento familiar, de la que, no obstante, en todas las fases de la secuencia codificadora aún continúan derivándose importantes repercusiones penales y patrimoniales, que, sin embargo, ya en ningún caso comportan la separación absoluta de la herencia. Por último, también hay que entender íntimamente vinculada a la profunda transformación operada en virtud de la asimilación de las nuevas concepciones jurídico-penales traídas por el liberalismo la erradicación del castigo del adulterio con la muerte de uno o de ambos culpables y la apropiación de los bienes del cónyuge infiel por parte de la víctima, aunque, en contraste, persiste la discriminatoria disparidad entre la severidad de la represión de la relación extramatrimonial mantenida por la mujer y la impunidad de la conducta equivalente protagonizada por el marido, la cual sólo en el caso de que éste actuase con escándalo público o con menosprecio hacía ella será tomada como causa justificada de separación o de divorcio, a diferencia de la infidelidad cometida por la mujer, que en toda circunstancia cobrará esta consideración.

De no menor calado son las alteraciones escenificadas en sede

codificadora respecto al tratamiento legal de las diferentes modalidades de intercambios conyugales por razón del matrimonio, pues frente a la complejidad de las reglas contenidas en las leyes de Toro y, en cierto modo, a la confusión por ellas fabricada entre las distintas clases de aportaciones masculinas: arras, *donatio propter nuptias* y donación esponsalicia, se tiende a englobar las dos primeras en una única categoría, donde se evapora su denominación tradicional, al tiempo que, al cobijo del afianzamiento del esencial postulado liberal de la supremacía de la autonomía de la voluntad, y en atención a su gratuidad, queda sometida a la misma disciplina general reservada para las donaciones simples. Mientras que, si bien, en un principio, se mantiene la identidad diferenciada de las donaciones nupciales, en la redacción definitiva del Código civil también se diluye su singularidad, para ser absorbida dentro de la etiqueta genérica de las efectuadas con ocasión del matrimonio. Siendo, por otra parte, tan numerosas las peculiaridades de su régimen que ensanchan la distancia con el que estaba vigente en el derecho precodificado, que desaconsejan entrar aquí, de nuevo, en su detalle. Una mayor continuidad se percibe, por el contrario, en relación con la dote de procedencia femenina, que aunque enseña desajustes y provoca abundantes dudas doctrinales asociadas a lo complicado de su engarce dentro de un sistema de gananciales de implantación ajena a sus orígenes romanos, conserva su valoración como institución indispensable para la organización y el favorable devenir económico de la célula conyugal. Sin embargo, ello no evitará la necesidad de introducir diversas precisiones encaminadas a esclarecer aquellos aspectos más oscuros o conflictivos de su regulación, y en particular los referidos a la fijación de su cuantía, la relación entre ésta y la cuota de legítima y la especificación de los bienes susceptibles de entrar en su composición, descansando, no obstante, la novedad más destacable en la intermitente recuperación de la vieja figura de los parafernales, que asientan la prolongación de su pervivencia, al ser finalmente rescatados en el Código civil.

Uno de los indicadores más concluyentes acerca de la amplitud de la ruptura con el pasado jurídico provocada, en lo relativo a las cuestiones que analizamos, por la codificación radica en la quiebra del abrumador predominio, que se había dilatado durante siglos, del régimen económico matrimonial normalmente identificado bajo el rótulo de comunidad de adquisiciones o de gananciales, al darse amparo al acogimiento voluntario, mediante su plasmación expresa en las capitulaciones matrimoniales, a otras formas de organización y gobierno de la masa patrimonial conyugal. Un significativo cambio de rumbo que cabe interpretar vinculado a

la creciente permeabilidad a los dictados liberales, y especialmente a la preferencia concedida a la libertad individual frente a la imposición de un concreto sistema como legal. Pero sin olvidar, claro está, la eficacia de la oposición levantada contra la dinámica uniformadora implícita en el movimiento codificador en aquellos territorios forales donde, careciendo de implantación este modelo genuinamente castellano, habían encontrado arraigo fórmulas distintas, de inspiración romana, articuladas en torno a las entregas dotales. No obstante, en defecto de estipulaciones específicas en contrario, todavía se presumirá de aplicación dicho sistema de gananciales basado en la diferenciación entre los bienes propios y los adquiridos, cuya respectiva determinación, excepto por su necesaria adecuación a las novedades introducidas por la progresiva complejización de las prácticas y de los instrumentos económicos, aún continuará respondiendo a sus directrices originales. Y salvo por su intensificación, tampoco se observan cambios reseñables en relación con el acusado protagonismo asumido por el marido en la asunción de las facultades de administración, usufructo y disposición tanto de los bienes comunes como, con diversas limitaciones y garantías, del caudal conformado por las mutuas aportaciones nupciales, e incluso, pero con mayores restricciones, de las propiedades de la mujer, que, sin embargo, conserva la titularidad y ciertas atribuciones sobre sus pertenencias privativas, al igual que sobre la dote, cuando ésta fuese estimada. Una situación de preponderancia marital que resulta agravada por la posibilidad de trasladar a la mujer las repercusiones negativas de las deudas contraídas o las pérdidas generadas por una mala gestión de la fortuna conyugal, lo que empujará al legislador de Toro a ensayar algunas soluciones dirigidas a ofrecerle una mayor protección frente a esta eventualidad, así como a impedir que ella misma la propiciase, haciéndose cargo de la resolución de asuntos que comportasen este riesgo. Postura en la que después abundarán los redactores de los sucesivos proyectos fallidos y del propio Código civil, a través de una declaración detallada de las cargas y obligaciones correspondientes a la sociedad matrimonial y, por tanto, imputables al sustrato material integrado por los bienes gananciales, si bien como vía de elusión de la exigencia de contribuir a su liquidación se admitirá la renuncia a la comunidad de adquisiciones realizada con antelación al casamiento. Ahora bien, al menos la mujer ya no correrá el riesgo de verse salpicada por las responsabilidades penales derivadas de los comportamientos delictivos de su marido, en virtud de la consolidación del principio de intransmisibilidad de las penas, ya consagrado en la ley 77 de Toro y luego ratificado por los primeros cuerpos de signo codificador

en el ámbito criminal, a pesar de que pronto la incuestionabilidad misma de su vigencia convertirá en prescindible su enunciado legal. Notablemente más amplia es, con todo, la capacidad de actuación de la viuda en la esfera patrimonial, aunque sorprende que, en contraste con el silencio guardado al respecto por el legislador toresano, la vulneración del plazo de luto que se le obliga a respetar antes de contraer un nuevo enlace sigue siendo objeto de castigo en los principales códigos penales decimonónicos. Permaneciendo también sometida, en el caso de celebrar segundas nupcias, a la imposición de tener que preservar para los hijos nacidos de previo matrimonio una parte de los bienes recibidos de su difunto marido o del hijo premuerto, si bien los perfiles que en su versión codificada toma esta institución de la reserva binupcial aparecen, con las inevitables variaciones entre unos y otros textos, fuertemente influenciados por la densa elaboración doctrinal desarrollada a partir de los contornos con los que había sido modelada por las leyes 11 y 12 de Toro.

