

Casado y Pardo, Julián

**Discurso que al recibir el grado de Doctor de la
Facultad de Derecho ... leyó en la Universidad
Central leyó por Julian Casado y Pardo.**

Burgos : Imprenta y Librería de la Viuda de Villanueva,
1872.

Vol. encuadernado con 25 obras

Signatura: FEV-AV-M-01428 (22)

La obra reproducida forma parte de la colección de la Biblioteca del Banco de España y ha sido escaneada dentro de su proyecto de digitalización

<http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Profesionales/Biblioteca/Biblioteca.html>

Aviso legal

Se permite la utilización total o parcial de esta copia digital para fines sin ánimo de lucro siempre y cuando se cite la fuente

2

DISCURSO

QUE

AL RECIBIR EL GRADO DE DOCTOR EN LA FACULTAD DE DERECHO

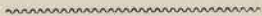
(SECCION DE CIVIL Y CANÓNICO)

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL,

LEYÓ

D. JULIAN CASADO Y PARDO.

sobre la sociedad de los obispos.



BURGOS: 1872.

IMPRESA Y LIBRERÍA DE LA VIUDA DE VILLANUEVA,
Plaza Mayor 2, y Espolon 30.

DISCURSO

que

AL RECIBIR EL GRADO DE DOCTOR EN LA FACULTAD DE DERECHO

(SECCION DE CIVIL Y CANONICO)

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

LEYO

D. JULIAN CASADO Y PARDO.

BURGOS: 1872.

IMPRESA Y LIBRERIA DE LA VISTA DE VASCONIA.

Mano Mayor y Espalder 30.

TEMA NUM. 9.º

Exámen de la legislacion castellana sobre la sociedad de los cónyuges.

La primera idea que se ocurre, al examinar el tema sobre el que ha de girar este discurso, es la de analizar y definir filosóficamente y jurídicamente la sociedad conyugal. Esta sociedad, que nació con el hombre, es tan antigua como el mundo, pues le formaron los dos primeros seres, cabera y origen del linaje humano, y ha recibido el influjo y participado de todas las vicisitudes que el tiempo y los costumbres imprimen á todas las instituciones de la tierra.

Si pudiéramos de seguir paso á paso el curso de la sociedad conyugal en todo su desarrollo, en todo su desarrollo desde los primeros tiempos hasta nuestros días, hábralo sería el trabajo, aunque las proporciones de este discurso y apenas por completo nuestras observaciones al pensamiento que se encierra en la tesis que nos proponemos estudiar. Pero si esta no puede ser, tampoco se puede prescindir, antes de examinar la legislación castellana sobre la sociedad

TEMA NUM. 9.º

Exámen de la legislación castellana
sobre la sociedad de los cónyuges.

trasgo a que principios obedeció esa institución, de que
 temerosos se levan, para poder apreciar científicamente las
 distinciones legales que determinan sus obligaciones y sus
 deberes.
 La sociedad conyugal, resumen vivo de la gran socie-
 dad humana es el resultado de la unión de dos personas
 de sexo diferente, formada con el fin de producir una comu-
 nidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de
 todas las relaciones que son su consecuencia. Bajo el punto
 de vista jurídico, comprende el conjunto de condiciones ne-
 cesarias para la formación, desarrollo y sostenimiento de
 la institución que la origina, que es el matrimonio. Y según
 que los vínculos de la unión sean más ó menos
 íntimos, en relación con la vida y educación de los niños,
 que á que obedezca, ha sido distinta la consideración de los
 deberes y obligaciones sus relaciones legales.

Excmo. Sr.

La primera idea que se ocurre, al examinar el tema sobre
 el que ha de girar este discurso, es la de analizar y definir
 filosófica y jurídicamente la sociedad conyugal. Esta sociedad,
 que nació con el hombre, es tan antigua como el mundo,
 pues la formaron los dos primeros seres, cabeza y origen
 del linaje humano, y ha recibido el influjo y participado de
 todas las vicisitudes que el tiempo y las costumbres imprin-
 men á todas las instituciones de la tierra.

Si hubieramos de seguir paso á paso el curso de la so-
 ciedad conyugal en toda su historia, en todo su desarrollo
 desde los primeros tiempos hasta nuestros días, improbo
 sería el trabajo, inmensas las proporciones de este discurso
 y ajenas por completo nuestras observaciones al pensamiento
 que se encierra en la tésis que nos proponemos estudiar.
 Pero si esto no puede ser, tampoco se puede prescindir,
 antes de examinar la legislación castellana sobre la sociedad

de los cónyuges, de manifestar, siquiera sea á grandes rasgos, á qué principios obedece esa institucion, de qué elementos se forma, para poder apreciar científicamente las disposiciones legales que determinan sus obligaciones y sus derechos.

La sociedad conyugal, resúmen vivo de la gran asociacion humana, es el resultado de la union de dos personas de sexo diferente, formada con el fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia. Bajo el punto de vista jurídico, comprende el conjunto de condiciones necesarias para la formacion, desarrollo y sostenimiento de la institucion que la origina, que es el matrimonio. Y segun que los vínculos de la union conyugal han sido mas ó menos intensos, en relacion con la fijeza y elevacion de los principios á que obedecian, ha sido distinta la consideracion de los cónyuges y diferentes sus relaciones legales.

* * *

El matrimonio fué considerado en Roma como una institucion social relacionada con el pensamiento dominante de aquel pueblo, que era salvar los intereses generales del Estado, aun á costa y con el sacrificio de los derechos del individuo. Solo podia contraer justas nupcias el ciudadano romano, en términos de que apesar de haber sido destruida por la ley Canuleja la barrera que separaba al patricio del plebeyo y por la Papia Popea la que existia entre ingenuos y libertinos, la union del extranjero no obtuvo otra consideracion que la de institucion de derecho de gentes, y la de los esclavos (*contubernio*) jamás llegó á producir efecto alguno legal.

El único fundamento de las nupcias romanas fué la convencion, bien se las considere como un contrato real con

Ortolan, bien con Viunio y Heinecio como un contrato consensual. La religion ni las convalidaba solemnizándolas, ni apenas intervenia en su celebracion, porque los antiguos ritos tenian por único objeto consagrar la entrada de la mujer en la familia del marido. Fué solo el matrimonio en Roma uno de los medios de adquirir la patria potestad, y por él se constituia de hecho la mujer en la de éste. Así es que, como la patria potestad romana estaba rodeada de tales derechos, que segun decia Justiniano: *nulli alli sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem quam nos habemus*: no es allí en donde hemos de buscar la sociedad conyugal que, formada bajo la base del mútuo cariño, se fortalezca y santifique por el juramento prestado ante Dios por los que se proponen vivir unidos indisolublemente. Ni el sacerdote ni el representante de la ley advertian en Roma al varon que la mujer habia de ser su compañera y no su esclava; y en realidad difícil es determinar las diferencias que, en el terreno puramente legal, separaban á esta de la mujer. Con especialidad, durante la República, anulada su personalidad así como la de sus hijos dentro del hogar doméstico, allí precisamente en donde cabe dar á sus derechos mayor latitud, fué cruel su condicion. Las costumbres poco á poco y los nuevos principios, que trajo á la sociedad romana el establecimiento del Imperio, dulcificaron indudablemente su situacion dentro de la familia, puesto que ya á la esposa se la consideraba algo mas que como á hermana de sus hijos. El Imperio tampoco modifica la patria potestad en su esencia, pero la restituye en beneficio del hijo hasta el punto de que puede este adquirir propiedad con independencia de su padre.

La situacion económica de la mujer romana es tan desventajosa como su condicion personal. Tubo en un principio su dote, que constituia el principal y muchas veces el único caudal de la familia, á merced de la voluntad ó del capricho

de su marido, quien la recibia en idénticas condiciones que una donacion pura. Los abusos y arbitrariedades, que se seguian de semejante estado de cosas, no se corrigieron porque se obligára mas tarde al marido á devolver la dote á la disolucion del matrimonio, porque durante él á nadie era lícito coartar en lo mas mínimo las amplias facultades del padre de familias, y por consiguiente podia dilapidarla sin contraer la menor responsabilidad; ni por la prohibicion consignada en la ley Julia de enajenar fundos dotales itálicos sin licencia de la mujer, porque ni todas las dotes se constituian en fundos, ni todos los fundos dotales procedian de Italia; ni por la creacion de las donaciones propter nuptias con objeto de garantizar la dote, porque no todos los maridos podian disponer de una cantidad equivalente á esta.