El apartado en el que, probablemente, más se ha tendido a subrayar la extraordinaria y prolongada influencia posterior de la legislación de Toro es el relativo a las importantes restricciones introducidas en cuanto a la capacidad de obrar de la mujer casada, al someterse todas aquellas actuaciones suyas susceptibles de ocasionar un perjuicio al buen rumbo de la economía familiar, incluidas, entre otras, las de contratar, aceptar o repudiar una herencia y asumir por sí misma ciertas funciones y actividades procesales, al requisito de la obtención de la previa licencia del marido, o bien de su ratificación a posteriori del acto realizado, pudiendo, no obstante, ser suplida su negativa mediante la autorización concedida por el juez, cuando éste estimase la concurrencia de una causa legítima y necesaria. Limitaciones a las que se unen la prohibición de obligarse como fiadora o prestar dinero en beneficio de un tercero o del propio marido, y la de adquirir deudas mancomunadas junto al mismo, excepción hecha de la exigencia inexcusable de saldar las contraídas con el fisco público. Sobre esta base, aderezada con la abundante literatura jurídica generada después por los numerosos vacíos y puntos oscuros dejados por el legislador de Toro, en particular en relación con la controvertida ley 61, se construirá la posición de la mujer en la trama de las relaciones personales y materiales tejidas dentro del matrimonio en la sucesión de proyectos que conducen hasta el Código civil. Sin embargo, aunque sin desviarse de este eje común, se dibuja una trayectoria discontinua, que arranca desde los proyectos de código civil de 1821 y, sobre todo de 1836, en los que junto a la evidencia, todavía, de una fuerte atadura a las viejas concepciones

jurídicas, que se refleja en la coincidencia casi literal de algunos de sus preceptos con sus antecedentes toresanos, se percibe un ligero progreso en el contenido del estatuto legal disfrutado por la mujer casada, que contrasta con la orientación del proyecto de 1851, en el que, acompañando a un sustancial incremento de las influencias del código napoleónico, y sin perjuicio de ofrecerse cobijo a algunas destacadas conquistas, como su acceso al ejercicio de la patria potestad en ausencia del padre, se hacen patentes un sensible deterioro de su condición, que alcanza tal magnitud que permite hablar de una situación de auténtica incapacidad, y una notable reducción de su margen de intervención en la gestión de los negocios conyugales, que discurre en paralelo a la tendencia al reforzamiento de la autoridad del marido en el reparto de derechos y deberes entre los consortes. Una deriva que, desmintiendo los proclamas formales de igualdad insertas entre los grandes principios generales que formulan, se confirma en los distintos proyectos y realizaciones legislativas aparecidos en las décadas siguientes, mereciendo especial mención la Ley de Matrimonio civil de 1870, donde por vez primera cobra eficacia normativa la atribución al marido de la representación legal de una mujer, que ve recortada su capacidad hasta los extremos de su sorprendente y discutido sometimiento al otorgamiento del permiso marital o judicial para la producción de obras literarias o científicas y del confinamiento de su espacio de autonomía a la denominada potestad doméstica, que ya era institucionalizada en el proyecto de 1851. Retroceso que, sin embargo, a pesar de confirmar ese carácter incompleto de su capacidad, en cierta medida será paliado en el Código civil, pues a pesar de implicar su derogación, al respetar en lo fundamental los mecanismos de funcionamiento del sistema de licencias en ellas establecido, mantendrá con las leyes de Toro un lazo de conexión, que le aparta de la radicalidad de los planteamientos de su citado frustrado precedente; como así lo prueba, también, el reconocimiento que se hace a la mujer de la facultad de administrar sus bienes privativos. Aunque, en contrapartida, es asimismo digno de alusión el alejamiento que el Código demuestra respecto al ordenamiento de Toro con su admisión de la fianza uxoria y de la obligación mancomunada cuando una u otra viniesen resguardadas por el consentimiento dado para constituirlas por parte del marido.

En lógica concordancia con esta ampliación de los resortes puestos a disposición del marido para, prácticamente, monopolizar la conducción de la sociedad conyugal, se constata una inclinación hacia la expansión de la esfera de autoridad paterna sobre los hijos. Bien es verdad que hay

que calificar de tangencial el interés mostrado por el legislador de Toro en esta materia, pues se limitará a incluir el matrimonio celebrado con las solemnidades preceptivas entre las vías de salida de la sujeción a la patria potestad, a corregir algunas disfunciones presentadas por el sistema romano de peculios resucitado en las Partidas, principalmente mediante la atribución al emancipado por el casamiento de los frutos de los bienes adventicios conseguidos, y a habilitar para el otorgamiento de testamento al hijo todavía sometido a la voluntad paterna, que hubiese alcanzado la edad demandada para ello. Soluciones puntuales de las que se atestigua su permanencia en el derecho de la codificación, si bien tampoco hay que olvidar la evolución operada en otros importantes aspectos, como en el progresivo descenso del umbral de ingreso en la mayoría de edad, y en su virtud del acceso a la independencia, en la fijación de las condiciones requeridas para la concesión de la emancipación voluntaria o por decisión, a petición del interesado, de la instancia pública competente, en la determinación de las causas de suspensión, pérdida y privación de la patria potestad, en la paulatina desvertebración de la trama de los peculios con la sucesiva desaparición de las referencias al castrense, el cuasicastrense e, incluso, al profecticio, y en el variable, pero tendencialmente creciente, alcance de las facultades de gestión y disfrute del padre sobre los distintos tipos de bienes calificables, aunque sin que llegue a hacerse uso de esta denominación, como adventicios.

En toda la longitud del proceso codificador es posible verificar, en definitiva, la presencia de un innegable poso de continuidad de muchas de las pautas normativas asentadas por el ordenamiento de Toro, saboreadas, además, con el aliño del copioso desarrollo doctrinal del que éste había sido merecedor en los siglos posteriores. Nexo que se hace especialmente visible en los primeros intentos de materialización del código civil, pero que pierde gran parte de su fuerza a partir del viraje representado por el Proyecto de Código civil de 1851, notablemente más cercano que sus antecesores a los principios definidores de los objetivos esenciales perseguido por el movimiento codificador y, por ello, más devoto de los ejemplos foráneos, especialmente el francés, en los que éstos habían logrado una genuina plasmación, que apegado a una tradición legislativa castellana que, para entonces, mostraba ya su grave disfuncionalidad frente a la urgencia de dotar de un apropiado marco jurídico al programa de instalación y consolidación del nuevo modelo económico, social y jurídico traído por el liberalismo. Cierto es que la confluencia, después, de otros factores, como las resistencias ofrecidas por instituciones tan arraigadas

como la Iglesia y por ciertos sectores sociales nada dispuestos a renunciar a los provechosos privilegios heredados de ese pasado, unida a la oposición surgida en otros territorios frente al signo castellanizador que se trataba de imprimir a la pulsión uniformadora indefectiblemente ligada a la propia idea de código, conducirá, primero, a una inopinada demora, y más tarde a un singular desenlace y a un insólito resultado en la cristalización final de un Código civil, que nacerá huérfano de algunos de los rasgos fundamentales que, ineludiblemente, deberían haberse preservado para dar plena justificación a su encaje dentro de este concepto. Así, no habiéndose conseguido la unificación territorial del derecho privado, ni el monopolio de las fuentes jurídicas, ni la estatalización del derecho civil[2], tampoco puede extrañar que en las entrañas del nuevo derecho codificado aniden fórmulas que portan aún vestigios de tiempos y leyes pretéritas, como las de Toro. Ahora bien, ello no implica negar que entre ambos universos jurídicos se produce una clara fractura, pues además de que en la mayoría de los aspectos abordados por el legislador toresano ahora se imponen soluciones distintas, incluso cuando se perciben signos de ese encadenamiento, el tamiz de su asimilación y de su adaptación a las nuevas circunstancias y las nuevas exigencias hace que, lógicamente, bajo esa apariencia de relativa proximidad, afloren reglas que responden ya a realidades diferentes. Es más, cuando, como ocurre en el caso de la enraizada institución del mayorazgo, la persistencia de algunas de estas realidades contradice intrínsecamente la dirección y el espíritu de las transformaciones que marcan el tránsito hacia el liberalismo, su devenir y la lucha por su erradicación se escenifican en sede legislativa o jurisprudencial, siendo expulsadas desde un principio del terreno de juego donde se dirimen la orientación y el contenido de la codificación.