Se ve pues, que el mal existia, que cada vez se hacia mas apremiante la necesidad de mejorar las condiciones jurídicas de los bienes de la mujer; pero las disposiciones que hemos enumerado, mas que un remedio eficaz, pueden ser consideradas como un reconocimiento de la existencia de la lesion, á la que no se atrevian á combatir de frente. Por último, los bienes parafernales y la sociedad universal de bienes pactada en los términos establecidos en las leyes 16 y 32, tít. 1.º y 17, tít. 3.º del lib. 34 del Dig. fueron la conquista de mas importancia que en Roma se consiguió á favor de la mujer, atendida la organizacion de su familia.

* * *

Esta sufrió un cambio radical con el advenimiento del Cristianismo, que establecia la caridad, como el principio regulador de las relaciones todas del hombre.

Dentro de su espíritu y de sus doctrinas, la mujer formada como éste á imágen y semejanza de Dios no debia ser inferior á él, y la sociedad civil cristiana, que aceptó con

entusiasmo y con fé la doctrina basada en el principio de que el matrimonio era un verdadero sacramento (1), no podia menos de revestir á esa institucion de mayor prestigio, igualando en lo posible la condicion de los cónyuges, y garantizando convenientemente los intereses y derechos de la mujer. El fin puramente humano del matrimonio en Grecia y Roma, que le consideraban como una institucion política ó social, era inaceptable para el Cristianismo. Tampoco podia tolerar, que solo tubiese por objeto la satisfaccion grosera de una necesidad material, como en la mayor parte de los pueblos de Oriente. La unidad y la indisolubilidad como condiciones esenciales del matrimonio fueron expresamente consignadas por el divino fundador de aquel. (2) Basado en el amor, su fin no podia ser otro que el mútuo auxilio que se habian de prestar los cónyuges, de lo cual es buena muestra lo dicho por San Pablo en su carta á los Efesios, cap. 5 vers. 25 (3).

(1) Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia. (S. Pablo. Epis ad Ephes. cap. 5. vers. 32.) La doctrina del Concilio de Florencia que enseña: Septimum est sacramentum matrimonii, quod est signum conjunctionis Christi et Ecclesiæ, secundum Apostolum dicentem: Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia, fué alevada á la categoría de dógma por el Tridentino (Can. 1. Ses 24.) Si quis dixerit matrimonium non esse vere et proprie unum, ex septem novæ legis evangelicæ, sacramentum á Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum neque gratiam conferre, anathema sit.

(2) Non sunt duo sed una caro. Quod ergo Deus conjunxit homo non separet. (S. Mat. cap. 19. vers. 6.)

(3) Viri, diligite uxores vestras, sicut Christus dilexit Ecclesiam et seipsum tradidit pro ea.

La provincia de España fué una de las que primero se convirtieron á la verdadera fé. Por esta causa, y porque al establecerse los visigodos en ella, aunque arrianos, eran ya cristianos, el matrimonio perdió aquí bien pronto el carácter romano y se ha atemperado desde entonces á los principios en que Jesucristo le fundó.

Estos principios estaban en perfecta consonancia con los caracteres de la raza que venia á rejuvenecer y regenerar á la caduca sociedad romana. El amor á la libertad, el respeto y consideracion á la mujer, la sencillez de costumbres y los extensos límites concedidos á la esfera de accion del individuo, que no era absorbido por la sociedad como en Roma, sino que la daba importancia, puesto que intervenia directamente en su constitucion y desenvolvimiento, se hermanaban con la teoría proclamada por el Cristianismo de que todos los hombres son iguales, porque todos son hijos de Dios, con la práctica de la virtud y de la caridad esenciales segun él para la justificacion del hombre y con el reconocimiento de su libre alvedrío, como causa de la responsabilidad que se le habia de exigir por sus actos. Las diferencias religiosas que separaban á vencidos y vencedores desaparecieron en el Concilio tercero toledano, en donde al abrazar Recaredo la fé católica, abjurando el arrianismo, comenzó la obra gigantesca de la fusion de las dos razas, que en la esfera del derecho, Chindaswinto terminó dignamente con el Fuero-Juzgo. Ya en la ley 1.^a, tít. 1.^o, lib. 3.^o de este Código se dispone que son lícitas las uniones entre godos y romanos y entre personas libres sea cualquiera su condicion. Mayor adelanto aun que respecto del matrimonio encontramos en el Fuero-Juzgo acerca de la patria potestad, porque la gran innovacion realizada en el matrimonio fué debida principalmente al Cristianismo. Como ya antes hemos visto, Roma jamás concedió á la madre, ni podia hacerlo dentro de los principios que dominaban en su legislacion, patria potestad, y esta

exigencia justísima de la razón y del derecho, que los pueblos modernos procuran satisfacer hoy en sus Códigos, se tradujo en ley en España en la época de Recesvinto; *porque la madre non ha menor cuidado del filio quel padre: por ende mandamos que los filios que son sin padre é sin madre ata quince anos sean xamados órfanos.* (1) De suerte que hasta esa edad los hijos que no tenían padre, estaban constituidos bajo la patria potestad de la madre. Incompleta como es esta declaración en favor de la mujer, es sin embargo la novedad mas capital que en orden á la familia se registra en los códigos de la época, la mas científica y la que avanza mas en el camino del progreso del derecho.

Dejando para mas adelante el hacer un trabajo metódico y completo de los efectos del matrimonio con relacion á las personas y bienes de la familia, cumple por ahora á nuestro objeto tan solo bosquejar las principales reformas, que en la legislación visigoda encontramos acerca de la sociedad de los cónyuges.

Las arras, no como fueron conocidas de los romanos, esto es, con el carácter de prenda ó señal, sino como verdadera dote del marido, que tenia por objeto, segun un distinguido comentarista (2), premiar la integridad virginal, dar valor y estima al decoro, hacer respetable el casamiento, conciliarle lustre y esplendor y proporcionar á las casadas subsistencia segura despues de la muerte de su marido y posibilidad de cumplir los deberes domésticos, son de origen germano. La oposicion de este sistema al precedente romano se explica por la índole generosa de los germanos entusiastas de los sentimientos tiernos y delicados de la mujer, en la que creían encontrar algo divino, que las asemejaba á

(1) Ley 1.^a tit. 3. lib. 4. del F. J.

(2) Marina.

los seres superiores y á la que simbólicamente adoraban en Aurinia, Veleda y otras. A las arras se refiere Tácito cuando dice: *Non uxor marito, sed uxori maritus dotem offert.*

Tambien introdujeron los germanos en nuestro derecho los gananciales, como consecuencia de la sociedad de los cónyuges. Se advertia á la mujer, dice el mismo historiador, al celebrarse los auspicios por medio de los cuales se imprecaban las bendiciones del cielo para los que iban á contraer matrimonio, que debia compartir con su marido los trabajos y los peligros, ser su compañera en la paz y en la guerra y con él gozar y padecer. Justo pues era que la que á tanto se obligaba recibiera en compensacion parte de aquello que en el combate adquiriese su marido, á quien animaba en él y á veces ayudaba materialmente. Por eso fué antiquísima esta institucion entre las tribus septentrionales, y aun cuando su vida, al fijarse en las provincias arrebatadas al Imperio, perdiera el carácter nómada que hasta entonces la habia distinguido, no olvidaron los visigodos esa costumbre; antes al contrario, la tradujeron en precepto legal (1). Era sin embargo imperfecta la ley visigoda sobre este punto, pues no repartia las ganancias por mitad, sino á prorata, dando por consiguiente mas importancia á la cuantía de las aportaciones de cada cónyuge, que á la comunidad de esfuerzos, de desvelos, de trabajo y de economía que suponen los ahorros en la familia.

* * *

La ruptura de la unidad nacional ocasionada por la invasion de los musulmanes no fué de gran trascendencia para la familia castellana, porque ese hecho, aunque cambió la

(1) Ley 7.^a tit. 2. lib. 4. del F-J.

faz de España determinando un nuevo período en su historia, no podía ejercer influencia alguna en instituciones que obedecían á principios autitéticos á los que predominaban entre los Árabes respecto de las mismas. Ninguno de los elementos bajo de los que se constituía la familia, según la religion de Mahoma, era asimilable á la castellana animada por el espíritu cristiano, y los efectos que de ella se desprenden habian naturalmente de seguir á la causa que les originára. Enablada la gloriosa lucha de la reconquista, los españoles que se replegaron á Asturias conservaron la legislación visigoda y por ella se rigieron en cuanto les sea posible en aquellas azarosas circunstancias. Pero á medida que iban recuperando el territorio los celtíberos, vascos, cántabros y visigodos que se unieron á Pelayo, surgió una necesidad que sin alterar la esencia, cambió la forma de la legislación, y por consiguiente se modificó algun tanto la manera de ser de la sociedad conyugal. La necesidad de repoblar los territorios conquistados y de halagar al pueblo para que coadyuvára á la obra nacional determinan la aparición y desenvolvimiento de los fueros municipales. Los encontramos ya, aunque vagos é indeterminados, á fines del siglo IX pero su importancia data del XI; y prescindiendo de que los primeros sean la coleccion que se atribuye al conde D. Sancho ó el de Leon otorgado en 1020 á esta Ciudad por Alonso V, que es lo mas probable, su exámen nos demuestra que su fin fué mas bien político y administrativo que civil. Con relacion á la institucion que estamos estudiando, encontramos en los fueros, que el matrimonio propiamente dicho conserva el carácter religioso, que el padre y la madre ejercen indistintamente la patria potestad, (1) que es muy suave, aunque el hijo nada adquiere para sí (2) y que los

(1) Fuero de Cuenca; ley 4.^a, capítulo 10.

(2) Id. de Palencia.

gananciales se dividen por mitad. (1) Los fueros de Cáceres, Fuentes, Alcalá y otros establecen sobre este punto lo mismo, y en el Fuero Viejo, tomado del de Nájera, se lee en el par. 7 de la ley 1.^a, título 1.^o, libro 5.^o é las ganancias que ficieren despues que casaron en uno..... devenlo aver por meitad.

Los matrimonios clandestinos, las uniones á juras y las barraganias, funesto resultado de la ignorancia y de la rudeza que engendraron las luchas de la edad media, menos en verdad en España que en las demás naciones de Europa, son el borron que empaña nuestra inmortal legislacion foral, y que marca el retroceso, el absurdo y la inmoralidad en frente del progreso, que señala en la civilizacion el matrimonio cristiano, de la justicia conque reconoce los derechos de la mujer, y de la moralidad que como consecuencia de estos antecedentes se desenvuelve en el hogar doméstico. ¡Lástima grande que las Partidas legalizáran tambien este abuso en la ley 1.^a tít. 3 de la cuarta!

No se llegaron á sobreponer nunca, es verdad, los matrimonios clandestinos al religioso, pero los fueros concedian en algunos casos la mitad de los gananciales á las barraganas, y en otros el derecho de suceder al padre á los hijos de estas.

La Iglesia desde el siglo XII tendió á la estirpacion de este mal, que solo toleró como una necesidad lamentable; y en el Concilio 4.^o de Letran primero, y en el Tridentino despues, le estirpó de raiz estableciendo en el capitulo 1.^o del decreto de reformatione matrimonii ses, 24: *Qui aliter, quàm presente parrocho, vel alio sacerdote, de ipsius parrochi, seu ordinarii licentia, et duobus, vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt; eos Sancta Synodus ad sic con-*

(1) Fuero de Burgos, ley 1.^a, capitulo 10.
(2) Ley 1.^a, título 1.^o, libro 5.^o de las Partidas.

trahendum omninò inhabiles reddit; et hujusmodi contractus irritos, et nullos esse decernit, prout eos presente decreto irritos facit, et annullat. También la ley 49 de Toro castigaba en conformidad á lo dispuesto en el Lateranense á los que contrageren matrimonio que la Iglesia conceptuase clandestino; de suerte que para bien de la sociedad y de la familia estos desaparecieron en España desde el año de 1505.

* *
*

A partir de esta época, las disposiciones legales contenidas en las recopilaciones que sucesivamente se formaron, están vigentes, y de ellas nos hemos de ocupar al examinar el derecho constituido acerca de la sociedad de los cónyuges, y para evitar repeticiones inútiles, prescindiremos por ahora de ellas. Terminaré, pues, este desaliñado bosquejo histórico, que como toda historia legal ha tenido por objeto tratar de inquirir la razon del modo de ser actual de la sociedad conyugal dentro de nuestra legislacion, con el estudio de las leyes de 20 de Junio de 1862 y 18 de Junio de 1870 que, tratando del consentimiento paterno como preliminar esencial de la celebracion del matrimonio y de este en concepto de contrato meramente civil, pueden servirnos de lazo de union entre lo que fué y lo que hoy es.

Con dificultad se encontrará una disposicion legal tan justa y tan universalmente admitida como la que impone á los hijos la obligacion de solicitar de sus padres el consentimiento para contraer matrimonio, porque no hay quien se interese por la suerte de su hijo como un padre. (1) Era en

(1) Imponen al hijo esa obligacion las leyes 2.ª, título 2, libro 22 del Dig. 8.ª, título 2, libro 3 del Fuero Juzgo: 1.ª, título 5, libro 5 del Fuero Viejo. Todos los fueros municipales que acerca de la formacion de la sociedad conyugal legislan, la 5.ª, título 1, libro 3 del Fuero Real, y la 1.ª, título 3 de la Partida 4.ª

Roma esta obligacion ineludible, como consecuencia de la autoridad de este. En los pueblos germanos no era esencial el de la madre, pero eran desheredados los hijos que no contaban con él. Tambien á falta de padres prestaban su consentimiento los hermanos y tios, aunque no era como el de los primeros un acto potestativo, sino una garantía de acierto. En la edad media el estado no imponia mas que una multa al hijo, que se casaba sin el consentimiento paterno, procurando, así como la Iglesia al suprimir impedimentos, fomentar el desarrollo de la poblacion.

La unidad política de los tiempos modernos se reflejó en la institucion civil del consentimiento, robusteciendo la autoridad paterna y fiscalizando este acto por medio de las pragmáticas de 1776 y 1803. Admisible la de 1776 bajo el primer concepto, puesto que dictada por una razon de estado igualaba á todos los ciudadanos en la obligacion de solicitar el consenso paterno, la de 1803 es defectuosa y absurda, porque releva al hijo de la obligacion de impetrar la vènia ó consejo, que la de 1776 le imponía cuando proyectaba casarse despues de cumplida la edad hasta la que debe solicitar el consentimiento, y sobre todo por la accion concedida al hijo contra el *irracional* disenso del padre. Estas causas han hecho necesaria la reforma de 1862 vigente hoy segun el núm. 3.º del artículo 5.º de la ley del matrimonio civil. Sencilla, clara y concisa deslinda cumplidamente esta ley la situacion de las personas á quienes por naturaleza incumbe asegurar en lo posible la suerte de aquellos á los que dieron el ser ó con los cuales les unen vínculos de cariño y la de los menores, que deben ilustrarse para realizar con acierto al acto mas trascendental de su vida.

Con arreglo á esta ley el hijo de familia que no ha cumplido 23 años y la hija que no tiene 20 necesitan para casarse del consentimiento del padre, art. 1; de la madre, art. 2; del abuelo paterno ó del materno respectivamente,

art. 2; contra cuyo disenso, así como contra el de las demás personas á quienes subsidiariamente concede la ley la misma facultad, no se dá recurso alguno, art. 14. En defecto de las anteriores, y solo hasta los 20 años y acompañados del consejo de familia, deben prestar su consentimiento el curador testamentario y el Juez. Los hijos naturales necesitan el consentimiento del padre, del curador ó del Juez, art. 12; los demás ilegítimos el de la madre, el curador ó el Juez, y los expósitos el de los jefes del establecimiento, art. 13. Los legítimos mayores respectivamente de 23 y 20 años deben pedir consejo á sus padres ó abuelos y si les fuere negado pueden casarse á los 3 meses, acreditando la petición y la negativa, art. 15.