2 C. Petit, «El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *Anuario de Derecho Civil*, 48, fasc. IV (octubre-diciembre 1995), 1429-1465, p. 1432.

FUENTES

1. Normativas y documentales

J. Alvarado Planas y G. Oliva Manso, *Los fueros de Castilla. Estudio y edición crítica del Libro de los Fueros de Castilla, Fuero de los fijosdalgo y las Fazañas del Fuero de Castilla, Fuero Viejo de Castilla y demás colecciones de fueros y fazañas castellanas*, Madrid, BOE, 2004.

M. Albareda Herrera, *Fuero de Alfambra*, Madrid, Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, 1925.

A. Bonilla y San Martín, «El fuero de Llanes», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, I, 1918, pp. 99-149.

M. Calleja Puerta, *El fuero de Llanes: edición crítica*. Oviedo, Sueve, 2003.

R. Calvo Serer, «Libro de los Juysios de la Corte del Rey», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 13 (1936-1941), pp. 284-307.

F. Cantera Burgos, *Fuero de Miranda de Ebro. Edición crítica, versión y estudio,* Madrid, CSIC, 1945.

J. Caruana Gómez de Barreda, *El fuero latino de Teruel*, Teruel, Instituto de Estudios Turolenses, 1974.

M. C. Casado Lobato, *Colección diplomática del Monasterio de Carrizo,* León, Centro San Isidoro, 1983.

A. Castro y F. de Onís, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, I, *Textos*, Madrid, 1916.

Código civil español redactado por el Gobierno en cumplimiento de la ley de 11 de mayo de 1888, y publicado á virtud de autorización concedida al mismo por Real Decreto de 6 de octubre del mismo año, ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios por M. Falcón, estudio crítico por V. Romero y Girón, Madrid, Centro editorial de Góngora, 1888, 5 vols.

Código civil español, anotado y publicado por la redacción de la Revista de Derecho Internacional, Madrid, Pinto, 1889.

Código Penal de España, Madrid, Imprenta Nacional, 1848.

Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla, publicadas por la Real Academia de la Historia, Madrid, 1861-1903.

V. L. Cuesta Gutiérrez, *Formulario notarial castellano del siglo XV,* Madrid, 1948.

A. D'Ors, *El Código de Eurico. Edición, palingenesia, índices,* Madrid-Roma, CSIC, 1960.

A. Fernández-Guerra y Orbe, *El Fuero de Avilés*, Madrid, Academia de la Llingua Asturiana (ed. facsímil de la de Madrid, Imprenta Nacional, 1865.

F. Fita Colomer, «El Fuero de Uclés», en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 14 (1889), IV, pp. 302-355.

J. M. Font Rius, *Cartas de población y franquicia de Cataluña,* I, *Textos*. Madrid-Barcelona, CSIC, 1969.

El Fuero de Coria, estudio histórico-jurídico por J. Maldonado y Fernández del Torco, transcripción y fijación del texto por E. Sáez, prólogo de J. Fernández Hernando, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1949.

El Fuero Real, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo primero, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1847.

El Fuero Viejo de Castilla, estudio preliminar de B. González Alonso: *Consideraciones sobre la Historia del Derecho de Castilla (c. 800-1365),* transcripción de Á. Barrios García y G. del Ser Quijano, Salamanca, 1996).

Especulo, *Leyes de Alfonso X*, I, edición y análisis crítico por G. Martínez Díez, con la colaboración de J. M. Ruiz Asencio, Ávila, Fundación Sánchez Albornoz, 1985.

Fuero de Brihuega (A. Pareja Serrada, *Diplomática arriacense. Colección de algunos documentos, publicados unos, inéditos otros, que pueden servir para planear o ilustrar una "Historia de Guadalajara y su provincia"*, Guadalajara, 1921, pp. 267-321).

Fuero Juzgo ó Libro de los Jueces. Cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Madrid, Ibarra, 1815, edición facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1990.

Fuero de Madrid, estudio jurídico por Galo Sánchez, estudio filológico de R. Lapesa, transcripción de A. Millares Carlo, Madrid, Artes Gráficas Municipales, 1932.

Fuero Real del Rey Don Alonso el Sabio, copiado del Códice del Escorial, Madrid, Imprenta Real, 1836, ed. facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1979.

Fuero Real, Leyes de Alfonso X, II, edición y análisis crítico por G. Martínez Díez en colaboración con J. M. Ruiz Asencio y C. Hernández Alonso, Ávila, Fundación Sánchez Albornoz, 1988.

Fuero de Úbeda, estudio preliminar de M. Peset y J. Gutiérrez Cuadrado, estudio paleográfico de J. Trenchs Odena, edición y notas de J. Gutiérrez Cuadrado, Valencia, Universidad de Valencia, 1979.

F. Gil Ayuso, *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, Madrid, Biblioteca nacional, 1935.

J. González, *Regesta de Fernando II*, Madrid, Instituto Jerónimo de Zurita, 1943.

J. González, *El reino de Castilla en la época de Alfonso VIII. Documentos 1191-1217*, Madrid, CSIC, Escuela de estudios medievales, 1960.

J. González, «Aportación de fueros leoneses», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 14 (1942-1943), pp. 561-572.

J. González, «Aportación de fueros castellano-leoneses», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 16 (1945), pp. 625-669.

J. González, *Reinado y diplomas de Fernando III*, Córdoba, 1983.

E. González Díez, *El régimen foral vallisoletano. Una perspectiva de análisis organizativo del territorio*, Valladolid, Diputación Provincial, 1986.

J. Gorosabel, *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación. Escrito bajo el método de los códigos modernos*, Tolosa, Viuda de Lama, 1832.

M. Gorosch, *El fuero de Teruel, según los manuscritos 1-4 de la Sociedad Económica Turolense de Amigos del País y 802 de la Biblioteca Nacional*, Estocolmo, 1950.

J. Guichot y Parody, *Historia del Excmo. Ayuntamiento de la Muy Noble, Muy Leal, Muy Heroica e Invicta ciudad de Sevilla*, Sevilla, 1896-1903.

J. Gutiérrez Cuadrado, *Fuero de Béjar,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1974.

H. Keniston, *Fuero de Guadalajara (1219)*, Nueva York, Princeton University, 1965.

Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad. Salamanca, Andrea de Portinaris, 1555, edición facsímil, Madrid, BOE, 1985.

J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española,* 4, *Codificación civil (Génesis e historia del Código*, 2 vols., Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970.

J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española*, 5, *Codificación penal*, 2 vols., Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970.

Leyes de Toro en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo sexto, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1849.

Leyes del Estilo, en *Los Códigos españoles concordados y anotados,* tomo primero, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1847, pp. 305-344.

Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución, I, *Leyes de 1861 y 1869*, Madrid, Castalia, 1974.

Liber Iudiciorum sive Lex Visigothorum M.G.H. Legum Sectio, I, *Leges Nationum Germanicarum*, I, *Leges Visigothorum*, Hannover 1902.

Libro de las bulas y pragmáticas de los Reyes Católicos, Toledo, Imprenta Juan Ferrer, 1550 (ed. facsímil, Madrid, Instituto de España, 1973).

Los fueros de Sepúlveda, edición crítica y apéndice documental por E. Sáez; estudio histórico-jurídico por R. Gibert; estudio lingüístico por M. Alvar, Segovia, Diputación Provincial, 1953.

J. Majada Neila, *Fuero de Plasencia. Introducción, transcripción, vocabulario*, Salamanca, Librería Cervantes, 1986.

J. Majada Neila, *Fuero de Zamora. Introducción, transcripción, vocabulario*. Salamanca, Librería Cervantes, 1982.

M. Mañueco Villalobos y J. Zurita Nieto, *Documentos de la Iglesia de Santa María de Valladolid*, dos vols. Valladolid, Sociedad de Estudios Históricos Castellanos, 1917 y 1920.