La novedad esencial, que en estos últimos tiempos ha venido á cambiar por completo la forma de constituirse la sociedad de los cónyuges en Castilla y en España, ha sido la introducida por la ley de 18 de Junio de 1870, en virtud de la que el matrimonio, que no se celebre ante el Juez municipal del domicilio de los contrayentes ante dos testigos mayores de edad, art. 38; y con arreglo á las disposiciones de la misma, no producirá efectos civiles con respecto á las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, art. 2.

No debemos ocuparnos en un trabajo de esta índole de los motivos que han existido para su promulgacion, ni de las vicisitudes y circunstancias que la han ocasionado; pero cumple á nuestro objeto consignar que hubiéramos encontrado mas acertado, mas sencillo, mas en armonía con nuestras costumbres y tradiciones y menos molesto y costoso el haber dado validez legal á todos los matrimonios contraidos con arreglo á las prescripciones de todas las religiones positivas, cuya libre profesion y culto se habia garantido por el art. 21 de la constitucion de 1869, estableciendo el matrimonio civil, solo para aquellos contrayentes que no tuvie-

sen religion ó cuya religion no fuere admitida en el estado; imponiendo á todos la obligacion de hacer constar su enlace en el registro civil.

Esta opinion que me atrevo á indicar se apoya en que encuentro en el matrimonio algo mas que un mero contrato de sociedad formado por un hombre y una mujer que se unen por ministerio de la ley civil. Es esta en mi concepto insuficiente para garantizar en el matrimonio las condiciones de unidad y de indisolubilidad, que la razon señala como esenciales é imprescindibles para el bienestar de la familia, y que la religion cristiana impone como obligaciones á que los cónyuges se han de sujetar. La ley provisional española de matrimonio civil consigna en su art. 1.º El matrimonio es por su naturaleza perpétuo é indisoluble. Cierto; ¿pero es á la ley civil á quien corresponde hacer esta declaracion? De ningun modo, puesto que le considera como un contrato, porque es principio de derecho que las obligaciones se rescinden por los mismos medios porque se contraen, y si la voluntad de los cónyuges convalidó su union, su voluntad debe poder romperla. Si se considera el matrimonio como una institucion de derecho natural, pero tan importante para la sociedad que ésta legisla sobre su ejercicio convirtiéndola en institucion de derecho estricto, la desnaturaliza, porque todas las instituciones humanas son finitas, relativas, particulares, disolubles, y la ley que las niega ese carácter y se le atribuye perpétuo, absoluto, general, infinito, indisoluble, amplía su accion fuera de los límites que la ciencia la determina. Solo la religion puede obligar á vivir uno con una y para siempre, porque la religion es el código divino del hombre, y á la divinidad únicamente está reservado imponer obligaciones que ligen perpétua é indisolublemente á los que las contraen, porque esas obligaciones participan en cierto modo del carácter infinito de Aquel, que preside y á quien se invoca en su celebracion.

Sin embargo hoy en Castilla la base de la sociedad conyugal es la ley de 18 de Junio de 1870, y yo, que en el terreno del derecho constituyente me ha permitido juzgar esa determinacion del legislador segun mi criterio, profeso la doctrina de que *dura sed lex*; y por lo mismo, llegados ya al término que me propuse en la parte histórica de mi trabajo, voy á emprender el exámen de la doctrinal íntimamente relacionada como es natural en muchos de sus estremos con esta última evolucion de nuestro derecho.

* * *

Antes ó despues de obtenido el consentimiento ó el consejo para contraer matrimonio en los términos expuestos al tratar de la ley de 20 de Junio de 1862, solian preceder en Castilla, legalmente hasta ahora y hoy por costumbre, á su celebracion, los esponsales definidos por la ley 1.^a, título 1 de la partida 4.^a *Prometimiento que facen los homes por palabra quando quisieren casar*. Eran pues los esponsales un contrato consensual, que podian celebrar las personas habilitadas para contratar por sí mismas, prag. de 1803; prévio el consentimiento ó consejo paterno, prag. de 1776; otorgado por escritura pública, prag. de 1803, y en virtud del que los contrayentes quedaban obligados mutuamente á casarse y el que á ello se negaba á satisfacer daños y perjuicios y á permanecer soltero mientras no fuese absuelto por el agraviado ó este se ligare con otro vínculo. Conocía de estos asuntos la autoridad eclesiástica, prag. de 1803; pues constituyen un impedimento impediendo para la celebracion del matrimonio canónico, pero en el art. 3 de la del civil se establece que *no producen obligacion civil la promesa de futuro matrimonio, cualesquiera que sean la forma y solemnidades con que se otorgue, ni las cláusulas penales ni cualesquiera otras que en ella se estipulen*.

Sin desconocer que esta disposición coarta la facultad de contratar, que debe ser siempre libre mientras el contrato no tenga un fin inmoral, la encontramos disculpable y aun plausible, porque los esponsales calificados por un distinguido jurisconsulto de funestos á la moral y opuestos á la santidad y libertad del matrimonio, sin producir prácticamente resultado alguno beneficioso, podían poner y de hecho ponían muchas veces á hombres pundonorosos en la angustiosa alternativa de faltar á un compromiso solemnemente contraído ó de ser desgraciados toda su vida.

A las proclamas ó moniciones canónicas ordenadas por el concilio de Trento, en la ses. 24, cap. 1 de ref mat, para anunciar el matrimonio, han sustituido en el civil los dos edictos por medio de los cuales se publica hoy, según lo dispuesto en el cap. 3, sec. 1 de la ley.

* *

Si en toda sociedad son exigibles á sus individuos condiciones de aptitud para el desempeño de las funciones que en ella les corresponden, en la conyugal son tanto más necesarias, cuanto supera en importancia el matrimonio, sociedad indisoluble que determina en general la dicha ó la desgracia futura de los dos seres que la forman, á cualquiera otra que se proponga un fin más limitado y menos trascendental. Es indudable que el matrimonio es un contrato eminentemente consensual, siquiera en su celebración sea para nosotros lo primero el sacramento; y por más que como tal contrato no sea susceptible de ser clasificado en ninguno de los diversos grupos en que el derecho divide á los consensuales, es evidente que su causa eficiente es el consentimiento libre, recíproco y puro del varón y de la mujer. Hasta ahora íntimamente unidas en España la Iglesia y el Estado, á la primera correspondía la romoción de los obs-

táculos que se oponian á la celebracion del matrimonio. Existian no obstante impedimentos de origen exclusivamente civil, porque como dice Santo Tomás: *Matrimonium in quantum est in officium naturæ statuitur lege naturæ, in quantum est sacramentum statuitur jure divino, in quantum est in officium communitatis statuitur lege civili*; pero anulaban los matrimonios ya contraidos los mismos impedimentos que el derecho canónico designaba como dirimentes, los cuales se especifican en la ley 10, título 2 de la partida 4.^a (1) Lo mismo sucedia respecto de los impedimentos impeditivos, aunque en estos el Estado dispensaba los de origen civil. Hoy la ley del matrimonio civil es la que establece los impedimentos y á la potestad civil á quien compete su dispensa, art. 7.º; pero los impedimentos que consigna en el capítulo 2, con ligeras variantes son los mismos que los enunciados, porque tratándose de una institucion por naturaleza invariable, lo que á esta se oponga será siempre opuesto á aquella. Las principales diferencias consisten en que para determinar el parentesco, que une á los que consanguíneos ó afines tratan de contraer matrimonio, se atiende á la computacion civil de grados y no á la canónica, y en que han desaparecido el impedimento de pública honestidad por los esponsales, pues hemos visto que ya no tienen éstos existencia legal, el de ignorar la condicion servil, y los impedimentos físicos de origen canónico, pues el no ser cristianos los contrayentes y la no presencia del parroco no pueden ser invocados desde que se ha roto la unidad religiosa y se ha dado un nuevo carácter al matrimonio. Tampoco subsiste el impedimento moral canónico de cog-

(1) Estos impedimentos son los que generalmente se consignan en los tratadistas con el conocido verso: Error, conditio, votum, cognatio, crimen, etc.

nacion espiritual que entre sí tenían los padrinos y apadrinados en el sacramento del bautismo ó en el de la confirmacion por las mismas causas. La ley, art. 4.º, números 9 y 10, señala un nuevo impedimento que existe entre el tutor, si expresamente no está consentido el matrimonio por el padre, y la pupila, y entre los hijos de aquel y los menores hasta no estar fenecida la tutela y aprobadas las cuentas.

Removidos todos los obstáculos que á la celebracion del matrimonio se opongan, y contraido éste segun las últimas disposiciones, los cónyuges deben vivir *siempre en uno* (1) guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, (2) pero el jefe natural y legal de esta sociedad es el marido. Él ejerce sobre las personas y bienes de sus hijos menores de edad ó no emancipados el conjunto de derechos inherentes á la potestad paterna y administra desde los 18 años su hacienda y la de su mujer. (3) Esta no puede contratar, cuasi contratar, presentarse en juicio, aceptar sin inventario ó repudiar herencias sin licencia de su marido ó del Juez en su caso ni obligarse como fiadora de su marido, (4) ni en una palabra verificar acto alguno que la pueda perjudicar, porque desconociendo el alcance que la mayor parte de los actos de derecho tienen, la ampliacion de su capacidad jurídica justamente limitada redundaria muchas veces no solo en perjuicio suyo, sino en el de sus hijos. Además si la armonía y concierto que resulta de la division de las funciones que en la sociedad conyugal corresponde á cada uno de los socios; al marido la gestion en el exterior, á la mujer

(1) Ley 7, tit. 11, par. 4.ª

(2) Art. 44 de la ley de matrimonio civil.

(3) Ley 7, tit. 2, lib. 10 de la Novísima Recopilacion.

(4) Leyes 10, tit. 20; 11, 12, 13, 14 y 15, tit. 1; y 3, tit. 11, lib. 10 de la Novísima Recopilacion; 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 61 de Toro.

la economía en el interior, no se ha de romper, produciendo una situación anárquica dentro del hogar doméstico, es necesario que mientras la sociedad subsiste sea su cabeza y representante el marido, por naturaleza mas inteligente y fuerte y de ordinario mas instruido y prudente que la mujer; y ésta queda en el lugar que la corresponde, porque nuestras leyes dignifican y elevan su posición hasta el límite en que chocando sus atribuciones con las de aquel, pudieran ser funestas á la familia. Personalmente las mujeres *han las honras é las dignidades de los maridos por razon de ellos*, (1) tienen derecho á exigirles protección y amparo y á gozar dentro del hogar doméstico de idénticas consideraciones. Su aptitud y la confianza que por tal concepto merezcan á sus maridos puede hacerlas acreedoras á que estos las otorguen licencia para hacer todo lo que sin ese requisito las estaba vedado. La justa y legítima dependencia en que la mujer castellana se encuentra respecto de su marido no la es por tanto perjudicial, sino altamente beneficiosa con especialidad acerca de sus bienes, porque como vamos á ver, tales preeminencias y derechos les concede nuestra legislación, que parece que el legislador garantizándolos y el espíritu galante y generoso de Castilla, en la que hasta tal punto se ha considerado á la mujer que es esta en realidad, segun nuestras costumbres, la dueña y señora de la casa, han rivalizado en su favor. Hoy además segun el artículo 64 de la ley de matrimonio civil, la madre tiene en defecto del padre potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados, consesion justa que, como en otro lugar decimos, no es una novedad en nuestro país. Derogada la ley 1.^a título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, la madre era sin embargo tutora ó curadora legítima y casi siempre testamentaria.

(1) Ley 7, tit. 11 de la par. 4.^a

ria de sus hijos; pero ese derecho y esta costumbre no satisficieran á los que considerando á la mujer y á la madre como se merecen, creían que á falta del padre, ésta debia reemplazarle. Si es la patria potestad un derecho fundado sobre la naturaleza, ¿qué cosa mas natural que quien á un hombre dió el ser tenga sobre él derechos que de la generacion se derivan?

* *

*

Hemos examinado la legislacion castellana acerca de la sociedad personal de los cónyuges. Debemos ahora ocuparnos de esa sociedad bajo el punto de vista económico, y al efecto estudiar las diferentes especies de bienes comunes y privativos de los cónyuges que en Castilla se conocen, y los efectos que su diferente carácter produce en la esfera del derecho.

En nuestra legislacion se armonizan los sistemas de comunidad y de separacion que existen en materia de bienes de la sociedad conyugal, creándose de ambos uno mixto, en virtud del que cada cónyuge conserva la propiedad de los suyos ó sean los que aportó al matrimonio y tiene además derecho en general á la mitad de lo adquirido durante él. Conocido nos es el origen y vicisitudes de la sociedad legal que entre los cónyuges se establece por consecuencia del matrimonio. Esa sociedad especial, distinta por su naturaleza de todas las demás que tienen un fin interesado, puesto que es el resultado del principio que en el matrimonio prevalece gráficamente expresado por Ulpiano: *individuum consuetudinem vite continens*, y por Modestino: *divini et humani juris comunicatio*, realiza en el orden económico de la familia el pensamiento de unidad que caracteriza la institucion conyugal.

La ley 1.^a, tít. 4, libro 10 de la Novísima Recopilacion

(1.^a, tít. 3, lib. 3 del Fuero Real) condensa la doctrina legal sobre bienes gananciales estableciendo que: *Toda cosa que el marido y la mujer ganaren ó compraren, estando de consuno, háyanlo ambos por medio*. Se vé por esta ley, que es condicion esencial para la existencia de los gananciales la del matrimonio de los sócios, consumado antes, no rato, hoy celebrado conforme á las prescripciones de la ley de matrimonio civil, art. 2.^o, lo cual se acomoda perfectamente con la naturaleza misma de esa sociedad, en la que la misma participacion se concede al marido que trabaja y adquiere, que á la mujer que ahorra y multiplica por la economía y el buen gobierno de la casa, razon material, digámoslo así, que convence mas y mas de la justicia de los gananciales, y que demuestra que estos deben ser adquiridos estando de consuno; por lo cual debemos examinar qué clase de cosas constituyen ese fondo comun con seperacion de los otros bienes peculiares de cada cónyuje, porque es principio admitido, que la costumbre estableció y la ley 4.^a de d t. ha confirmado, que *los bienes que han marido y mujer son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente*. Los gananciales se forman con todo lo adquirido por uno ó por los dos cónyujes á título oneroso ley 1.^a de d t, no lucrativo ley 5.^a; los productos, rentas, frutos, etc. de los bienes privativos y comunes de los cónyujes leyes 3.^a y 5.^a, lo obtenido por la industria, sueldo ó trabajo de uno ó de ambos y los aumentos ó mejoras de todos los bienes que no se hayan producido en ellos de un modo natural ley 5.^a

En dos épocas pueden ser considerados los gananciales: durante el matrimonio y despues de él. En el primer periodo existe sobre ellos un verdadero condominio del marido y de la mujer, si bien el de aquel se dice ser *in actu* y el de esta *in habitu*, porque el marido administra, usufructúa, dispone de estos bienes como le place y los enajena,

sin otra limitacion que la señalada en la ley de S.^a M.^a de Nieva, 5.^a de d t; *salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente* (el contrato de enajenamiento) *por defraudar ó damnificar á la mujer*. A primera vista parece desventajosa la situacion en que á la mujer coloca esta ley, pero no lo es tanto, por el contrario queda en el lugar que la corresponde, si se atiende mas á su espíritu que á su letra, mas á lo que sucede que á lo que puede suceder, porque por elevada que sea la consideracion de la mujer castellana, siempre hemos de reconocer superioridad en el marido y no puede ser despojado de la jefatura de la familia que le corresponde, porque en toda sociedad existe un gerente autorizado para representarla y contratar, pues solo así se desenvuelve y desarrolla. Por otra parte no hay que perder de vista que la conyugal es una sociedad especial, á la que si bien es verdad que son aplicables los principios que en materia de sociedades existen en cuanto tiendan á favorecerla y protegerla, se desnaturalizaria si se tratara de llevar esos principios respecto á ella hasta sus últimas consecuencias. Es como en las demás su base el consentimiento, pero este á su vez se funda en el mútuo cariño de los cóuyjes y no es racionalmente presumible, que el amor que su mujer y sus hijos inspiran al padre de familias no sean el regulador y la norma á que él ajuste la gestion económica y administrativa de los bienes gananciales, mas bien que el propio interés que en él se despierte con ocasion de las extensas facultades que la ley le concede. La aplicacion que tienen esos bienes, que sirven para pagar las deudas, dar carrera ó enseñar un oficio á los hijos, hacerlos donaciones propter nuptias, dotar á las hijas y sufragar los gastos ordinarios de la familia, es una razon mas en apoyo de la creencia en que estamos de que los maridos generalmente no han de hacer mal uso de ellos.