M. J. María Izquierdo, *Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo*, 2 vols. Madrid, Dykinson, 2004.

A. Martín Duque, «El fuero de San Sebastián, tradición manuscrita y edición crítica», en *El Fuero de San Sebastián y su época*, San Sebastián, Eusko Ikaskuntza, 1982, pp. 3-25.

M. T. Martín Palma, *Los fueros de Villaescusa de Haro y Huete*, Málaga, Universidad de Málaga, 1984.

G. Martínez Díez, *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Burgos, Caja de Ahorros Municipal, 1982.

A. Millares Carlo y J. A. Mantecón, *Álbum de paleografía hispanoamericana de los siglos XVI y XVII*, t. III, México, 1955.

M. Molho *El Fuero de Jaca. Edición crítica*, Zaragoza, Escuela de Estudios Medievales, 1964.

T. Muñoz y Romero, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*; ed. facsímil, Madrid, Imprenta de José María Alonso, 1847.

M. Muro Castillo, *El Fuero de Cáceres. [Texto impreso]*, estudio crítico de B. Aguilera Barchet, Cáceres, Ayuntamiento de Cáceres-Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, 1997.

Novísima recopilación de las leyes de España: Dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año 1567, reimpresa ultimamente en el de 1775, y se reincorporan la prágmaticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804, mandada formar por el señor Carlos IV, reproducción facsímil de la edición de Madrid, 1804-1807, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1975.

Ordenamiento Leyes de Alcalá de Henares, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo primero, Madrid, Publicidad, 1847-1851, pp. 426-483)

A. Pareja Serrada, *Diplomática arriacense. Colección de algunos documentos, publicados unos, inéditos otros, que pueden servir para planear o ilustrar una "Historia de Guadalajara y su provincia"*, Guadalajara, 1921, pp. 267-321.

M. Peña Bernaldo de Quirós, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2ª ed.; Madrid, Colegios Notariales de España, 2006.

E. Procter, *Curia y Cortes en Castilla y León, 1072-1095*, Madrid, Cátedra, 1988, pp. 272-273.

Recopilación de las leyes destos reinos hechas por mandado de la Majestad Católica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor; que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la última impresión se han publicado, por la Majestad Catolica del Rey don Felipe Cuarto el Grande nuestro señor, 3 tomos*,* Madrid, Catalina del Barrio y Diego Díez de la Carrera, 1640, edición facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1982.

Román Riaza, «Arras a "Fuero de León" y según el "fuero castellano", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 12 (1935), pp. 442-444.

J. Rodríguez Fernández, *Palencia. Panorámica foral de la provincia*, Palencia, Merino, 1981.

J. Rodríguez Fernández, *Los fueros del reino de León,* II, *Documentos,* León, Ediciones Leonesas, 1981.

J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, Salamanca, Junta de Castilla y León, 1990.

J. Roudil, *El Fuero de Baeza. Edición, estudio y vocabulario,* La Haya, Van Goor Zonen, 1962.

J. Roudil, *Les fueros d´Alcaraz et d´Alarcon: Edition synoptique avec les variantes du Fuero d´Alcaraz. Introduction, notes et glossaire*, I, *Introduction et texte*, París, Librairie C. Klincksieck, 1962.

G. Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares,* Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1919.

G. Sánchez, «Colección de fórmulas jurídicas castellanas de la Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 3 (1926), pp. 476-503, y 4 (1927), pp. 380-404.

M. Sancho Izquierdo, *El fuero de Molina de Aragón*, Madrid, Librería General de Victorino Suárez, 1916.

Texto y Concordancias de las Leyes de Toro. Sección de pergaminos. Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, editado por G. Lozano López, Madison, Spanish Seminary of Medieval Studies, 1990, pp. 1-5.

J. Torres Fontes, *Colección de documentos para la Historia del reino de Murcia*, I, *Documentos de Alfonso X el Sabio*, Murcia, 1963.

R. Ureña y Smenjaud y A. Bonilla San Martín, *Fuero de Usagre (siglo XIII), anotado con las variantes del de Cáceres*, Madrid, Hijos de Reus, 1907.

R. Ureña y Smenjaud, *Fuero de Cuenca. (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf). Edición crítica, con introducción, notas y apéndice*, Madrid, Tipografía de Archivos, 1935.
R. Ureña y Smenjaud, *El Fuero de Zorita de los Canes según el Códice 247 de la Biblioteca nacional (siglos XIII al XV), y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el romanceado de Alcazar,* Madrid, Fortanet, 1911.
L. Vázquez de Parga: «Fuero de Fuentes de Alcarria», en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 18 (1947), pp. 348-398.
J. Vives; T. Marín; G. Martínez Díez, *Concilios visigóticos e hispano-romanos*, Barcelona, CSIC-Instituto Padre Enrique Flórez, 1963.
K. Zeumer, «Leges Visigothorum», en *Monumenta Germaniae Historica*, Legum sectio, I, tomo I, Hannover, 1902.

2. Doctrinales

Alfonso de Acevedo, *Commentarii iuris civilis in Hispaniae regias constituciones, quintum librum Noue Recopilationis complectens*, Lyon, Fratres Delville, 1737 (1ª ed. Salamanca, 1597).
A. Aguilar Cano, «Sobre la ley 61 de Toro», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 59 (1881), pp. 314-321.
C. Álvarez, «El matrimonio civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 38 (1871), pp. 427-438.
Juan Álvarez de Posadilla, *Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*; Madrid, Imprenta de Antonio Martínez, 1826.
Andreas Angulo, *Commentaria ad leges Regias melioratonum*, Madrid, 1592.
J. Mª. Antequera, *Historia de la legislación española*, 4ª ed., Madrid, Imprenta San Francisco de Sales, 1895 (1ª ed. 1874).
Antonio Ayerve de Ayora, *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et filios ac haeredes forum*. Granada, Rene Rabat y Nicolás Hospin, 1586.

G. de Azcárate, «Juicio crítico de la Ley 61 de Toro», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1 (1918), pp. 12-22.

Gaspar de Baeza, «De non meliorandis ratione dotis filiabus», en *Opera Omnia*, Madrid, Ludouicum Sanctium, 1592.

F. Cárdenas y Espejo, *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarla se proponen en el Proyecto de Código Civil*, Madrid, R. Rodríguez de Ribera, 1852.

Diego del Castillo, *Las leyes de Toro glosadas. Utilis et aurea glosa domini Didaci Castelli doctoris iuris Caesarei et Romani interpretis optimi, super leges Tauri. Nuper ab eodem recognita. Additis insuper diversis in locis, doctissimis ac necessariis additionibus et glosis, ubi desiderari videbantur, quae foeliciter incipit.* 2ª edición, Medina del Campo, Tipografía Guilielmi de Millis, 1553, (1ª ed. 1527).

Miguel de Cifuentes, *Nova lectura seu declaratio legum taurinorum,* 2ª edición, Medina del Campo, Francisco y Mateo del Canto, 1555 (1ª ed., Salamanca, 1536).

D. Colmenares, *Historia de la insigne ciudad de Segovia y compendio de las Historias de Castilla*, Segovia, 1673.

Diego de Covarrubias y Leyva, *De Matrimonio*, en *Opera Omnia in duos tomos divisa*, I, Genova, Fratres de Tournes, 1762 (1ª ed. 1558).

M. Danvila Collado, «De la dote», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 16 (1860), pp. 382-394.

Alonso Díaz de Montalvo, *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble rey Don Alfonso IV: glosado por el egregio Doctor Alonso Díaz de Montalvo. Asimismo por un sabio doctor de la Universidad de Salamanca adiccionado y concordado con las Siete Partidas, Leyes del Reino: dando a cada ley la adición que convenía,* 2 vols., Madrid, Pantaleón Aznar, 1781.