La sociedad legal se disuelve cuando termina su causa

eficiente por muerte ó divorcio quoad vinculum, cuando subsistiendo el vínculo cesa la comunidad de la vida por divorcio quoad thorum, ó por falta de consentimiento cuando apesar de vivir los cónyuges de consuno renuncia la mujer la mitad que la corresponde. Entonces no está obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere contraido durante el matrimonio, y este hace suyo todo lo adquirido desde la renuncia de aquella. Los dos primeros modos de concluir la sociedad legal son naturales y muy lógicos porque si su razon de ser estriba en el consorcio de todas las relaciones de la vida, que por el matrimonio se crea entre los cónyuges, disuelto aquel ó separados estos, debe concluir esa sociedad, pero no encontramos igualmente justificada la renuncia de los gananciales por la mujer. No comprendemos el objeto que se pudieron proponer los autores de la ley 60 de Toro, ni aun considerada como un contrapeso en favor de la legislacion goda contra los derechos concedidos al marido por la romana en las dotes, porque esta ley perjudica notablemente á la mujer, puede perjudicar á sus hijos y se halla en abierta contradiccion con la ley 4.^a, tít. 11 de la partida 4.^a que prohíbe las donaciones entre marido y mujer. En efecto ésta con renuncia de los gananciales ó sin ella siempre tiene asegurados sus bienes peculiares porque las deudas no se pagan mas que de los bienes gananciales y en su defecto de los del marido, de suerte que la mujer renunciando los gananciales no gana porque, aun cuando á la disolucion del matrimonio haya mas deudas que ganancias, ella nunca respondería mas allá de la mitad que la correspondiese, y puede perder si hay mas ganancias que deudas ó ganancias solo. Puede tambien perjudicar á sus hijos si á la terminacion de la sociedad hay ganancias porque ellos heredarían á la muerte de su madre la mitad que renunció y de ese modo se hacen propiedad del padre, y es muy dudoso que éste tenga obligacion de

reservarlos porque los bienes gananciales no están sujetos á reserva (1) y porque si se les niega ese carácter y se les considera como una donacion, ó es ineficaz porque las donaciones entre los cónyuges son ilícitas, ó si se dice que es una donacion de derechos eventuales en que el marido se hace mas rico sin que la mujer se haga mas pobre, prescindiendo de que esto es una paradoja, se pretende establecer una escepcion á la ley 4, tít. 11, pár. 4 y admitiendo la excepcion como causa parece que se debe hacer extensiva á las consecuencias. Por otra parte, sin la condicion de estar sujetos á reserva los bienes gananciales que el marido adquiere por la renuncia de la mujer, no hay medio de conciliar la observancia de esta ley con los derechos hereditarios de los hijos, cuyo beneficio y seguridad es el fin de las reservas.

Disuelta la sociedad, el dominio de la mujer en la mitad de las ganancias que la corresponde se perfecciona, las hace suyas por completo y en absoluto, excepto si viviere lujuriosamente siendo viuda, pues por esta razon pierde el derecho á esa parte de gananciales que deben ser vueltos á los herederos de su difunto marido en cuya compañía fueron ganados, (2) pena merecida por la ofensa inferida á su memoria, aunque opuesta al derecho de propiedad que ya la ha reconocido la ley en esos bienes. Es análoga esta disposicion á las contenidas en las leyes 2.^a tít. 7. y 5.^a tít. 5. lib. 4 del F. R. en las que se establece que la mujer pierde las ganancias, si comete adulterio ó abandona á su marido.

Es ocioso advertir que se entiende por mitad de los gananciales que á la disolucion de la sociedad legal se adjudica á la mujer, ó mejor dicho, que se reputan bienes ganancia-

(1) Ley 6, tít. 4, lib. 10 de la Nov. Rec.; 14 de Toro.

(2) Ley 5. tít. 3. lib. 3 del Fuero Real.

les, todos aquellos que restan separados los privativos de cada cónyuge y deducidos los que se apliquen á la redencion de cargas que se han de sufragar con los gananciales, porque estos en realidad no aparecen hasta que se practica esa division, pues mientras la sociedad existe se confunden naturalmente con todos las demás de la familia.

La ley, teniendo en cuenta que los frutos de todos los bienes de la familia forman parte de los gananciales, ha previsto el caso en que á la disolucion de la sociedad existan frutos pendientes ordenando (1) que si estos aparecen se dividan por mitad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto, y si no aparecen correspondan al dueño de la heredad abonando las espensas hechas si la labor fuere de viñas ó árboles, pues siendo de sembrados se deben dividir por mitad aunque no aparezcan hasta despues de la muerte. Cuando la heredad esté solo preparada ó barbechada, el dueño abonará la mitad de las espensas ocasionadas.

* *

El carácter de reciprocidad que las donaciones esponsalicias presentan nos impulsa á verificar su exámen á continuacion del de los bienes comunes de la sociedad legal, exigiéndolo así además la razon del método que nos hemos propuesto.

Es tan natural la costumbre de que los que pretenden unirse en matrimonio se manifiesten recíprocamente su cariño por medio de obsequios y regalos que en todas las legislaciones se autorizan semejantes demostraciones. Roma las conoció con el nombre de sponsalitiæ largitates. Entre los germanos tambien solian mediar con tanta mas razon,

(1) Ley 10. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

cuanta mayor era la consideracion que les merecia el matrimonio. Así es que en todos los monumentos legales españoles de uno ú otro origen se legisla sobre donaciones esponsalicias (1); y muchas de las leyes ya derogadas ó desusadas, ya vijentes que existen en la materia, coartan ó limitan la facultad de hacerlas, lo cual prueba que la galanteria española ha ido mas allá de lo justo y conveniente.

Dada la naturaleza de estas donaciones, se comprende que han de preceder al matrimonio, y si por culpa del que las recibe no se celebra éste, tiene obligacion de devolverla al que la hizo. (2)

Hasta la promulgacion de la ley de matrimonio civil ganaba la mujer la mitad de las donaciones esponsalicias que la hubiera hecho el esposo, si formalizados los esponsales no se verificaba el matrimonio ó celebrado éste se anulaba antes de consumarse, mediando ósculo. (3) De lo contrario no ganaba cosa alguna (4). Hoy no tienen aplicacion estas disposiciones.

Celebrado y consumado el matrimonio, los cónyuges ganan respectivamente las donaciones que se hicieron, pero respecto al en que mediaron arras, la mujer ó sus herederos deben elegir en el término de veinte dias desde que sean requeridos por los herederos del marido entre las arras y la donacion esponsalicia. Se trasfiere á estos el derecho de eleccion si aquellos no la hacen en el término legal. (5)

(1) De donaciones esponsalicias tratan: la l. 5.^a tit. 1. lib. 3 del Fuero Juzgo; la 4.^a tit. 1. lib. 5 del Fuero Viejo; la 5.^a tit. 2. lib. 3 del Fuero Real; la mayor parte de los Fueros municipales; la 3.^a tit. 11 Par. 4.^a; las recopiladas 2.^o tit. 3, 7.^a tit. 2, 8.^o tit. 4, 7.^a tit. 8. del lib. 10. etc.

(2) Ley 3.^a tit. 11. part. 4.

(3) Id. y 3.^a tit. 3. lib. 10 de la Nov. Rec.,
52 de Toro.

(4) _____ Id.

(5) _____ Id.

Hemos indicado que las leyes han tenido necesidad de restringir el derecho de hacer donaciones esponsalicias, para evitar los abusos y trastornos que ocasionaba la imprudente generosidad de ciertos esposos.

Al efecto las donaciones, que estos hagan, no deben exceder de la octava parte del valor de la dote incluyendo en esa cantidad los gastos de boda. (1)

Justo en principio el espíritu en que se inspiraron los autores de esta ley y de las diferentes pragmáticas que contienen la misma disposición, ha sido mal desenvuelto. Solo se hace referencia á las donaciones hechas por los varones, cuando tambien estos las reciben de las mujeres y en ambos es idéntica la causa de la limitación. Acaso se tuvo en cuenta que en la ley de partida citada se dice que; *pocas vegadas aviene que la esposa faga don al esposo porque las mujeres son naturalmente cobdiciosas é avariciosas*, pero esta razón, sobre ser muy poco piadosa, es injusta. La cuantía de la dote tampoco es una base equitativa, porque si la posición del esposo es desproporcionada con la de su futura mujer, el equivalente á la octava parte de la dote puede ser para él una cantidad exigüa ó exorbitante. Mas acertado hubiera sido, en mi concepto, limitar la facultad de hacer donaciones esponsalicias, en el esposo á la octava parte de lo que él aportara al matrimonio en concepto de donación propter nupcias, y en la esposa á la misma cantidad de su dote. Es igualmente injusto que, según lo dispuesto en la pragmática de 5 de Noviembre de 1723 (2), los mercaderes plateros ú otras personas no puedan pedir en juicio las mercaderías ó géneros que dieren al fiado para bodas. Como es natural, su injusticia ha ocasionado su inobservancia.

(1) Ley 7.^a tit. 2. lib. 10 de la Nov. Rec.

(2) Ley 2.^a tit. 8. lib. 10 de la Nov. Rec.

Las donaciones esponsalicias han de preceder al matrimonio, lo cual sobre ser conforme á su naturaleza, está implícitamente contenido en la ley 4.^a tít. 11 de la par. 4.^a que prohíbe en absoluto las donaciones entre los cónyuges. Sin embargo las costumbres autorizan pequeñas demostraciones de afecto durante el matrimonio, porque si la disposición de la ley de partida, que cierra la puerta á los abusos que de lo contrario pudieran ser cometidos por un cónyuge preponderante y codicioso, es justa, su rigorismo equitativamente templado en la práctica no está en armonía con el carácter de la familia castellana.

* *

Al hablar de los bienes privativos de cada cónyuge debemos empezar por las donaciones propter nupcias porque constituyen el haber del marido.

Las donaciones propter nupcias fueron conocidas en Roma bajo una forma esencialmente distinta á la que entre nosotros tienen. Se confundían en un principio con las *sponsalitiæ largitates* y se denominaban *donaciones ante nuptias*. Desde las reformas de Justino y Justiniano se constituyeron para seguridad de la dote, habían de ser semejantes á ella por razón de la cantidad y condiciones, y la mujer, aunque las hacía suyas, no percibía durante el matrimonio sus frutos.

Hoy el marido es dueño del capital que á él aporta porque las donaciones propter nupcias, que los padres hacen á los hijos por razón de casamiento, constituyen su caudal, son propiamente su dote: *pari passu ambulat dos et donatio propter nuptias, et propterea confertur inter liberos sicut dos*, (1); pero como el carácter de marido no modifica como el

(1) Palacios Rubios.

de mujer (casada) la condicion de sus bienes, nuestras leyes solo tratan de las donaciones propter nupcias por incidencia, como en la 25 y en la 29 de Toro, y por consiguiente les son aplicables los principios comunes á los bienes en general, por cuyo motivo nos abstenemos de entrar en su exámen, debiendo en este trabajo circunscribirnos al de la sociedad conyugal.

Entre los bienes que constituyen el haber de la mujer castellana ocupa el primer lugar por su importancia y antigüedad la dote. (1) El sistema dotal era el derecho comun en Roma, así como entre nosotros lo es el de gananciales. El origen de la dote se explica perfectamente en aquel derecho dada la organizacion de su familia, porque al contraer matrimonio la mujer salia de la patria potestad para constituirse *sub manu mariti*, y como antiguamente solo eran herederos necesarios los hijos no emancipados, la hija casada nada podia heredar. La dote, legítima anticipada, vino á neutralizar aquel rigorismo tan perjudicial á las mujeres. Su existencia en nuestro derecho, así como en los demás modernos que consignan el régimen dotal se justifica por la razon misma de las cosas; si el matrimonio ha de representar para los que le contraen el consorcio de todos sus intereses morales y materiales, claro es que tanto uno como otro cónyuge deben cooperar con estos á la satisfaccion de las múltiples atenciones que origina una familia. Los sentimientos de cariño y de buena armonía, que á esta santifican, impulsarían al padre además, aun cuando la ley no se lo ordenára, á proteger y ayudar á la hija con especialidad, cuando realiza el acto mas trascendental de su vida, y á prestarla ese

(1) Dos est pecunia, quæ pro muliere, vel ab illa, datur viro, ad ferenda matrimonii onera.

apoyo y esa proteccion en consonancia con las necesidades que su nuevo estado la ha de hacer sentir. Por eso generalmente se constituyen las dotes antes ó al tiempo de celebrarse el matrimonio; pero la ley permite su constitucion ó aumento despues. (1)

La pauta á que ajustaremos nuestro estudio en materia de dotes nos la dá el legislador. El Código de Partidas, que desarrolla completamente esta institucion, es el texto casi exclusivo á que nos debemos referir, y en el cap. inic. del tit. 11 de la 4.^a metodiza su exposicion diciendo; que se debe al examinarlas tratar *primeramente de qué cosa sea dote.... «é en qué tiempo se pueden hacer. E quantas maneras son dellas. E quien las puede hacer, é como, é de qué cosas, é á quien pertenesce el pro ó el daño de las cosas que son dadas.... cuando son crecidas ó menguadas ó vencidas en juicio. E por cuales razones gana el marido la dote que le fizo la mujer.... E si puede la mujer demandar la dote que dió al marido, mientras que durare el matrimonio. E á quien debe ser entregada si ella muriese: é cuando. E que despensas puede contar é aver el marido cuando la entregare.»*

Sabido pues que dote es *el algo que da la mujer al marido por razon de casamiento* (2), y cuando puede ser constituida y aumentada, veamos de cuántas maneras es.

La ley española, copiando á su modelo, ha dividido la dote en profecticia y adventicia, estimada é inestimada, y voluntaria y necesaria (3): clasificacion no arbitraria, sino

(1) Ley 1.^a, tit. 11, part. 4.^a

(2) Ley 1.^a de d. t. y p.

(3) Leyes 2, 16 y 8 de d. t. y p.—Es además la dote numerada ó entregada y confesada; l. 13; pero hoy, dadas las condiciones de nuestro sistema de contratacion, ni esta division ni la de la dote en dicha, prometida y entregada, ls. 10, 11 y 12, tiene importancia alguna.

La dote propiamente tal es solo la entregada.

deducida de las consecuencias legales que producen su origen, forma ó condiciones.

Se entiende por profecticia la constituida por el padre, algun ascendiente de la línea paterna ú otra persona en consideracion al primero. (1) Adventicia es la dote que constituye la misma mujer, su madre, algun pariente que no sea ascendiente por línea paterna ó un extraño. (2)

Dote estimada es la que se constituye justipreciando en la escritura dotal los bienes que recibe la mujer y entrega á su marido en este concepto. (3) Inestimada la que se dá sin expresar su valor, y en este caso responde el marido de los mismos bienes que recibió. (4) Hay una subdivision importantísima de la estimada: dote estimada *causa venditionis* y dote estimada *causa taxationis*. (5) El efecto de la primera es causar á favor del marido una verdadera venta de los bienes que recibe por tal concepto, en términos de estar solo obligado á devolver su estimacion y á sufrir el aumento ó deterioro de ellos. La dote estimada *causa taxationis* no produce venta y tiene por objeto apreciar la alteracion ó modificacion que se haya verificado en los bienes mientras han estado en poder del marido, equiparar las dotes que se constituyan á favor de otras hijas, etc. Sea cualquiera la importancia de la lesion que al practicar la estimacion de la dote se cause, puede el perjudicado pedir su rescision ó re-

(1) Ley 2.^a de d. t. y p.

(2.) Id. Añaden algunos autores un tercer miembro á esta division, primera de la dote, llamando mixta á la que segun la ley 4.^a, tit. 3, lib. 10 de la Nov. Rec. constituyen el padre y la madre de sus bienes gananciales.