J. Escobar, «Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Código civil español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4 (1854), pp. 73-93; 5 (1854) pp. 5-25; 6 (1855), pp. 5-22, pp. 261-267; 7 (1855), pp. 137-149, pp. 245-253.

J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Imprenta Eduardo Cuesta, 1875.

Tello Fernández Messia, *Prima pars commentariorum in constitutiones taurinas*, Granada, Hugo Mena y Renerus Rabu, 1566.

F. García Goyena y J. Aguirre, *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, 9 vols. Madrid, Boix, 1841-1842.

F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, Universidad, 1974.

Antonio Gómez, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*. Venecia, Tipographia Balleoniana, 1747 (1ª edición, Salamanca, 1555).

Fernando Gómez Arias, *Subtilissima necnos valde utilis glossa ad famosísimas, subtiles, necessarias ac quotidianas leges Tauri*, Alcalá de Henares, 1546.

P. Gómez de la Serna, «Del consentimiento paterno para el matrimonio» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 9 (1857), pp. 176-191; pp. 274-283 y 343-351.

P. Gómez de la Serna, «Consulta. ¿Queda obligada la mujer que contrae de mancomún con su marido, si renuncia con juramento a la ley 61 de Toro?, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 9 (1857), pp. 38-42.

P. Gómez de la Serna, «Nueva consulta sobre la ley 61 de Toro», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 11 (1857), pp. 191-200.

Ramón Gómez de la Serna, «Del reconocimiento de los hijos naturales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 9 (1857), pp. 117-126.

P. González de Alba, «Estudios sobre la Ley provisional del Matrimonio Civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 44 (1874), pp. 233-240.

J. González Serrano, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro,* Madrid, M. Tello, 1876.

P. Gotarredona, «Hijos naturales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 34 (1869), pp. 64-72.

A. Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 2ª ed. Madrid, Sucesores de J. A. García, 1913 (1ª ed. Burgos, Timoteo Arnaiz, 1870-1899).

A. Groizard, «Nueva interpretación de la ley 61 de Toro», en *RGLJ*, 11 (1857), pp. 377-392.

A. Groizard, «De las mercedes enriqueñas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 18 (1861) pp. 5-11 y 257-263; 19 (1861) pp. 38-53 y 273-285.

Juan Gutiérrez, *Practicarum queastionum circa Leges Hispaniae Primae Partis Novae Collectionis Regiae,* Madrid, Petrus Madrigal, 1606.

Juan Gutiérrez, *Tractatus tripartitus de iuramento confirmatorio et aliis in jure variis resolutionibus*, Venecia, 1609.

B. Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid, Librería Gabriel Sánchez, 1862, ed. Facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1988.

I. Jordán de Asso y M. de Manuel Rodríguez, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, quinta edición, corregida y aumentada, Madrid, Imprenta de Ramón Ruiz, 1792.

G. M. Jovellanos, *Informe de la Sociedad Económica de esta Corte al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de la ley agraria*, Madrid; Imprenta de Sancha, 1795, ed. Facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1995.

Juan López de Palacios Rubios, *Glossemata legum Tauri quas vulgus de Toro apellat omnibus in iure versantibus nimis proficua a Ioanne Lopez de Palacios Ruuios: utriusque iuris doctore ac hispaniarum regum consiliario; tan equissimo quam doctísimo elucubrata atque digesta foeliciter incipiunt*, Salamanca, 1542.

Juan López de Palacios Rubios, *Repetitio rubricae, et capituli per vestras, de donationibus inter virum et uxorem*, Salamanca, Alfonso de Terranova y Neila, 1578.

Sancho Llamas y Molina, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro,* quinta edición, Madrid, Imprenta y librería de Gaspar, 1875.

J. M. Manresa Navarro, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, Revista de Legislación, 1890-1907.

José Marcos Gutiérrez, *Librería de escribanos, abogados y jueces, que compuso Don Josef Febrero*, 4ª edición, Madrid, Villalpando, 1807.

M. Martínez Alcubilla, *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramar*, 2º ed., Madrid, Administración, 1868-1870.

F. Martínez Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio*, Madrid, Hija de J. Ibarra, 1808.

Juan Matienzo, *Comentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae,* Mantua Carpetana, Petrus Madrigal, 1597 (1ª ed. Mantua Carpetana, 1580).

Luis de Molina, *De hispanorum primogeniorum origine ac natura. Libri quator,* Lyon, Sumptibus Petri Landry, 1588 (1ª ed. 1573).

E. Montero Ríos, «Sobre la ley 61 de Toro», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 14 (1859), pp. 157-166.

Pedro Nolasco de Llano, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, Imprenta de Joseph Doblado, 1785, facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1981.

Pedro Núñez de Avendaño, *De exequendis mandatis regum Hispaniae. Cum novissimi accesionibus et legum novae recopilatas quae rectoribus civitas dantur*, Nápoles, Tarquinio Longhi, 1620.

J. F. Pacheco, «Cuestión política de los mayorazgos», en *Estudios de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Viuda de Jordán e Hijos, 1843, pp. 115-130.

J. F. Pacheco, *Comentario a las leyes de desvinculación*, 4ª ed. aumentada, Madrid, Manuel de Rojas, 1849.

J. F. Pacheco, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, 4ª ed. aumentada, Madrid, Manuel de Rojas, 1849.

J. F. Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, reedición con estudio preliminar de A. Téllez Aguilera, Madrid, Edisofer, 2000.

Cristóbal de Paz, *Scholia ad leges regias styli,* Madrid, 1608.

Melchor Peláez de Mieres, *Tractatus Maioratuum et Meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1745 (1ª ed. 1575).

Diego Pérez de Salamanca, *Commentaria in quator priores libros ordinationum Regni Castellae,* Salamanca, Antoniae Ramirez, Viduae, 1609 (1 ed. 1574).

Alfonso Pérez de Lara, *Compendium vitae hominis in iure fori et poli, usque ad perfectum aetatem et senectam. Tractatus perutilis continens frequentiora, quae tam in iudiciciis, quam extra pro incrementis aetatis cuique contingunt, et ius speciale primitiuae, et ultimae aetatis*, Lyon, Petri Chevalier, 1672 (1ª ed. 1629).

Juan Pérez Villamil, *Doctrina Doct. Antonii Gomez, et ejus addentis, et nepotis Didaci Gomez Cornejo, ad leges Tauri enucleata et in compendium redacta,* Madrid, Typographia Petri Marin, 1776.

C. Población Fernández, «De la dote inoficiosa», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 13 (1858), pp. 61-72.

C. Población Fernández, «De la legitimación», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 16 (1860), pp. 130-141 y 17 (1860), pp. 343-351.

C. Población Fernández, «Del consentimiento paterno. La falta de consentimiento paterno para contraer matrimonio ¿debe considerarse como causa de desheredación?», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 14 (1859), pp. 323-334.

Francisco de la Pradilla Barnuevo, *Suma de las leyes penales,* Madrid, Imprenta del Reino, 1639.

Francisco de Pou, «Del amancebamiento», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 13 (1858), pp. 239-242.

J. L. Retortillo, «De la influencia de la educación y de la mujer», en Revista *General de Legislación y Jurisprudencia*, 3 (1854), 254-261.

P. Rodríguez de Campomanes, *Tratado sobre la regalía de la amortización*, Madrid, A. Oliva, 1765.

José Manuel de Rojas Almansa, *Tractatus imicus de Incompabilitate et Repugnantia possidendi plures Maioratus, atque de Natura et Cognitione uniuscuiusque specie eorum*, Madrid, Ant. Marin, 1755.

Hermenegildo de Rojas, *Tractatus posthumus de incompatibilitate Regnorum ac Maioratuum*, Lyon, 1745 (1ª ed. 1669).

H. M. Ruiz, «De las segundas nupcias», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3 (1854), 107-118.

Juan Sala, *Ilustración del derecho real de España. Segunda edición, corregida y adicionada por su autor, y arreglada la cita de leyes á la Novísima Recopilación*, 2ª ed. corregida y adicionada, Madrid, José del Collado, 1820 (1ª ed. Valencia, 1803).

F. Sánchez Román, *Estudios de derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código civil e Historia general de la legislación española,* 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, Sucesores de Rivadenera, 1899.

R. Sánchez Ocaña, «Congreso jurídico español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 69 (1886), pp. 435-447 y 565-665.

J. Sempere y Guarinos, *Historia del derecho español*, 2 vols. Madrid, Imprenta real, 1822-23.

Rodrigo Suárez, *Lectura legum aliquarum huius regni*, Medina del Campo, 1550.

E. Tapia, *Febrero novísimamente redactado con las variaciones y mejoras espresadas en el prospecto que sirve de prólogo a la obra,* Madrid, Viuda de Calleja e hijos, 1845.

J. Torres Mena, «Los mayorazgos. Apuntes histórico-jurídico políticos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 44 (1874), pp. 195-203.

Luis Velázquez de Avendaño, *Legum taurinarum a Ferdinando et Ioanna Hispaniarum regibus, foelicis recordationis utilíssima glosa sequitur*, Toledo, Ihoannes et Petrus Rodriguez, 1588.

S. Viada y Vilaseca, *Código penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado para su mejor inteligencia...*, 4 ed., Madrid, 1890-1891.

BIBLIOGRAFÍA

M. L. Alonso Martín, «La perduración del Fuero Juzgo y el derecho de los castellanos de Toledo», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 48 (1978), 335-377.

M. L. Alonso Martín, «La dote en los documentos toledanos de los siglos XII-XV», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 48 (1978), 379-456.

M. L. Alonso Martín, «La dote en el derecho local y en el derecho territorial castellano bajo la Recepción», en *Diritto comune e diritti locali nella storia dell´Europa,* Milán, A. Giuffrè, 1980, 285-302.

M. L. Alonso Martín: «Nuevos datos sobre el Fuero o Libro castellano. Notas para sus estudio», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 53 (1983), 423-453.

M. L. Alonso Martín, «El consentimiento para el matrimonio de los miembros de la Familia Real (Sobre la vigencia de la Pragmática de Carlos III de 1776», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 4 (1997), 61-89.

M. Alonso Martínez*, El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2 vols., Madrid, P. Núñez, 1884-1885.

J. A. Álvarez Caperochipi, *Curso de derecho de familia,* I, *Matrimonio y régimen económico*. II, *Patria potestad, tutela y alimentos,* Madrid, Civitas, 1988.

E. Arroyo i Amayuelas, *La protección del concebido en el Código Civil*, Madrid, Civitas, 1992.

F. Arvizu y Galarraga, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la alta Edad Media*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977.

Mª. Asenjo González, «La mujer y su entorno social en el Fuero de Soria», en *Las mujeres medievales y su ámbito jurídico*, Madrid, Universidad Autónoma, 1983, 45-57.

F. R. Aznar Gil, *La institución matrimonial en la Hispania cristiana bajomedieval (1215-1563),* Universidad Pontificia de Salamanca, 1989.

J. Baró Pazos, *la Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993.

I. Beceiro Pita y R. Córdoba de la Llave, *Parentesco, poder y mentalidad. La nobleza castellana, siglos XI-XV*; Madrid, CSIC, 1990.

M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval,* Madrid, BOE, 1997.

M. A. Bermejo Castrillo, «Transferencias patrimoniales entre los cónyuges por razón del matrimonio en el derecho medieval castellano», en *La familia en la edad media. XI semana de estudios medievales. Nájera 2000*. Nájera, Instituto de Estudios Riojanos, 2001, 93-150, y *Matrimonio, parentesco, propiedad y herencia* (n. 10), pp. 171-204.

A. Bermudez Aznar, «Cartas matrimoniales murcianas del siglo XV», en *Homenaje al profesor Juan Torres Fontes*, Universidad de Murcia, 1987, I, 175-183.

F. Brandileone, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, Bolonia, Zanichelli, 1892 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano,* I, Bolonia, Zanicelli, 1931).

J. A. Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe,* Chicago University Press, 1987.

R. Burns, «The spiritual life of Jaume I the Conqueror, king of Arago-Catalonia, 1208-1276: portrait and self-portrait», en *Jaime I y su época*, Actas del X Congreso de Historia de la Corona de Aragón, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1979, vol 2, 323-357.

G. Burón García, *Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, I, Valladolid, Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, 1898.

F. Cárdenas y Espejo, «Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias, desde el origen de la legislación española hasta nuestros días», en *El Derecho Moderno* VII, 1849 (= *Estudios jurídicos*, Madrid, 1884, tomo II, 5-62).

F. Cárdenas y Espejo, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Madrid, Noguera, 1873.

F. Cárdenas y Espejo, «Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio», en *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, Establecimiento tipográfico de P. Núñez, 1884, 63-116.

Mª. C. Carlé, «Apuntes sobre el matrimonio en la Edad Media española», en *Cuadernos de Historia de España*, 63-64 (1980), 115-177.

J. M. Carretero Zamora, «Las Cortes de Toro de 1505», en B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, 269-296.

J. R. Casabó Ruiz, «Los orígenes de la codificación penal en España: el Plan de Código Criminal de 1787», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 22, fascículo II (mayo-agosto 1969), 313-342.

J. Castán Tobeñas, *La condición social y jurídica de la mujer*, Madrid, Reus, 1955.

F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, I, *Parte general. Introducción al Derecho civil,* 3ª edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955.

B. Clavero, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla. 1369-1836,* 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, Siglo XXI, 1989 (1ª ed. 1974).

Mª. I. Cobo, *Los bienes gananciales en el reino de Castilla (siglos XIII al XVII)*, Logroño, IDECSA, 1989.

Mª. J. Collantes de Terán, *El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

Mª. J. Collantes de Terán, «El delito de adulterio en el derecho general de Castilla», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (1996), 201-228.

Mª. J. Collantes de Terán, «La economía del matrimonio en el Proyecto de Código Civil de 1836», en J.E. Pinard; A. Merchán (eds.), *Libro homenaje "in memoriam" Carlos Díaz Rementeria*, Huelva, Universidad de Huelva, 1998, 167-187.

Mª. J. Collantes de Terán, «Donaciones matrimoniales en la codificación civil española», en *Revista de Derecho Privado*, (nov. 1999), 774-781.

Mª. J. Collantes de Terán, «Comunidad de gananciales y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69 (1999), 389-426.

Mª. J. Collantes de Terán, «La dote en el panorama de la codificación civil española», en *Revista crítica de derecho inmobiliario,* 652 (mayo-junio 1999), 791-831.

R. Córdoba de la Llave, «Las relaciones extraconyugales en la sociedad castellana bajomedieval», en *Anuario de Estudios Medievales*, 16 (1986), 571-619.

H. Dillard, *Daugthers of the Reconquest. Women in Castilian Town Society. 1100-1300*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984.

S. De Dios, *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

S. De Dios, «La tarea de los juristas en la época de los Reyes Católicos», en *Saberes y disciplinas en las universidades hispánicas. Miscelánea Alfonso IX, 2004, 13-49*.

S. De Dios, «Las instituciones centrales de gobierno», en J. Valdeón Baruque (ed.), *Isabel la Católica y la política,* Valladolid, Ámbito, 2001, 219-259.

S. De Dios, «Representación doctrinal de la propiedad en los juristas de la Corona de Castilla (1480-1640)», en S. de Dios, J. Infante, R. Robledo, E. Torijano (coords.), *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX*», Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, 191-242.

S. De Dios, «El absolutismo regio en Castilla durante el siglo XVI», en *Ius Fugit*, 5-6 (1997), 53-236.

P. Derasse Parra, *Mujer y matrimonio. Málaga en el tránsito a la modernidad*, Málaga, Diputación Provincial, 1988.

E. Diebold, «L'application en France du canon 51 du IVe concile de Latran d'après les anciens status synodaux», en *L'Année canonique*, 2 (1953), 187-195.

G. Duby, «Le mariage dans la société du Haut Moyen Age», en *Il matrimonio nella società altomedievale,* Settimane di studio del centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto, núm. XXIV (1977), vol. I, 15-39, pp. 20-24.

A. Esmein, *Le Mariage en droit canonique,* 2 vols., 2ª ed. actualizada por R. Génestal y J. Dauvillier, París, Recueil-Sirey, 1929-1935.

A. Fernández-Coronado, *El proceso de secularización del matrimonio. Una reinterpretación histórica según lospresupuestos del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

J. Ficker, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, Innsbruck, Wagner, 1891-1904.

J. L. Flandrin, «Contraception, mariage et relations amorouses dans l'Occident chretien», en *Annales*, 6 (1969), 1370-1390 (versión castellana en *La moral sexual en Occidente*, Barcelona, Juan Granica, 1984, 123-142.

J. M. Font Rius, *La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, 1954.

E. Gacto Fernández, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1969.

E. Gacto Fernández, «La filiación ilegítima en la historia del derecho español», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 41 (1971), 899-944.

E. Gacto Fernández, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla,* Sevilla, Universidad de Sevilla, 1975.

E. Gacto Fernández, «El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 11 (1984), 37-66.

E. Gacto Fernández, «Sobre el modelo jurídico del grupo familiar en el siglo XIX», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 25, *Homenaje al profesor D. José Martínez Gijón*, (1998), 219-234.

E. Gacto, J. A. Alejandre, J. García Marín, *El derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho*, 5ª ed. Madrid, AGISA, 1988.

A. García-Gallo, «La evolución de la condición jurídica de la mujer», en *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Universidad de Sevilla, 1982, 149-166.

A. García y Garcia, «Barraganía», en *Lexikon des Mittelalters,* I, Munich, Lexma, 1980, 1486-1487.

M. García Garrido, «"Ius uxorium". El régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano, en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, 9, Roma-Madrid, 1958.

M. García Garrido, «El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho vulgar romano-visigótico», en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 29 (1959), 389-446.

M. J. García Garrido, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil,* I, *La tradición romanística*, Barcelona, Ramón Areces, 1982.

J. García González, «El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la Historia del Derecho español», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23 (1953), 611-642.
J. García González, «El matrimonio de las hijas del Cid», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31 (1961), 531-568.
J. García Martín, *Costumbre y fiscalidad de la dote: las Leyes de Toro entre derecho común germánico y ius commune*, Madrid, Universidad Complutense, 2004.
M. García-Ripoll Montijano, *La colación hereditaria*, Madrid, Tecnos, 2002.
A. García Ulecia, «El régimen económico del matrimonio en los derechos locales leoneses», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 9 (1982), 165-197.
C. Garriga Acosta, «La trama jurídica castellana a comienzos del siglo XVI (Notas y materiales)», en B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, Salamanca, Cortes de Castilla y León-Ayuntamiento de Toro, 2006, 299-379.
J. Gaudemet, «Le célibat ecclésiastique. Le droit et la pratique du XIe au XIIIe siécle», en Église et société en Occident au Moyen Âge, Londres, Variorum Reprints, 1984, 1-31.
J. Gaudemet, *El matrimonio en Occidente*, Madrid, Taurus, 1993.
J. V. Gavida Sánchez, *La atribución voluntaria de ganancialidad. Análisis crítico del precepto contenido en el artículo 1355 del Código civil*, Madrid, Montecorvo, 1986.
Mª. C. Gerbet, *La noblesse dans le royaume de Castille. Etude sur structures sociales en Extremadure de 1454 à 1516*, París, 1979 (Cáceres, El Brocense, 1989).
R. Gibert, «El consentimiento familiar en el matrimonio según el derecho medieval español (notas para su estudio)», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 18 (1947), 706-761.
R. Gibert, *La disolución de los mayorazgos*, Granada, Escuela Social, 1958.
Rafael Gibert, «Leyes de Toro», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XIV, Barcelona, 1974, 247-265.
J. Gilissen, *Introductio historique au droit. Esquisse d"une histoire universelle du droit*. Bruselas, Bruylant, 1979.
B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, Salamanca, Cortes de Castilla y León-Ayuntamiento de Toro, 2006.

R. Gonzálvez, «La fundación de don Alonso de Fonseca, arzobispo de Toledo, para casar doncellas», en *Revista Española de Teología,* 43 (1983), 199-213.

Jack Goody, *The Development of the Family and Marriage in Europe*, Cambridge University Press, 1983 (hay traducción: Barcelona, Herder, 1986).

D. Herlihy, «The Medieval Marriage Market», en *Medieval and Reinassance Studies*, num. 6, XIV (1976), Durham (NC), Duke University, 3-27.

E. de Hinojosa y Naveros, «El derecho en el Poema del Cid», en *Obras*, Madrid, Ministerio de Justicia, CSIC, 1955, I, 183-215.

E. de Hinojosa y Naveros, «Sobre la condición jurídica de la mujer casada en la esfera del derecho civil», en *Obras*, Madrid, CSIC, Ministerio de Justicia, 1955, II, 343-385.

Historia de la Iglesia en España, III-1º, *La Iglesia en la España de los siglos XV y XVI*, dirigido por J. L. González Novalin, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1980.

A. Iglesia Ferreirós, «"Doctrinas e instituciones civiles: familia, patrimonio, sucesiones". La situación de los estudios de historia del derecho privado en España», en B. Clavero/P. Grossi/F. Tomás y Valiente (dirs.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales* (= Per la storia del pensiero giuridico moderno. Biblioteca 34/35), Milán. Giuffrè, 1990, 205-313.

A. Iglesia Ferreirós, «Individuo y familia. Una historia del derecho privado español», en *Enciclopedia de Historia de España dirigida por Miguel Artola,* I, *Economía. Sociedad*, Madrid, Alianza, 1988, 433-536.

A. Iglesia Ferreirós, «Las leyes de Toro de 1505 o las instituciones hereditarias como pretexto», en B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, Salamanca, Cortes de Castilla y León-Ayuntamiento de Toro, 2006, 549-595.

G. H. Joyce, *Christian Marriage: an Historical and Doctrinal Study,* 2º ed. revisada y ampliada, Londres, Sheed and Ward, 1948 (1º 1933).

La condición de la mujer en la edad media, Madrid, Casa de Velázquez, Universidad Complutense, 1986.

J. Lalinde Abadía, «Los pactos matrimoniales catalanes (esquema histórico)», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 33 (1963), 133-266.

J. Lalinde Abadía, «La recepción española del Senadoconsulto Velleyano», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 41 (1971), 335-371.

J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al derecho español,* Barcelona, Ariel, 1970.

J. Lalinde Abadía, *Derecho histórico español,* Barcelona, Ariel, 1974.

Las mujeres medievales y su ámbito jurídico, Madrid, Universidad Autónoma, 1983.

J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española,* 4, *Codificación civil (Génesis e historia del Código*, 2 vols., Madrid, Ministerio de Justicia, Codificación General de Codificación, 1970.

J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española,* 5, *Codificación penal*, 2 vols, Madrid, Ministerio de Justicia, Codificación General de Codificación, 1970.

C. López Alonso, «Mujer medieval y pobreza», en *La condición de la mujer en la edad media*, Madrid, Casa de Velázquez, Universidad Complutense, 1986, 261-272.

M. V. López-Cordón, «Esponsales, dote y gananciales en los pleitos civiles castellanos: las alegaciones jurídicas», en J. M. Scholz (herausg.), *Fallstudien zur Spanishhen und portugiesischen Justiz 15. bis 20. Jahrhundert*; Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1994, 33-58.

J. A. López Nevot, *La aportación marital en la historia del derecho castellano*, Almería, Universidad de Almería, 1998.

J. Maldonado y Fernández del Torco, *La condición jurídica del "nasciturus" en el derecho español*, Madrid, Ministerio de Justicia y CSIC, 1946.

F. Martí Gilabert, *El matrimonio civil en España. Desde la República hasta Franco*, Pamplona, Eunsa, 2000.

J. Martínez Gijón, *En la definición de hijo natural. De las leyes de Toro de 1505 al Código Civil de 1889,* Universidad de Sevilla, 1992.

J. Martínez Gijón, «La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español», en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 27-28 (1957-1958), 221-303.

J. Martínez Gijón, «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 29 (1959), 45-151.

J. Martínez Gijón, «Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna», en *Centenario de la ley del Notariado*, Sección I. Estudios Históricos, Madrid, 1964-65.

J. Martínez Gijón, «La vigencia temporal de las leyes de Toro», en *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, II-2, Madrid, Editorial Complutense, 1996, 115-130.

P. Marzal Rodríguez, *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Valencia, Universitat de València, 1998.

P. Marzal Rodríguez, «Una visión jurídica de los mayorazgos valencianos entre la época foral y la nueva planta», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (1996), 229-364.

M. Menéndez Pidal, *La España del Cid*, Madrid, Espasa Calpe, 1929.

P. Merea, *Evoluçao dos regimes matrimoniais*. Coimbra, 1913.

P. Merea, «Sobre a comunhao de adquiridos do direito visigótico», en «Estudos de Direito privado visigotico», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 16 (1945), 71-111.

P. Merea, «O poder paternal na legislaçao visigotica», en *Estudos de direito visigotico*, Coimbra, Atlantida, 1948, 2-32.

P. Merea, «O dote nos documentos dos séculos IX-XII (Asturias, Leâo, Galiza e Portugal», en *Estudos de direito hispânico medieval,* Universidad de Coimbra, 1952, I, 59-138.

P. Merea, «Notas sobre o poder paternal no direito hispânico occidental», en *Estudos de direito hispânico medieval*, Universidad de Coimbra, 1952, vol II, 83-112.

J. C. Monterde García, *Génesis de la ley Hipotecaria de 8 de diciembre de 1861*, Madrid, Dikinson, 2008.

Mª. J. Muñoz García, *Las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada: 1505-1975*, Madrid, Universidad de Extremadura, 1991.

J. Orlandis, «Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 16 (1945), 112-192.

A. Otero Varela, «La patria potestad en el derecho histórico español», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 27 (1956), 209-241.

A. Otero Varela, «"Liber Iudiciorum, 3, 1, 5" (En tema de dote y "donatio propter nuptias)», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 29 (1959), 545-555.

A. Otero Varela, «Aventajas o mejoría. Bienes excluidos de partición en beneficio del cónyuge sobreviviente», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30 (1960), 491-552.

D. Owen-Hughes, «From Brideprice to Dowry in Mediterranean Europe», en *Journal of Family History*, 3 (1978), 262-296.

F. L. Pacheco Caballero, «La reserva binupcial en el derecho histórico español: antecedentes y consecuentes de la ley 15 de Toro», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57 (1987), 407-463.

F. L. Pacheco Caballero, «Las leyes de Toro y sus comentaristas desde el siglo XVI al XIX», en B. González Alonso (Coord.), *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505*, Salamanca, Cortes de Castilla y León-Ayuntamiento de Toro, 2006, 597-636.

R. Pérez Bustamante, «La communauté de biens en histoire du droit espagnol», en R. Ganhofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquite à nous jours*, Estrasburgo, 1992, 541-554.

B. Pérez González, «El requisito de la viabilidad del nacido en el Código civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 35 (1927), 824-835.

A. Pérez Martín y I. M. Scholz, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen,* Valencia, Universidad de valencia, 1978.

A. Pérez Martín, «El Fuero Real y Murcia», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54 (1984), 55-96, pp. 92-93.

A. Pérez Martín, «El tratado de mayorazgo de Diego Gómez de Zamora», en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, I, Madrid, Universidad Complutense, 1996, 255-320.

Mª. I. Pérez de Tudela y Velasco, «La condición de la viuda en el medioevo en el medioevo castellano-leonés», en *Las mujeres en las ciudades medievales,* Madrid, Universidad Autónoma, 1984, 87-101.

M. Pérez-Victoria de Benavides, «La licencia marital en la Historia del Derecho castellano. Una perspectiva metodológica», en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, 6 (1977), 217-259.

J. M. Pérez-Prendes, «*General renunciacion non vala*. Sobre doctrina y práctica en tiempo del *ius commune*», en M. Rodríguez Gil, *Pareceres (1956-1998). Interpretatio. Revista de Historia del Derecho*, 7 (1999), v. 2, 913-956.

M. Peset Reig, «Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil*, 18, fascículo I (enero-marzo 1975), 29-100.

C. Petit, «Introducción», en *Texto y Concordancias de las Leyes de Toro. Sección de pergaminos. Archivo de la Real Chancillería de Valladolid*, editado por Gracia Lozano López, Madison, Spanish Seminary of Medieval Studies, 1990, 1-5.

H. Planitz, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Barcelona, Bosch, 1957 (1ª ed. Berlín, 1931).

M. Rivera Garretas, «La legislación del "Monte delle Doti", en el Quatrocento florentino»,», en *Las mujeres medievales y su ámbito jurídico*, Madrid, Universidad Autónoma, 1983, 155-173.

M. Roberti, *Le origini romano cristiane della comunione dei beni tra coniugi,* Turín, 1919.

R. Roldán Verdejo, *La ley de Matrimonio civil de 1870. Historia de una ley olvidada,* Granada, Instituto de Historia del derecho-Universidad de Granada, 1980.

G. Rossetti, «Il matrimonio del clero nella societá altomedievale», en *Il Matrimonio nella Societá altomedievale,* 24, Spoleto, Centro italiano di studi sull' alto medioevo, 1977, II, 473-554.

J. Saínz Guerra, *La evolución del derecho penal en España,* Jaén, Universidad de Jaén, 2004.

M. Segalen, *Historical Anthropology of the Famliy,* Cambridge University Press, 1986 (1ª ed. París, Armand Colin, 1981).

C. Segura Graíño, «Situación jurídica y realidad social de casadas y viudas en el medioevo hispano (Andalucía)», en *La condición de la mujer* (n. 284), 121-133.

J. Sempere y Guarinos, *Historia de los vínculos y mayorazgos*, Madrid, Imprenta de Sancha, 1805.

J. A. Solórzano Telechea, «La villa de las "buenas dueñas honradas": la condición de las mujeres en el Santander medieval», en *Edades. Revista de Historia*, 5 (1999), 23-46.

R. Ureña, *La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre,* Madrid, 1912.

J. Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada. La concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

J. Vallejo, «Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá», Introducción a *Textos y Concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, Madison, Spanish Seminary of Medieval Studies, 1994.

Mª. T. Vinyoles, «Ajudes a doncelles pobres a maridar», en M. Rius et alii, *La pobreza y la asistencia a los pobres en la Cataluña medieval.* Barcelona, 1980, 295-362.

G. Vismara, «I rapporti patrimoniali tra coniugi nell'alto Medioevo», en *Il Matrimonio nella società altomedievale*, Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 24, Spoleto, 1977, II, 633-700.

J. Vives; T. Marín; G. Martínez Díez, *Concilios visigóticos e hispano-romanos*, Barcelona, CSIC-Instituto Padre Enrique Flórez, 1963.