(3) Ley 16 de d. t. y p.

(4) Id.

(5) Leyes 18 y 19 de d. t. y p.

forma. (1) De estos principios se deduce fácilmente á quien debe aprovechar el beneficio ó quien debe sufrir la disminucion de la dote; pero como no seria justo que el marido, que está obligado á defender en juicio los bienes dotales, (2) fuera responsable de ellos si en juicio los perdiera, le concede esta ley el derecho de exigir en este caso que la mujer constituya otra dote equivalente á la pérdida si fué estimada; pero si fué inestimada, el peligro de la eviccion será de la mujer ó de quien constituyó la dote, solo cuando una ú otro se obligaron en este sentido, ó cuando, aunque tal pacto no existiera, obró dolosamente el que la entregó al marido.

Dote voluntaria es la que constituye el que no tiene obligacion legal de darla; y necesaria la que procede de las personas que están en esa obligacion. Estas son los cónyuges que tienen bienes gananciales, el padre, los ascendientes varones paternos en favor de la descendiente pobre, la madre que no profese la religion católica á su hija cristiana católica, el hermano mayorazguista en favor de la hermana y el guardador en el de su pupila.

Los padres deben dotar á su hija, si ambos se lo han prometido, de los gananciales si los hay; y si no los hay ó los que existen no son suficientes para su constitucion, deben formarla ó completarla de los suyos propios; pero si solo uno hizo la promesa, lo que no cubran los gananciales se suplirá con sus bienes privativos. (3)

Fuera de estos casos la obligacion de dotar es del padre. (4)

Contra la obligacion que la ley 8.^a, tit. 11, partida 4.^a,

(1) Ley 16 de d. t. y p.

(2) Ley 22 —————

(3) Ley 4.^a, tit. 3, lib. 10 de la Nov. Rec. 53 de Toro.

(4) Ley 8.^a, tit. 11, par. 4.^a

impone al abuelo ó al visabuelo de dotar á la nieta pobre oponen algunos comentaristas la observacion, de que siendo segun esa ley esta obligacion consecuencia de la patria potestad, y concediendo la ley 47 de Toro emancipacion en todas las cosas para siempre á los hijos casados y velados, la ley recopilada ha derogado á la de partida, y por consiguiente ha cesado la obligacion del abuelo ó visabuelo. La aparente solidez de este argumento desaparece desde el momento que se tiene en cuenta que ni la madre hereje, ni el hermano mayorazguista tienen patria potestad sobre su hija ó hermana respectivas, y sin embargo pesa sobre ellos la carga de dotar; lo cual demuestra que no es la patria potestad la causa eficiente de la dote. Patria potestad, y como ningun otro pueblo despues la ha tenido, tuvieron los romanos y no conocieron la dote, como institucion de derecho, hasta Augusto. Además ¿cómo hemos de considerar derogatoria de la de partida la ley 47 de Toro, cuando la primera concede un derecho importante á las hijas, y las segundas tendieron ostensiblemente á favorecer la institucion conyugal, buena muestra de lo cual es la disposicion contenida en la misma ley 47? Esto es concluyente; pero si aun nuestra opinion pudiere ofrecer alguna duda, téngase presente el axioma que rige en materia de dotes: *In dubio pro dote respondere meliùs est.*

La proteccion dispensada por Justiniano al cristianismo determinó la imposicion á la madre que no le profesaba de la obligacion de dotar á su hija católica. La ley 9.^a de d. t. y p. traslada esta disposicion á nuestra legislacion, pero hoy seria insostenible semejante pretension.

Carece tambien de importancia el art. 10 de la ley de 11 de Octubre de 1820 que obliga al hermano poseedor de un mayorazgo á dotar á sus hermanas con el producto de la sexta parte de las rentas del mayorazgo, pero dada la existencia de estos, la disposicion era equitativa.

Se reputa generalmente dote forzosa la que debe constituir el guardador en favor de la pupila que le está encomendada, (1) pero como quiera que la dote se ha de formar con los bienes de esta, en realidad mas bien que dote necesaria es una obligacion aneja á la guarda.

Menos aun debe ser considerada como necesaria la dote que constituye un extraño, que á ello se ha comprometido, porque al cumplimiento de esa obligacion no es compelido por ley alguna que trate de dotes, sino en virtud de los principios generales que rigen en materia de contratacion. (2)

Dotis quantitas ex facultatibus patris mulieris et mariti statuenda est, era el principio romano. La generosidad muchas veces exagerada é inconsciente de los padres ha hecho en España necesarias las limitaciones con que las leyes han coartado su esplendidez. La ley 29 de Toro, al ocuparse de las mejoras, establece que los padres no puedan dotar á sus hijas en cantidad que exceda de su legitima y mejora de tercio y quinto, computadas ambas al tiempo de la constitucion de la dote ó al del fallecimiento del constituyente á eleccion de la hija. Como se ve, no remediaba gran cosa el mal la ley de Toro, y por eso se publicó en 1534 una pragmática, que es la ley 6.^a, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Rec. derogatoria de la anterior, en la que además de fijar determinadamente las cantidades á que podian ascender las dotes, habida consideracion á la renta que disfrutara el constituyente (precepto inaplicable aun en la época de su promulgacion) se prohibe mejorar á las hijas expresa ó tácitamente por causa de dote ó matrimonio. Derogada la ley de Toro en cuanto facultaba al padre para mejorar á la hija por razon de matrimonio, ¿lo habrá sido tambien en cuanto la permitia elegir la época en que se la habia de constituir,

(1) Ley 9.^a de d. t. y p.

(2) Ley 1.^a tít. 1. lib. 10 de la Nov. Rec.

teniendo en cuenta los bienes que á la sazón pertenecian al padre? Creemos que no: primero porque este derecho es una compensacion de la nueva limitacion que la pragmática establece, y segundo porque ya sabemos que en materia de dotes, *favorabilia sunt amplianda*.

La dote, como cualquier otro contrato, admite las formas de la estipulacion y bajo este concepto puede ser pura, condicional, á dia, etc. (1) Puede tambien ser constituida por la liberacion de una deuda del marido hecha por la mujer ó por un extraño, (2) y por delegacion, (3) que tiene lugar cuando la mujer manda á su deudor que dé en dote á su marido aquello que debia á ella. Este es el principio; pero las consecuencias que de él se derivan son diferentes segun la condicion del deudor. Si este es padre, abuelo ó visabuelo no perjudica al marido el ser negligente en no apremiarles para el pago, y la mujer, que *por tal razon como esta quisiere demandar la dote á su marido..... non debe ser oida porque los hijos é los yernos non deben apremiar á sus padres nin á sus suegros así como á extraños*. Pero si el deudor lo es, hay que distinguir si el título de que procede la deuda es oneroso ó lucrativo. En el primer caso responde el marido negligente del perjuicio que se haya podido irrogar á la mujer. En el segundo el marido es igualmente responsable si el deudor confesó la deuda, pero no si la negó.

Pueden ser objeto de la dote todos los bienes susceptibles de contratacion y que tengan algun valor: muebles, inmuebles, semovientes corporales incorporales ó derechos, acciones presentes y futuros. Tratándose de cosa raiz, si la

(1) L. 12.^a de d. t. y P.

(2) L. 13.^a

(3) L. 15.^a

mujer es menor de 25 años y está por consiguiente constituida en curaduría, no se puede con ella dotar sin el otorgamiento del Juez competente; si el bien es mueble, por precioso que sea, bastará el consentimiento del guardador (1). Si la dote consiste en ganados no apreciados, sufre la mujer el daño ó reporta el beneficio que resulte, pero el marido está obligado, si muriesen algunas cabezas, á reponerlas con las nacidas del mismo ganado (2). El silencio de la ley respecto á la dote en ganados estimada dá derecho á suponer que en este caso se deben aplicar las reglas por las que en general se rige la dote estimada. Constando la dote de cosas que en el comercio se traspasan por peso, número ó medida, el marido está obligado á responder de otro tanto igual de la misma calidad. (3) Consecuente la ley con los principios que venimos desarrollando, hace la 27 de d. t. responsable al marido de los árboles existentes en los fundos dotales y de las *pedreras* que en ellos se encuentran, si la dote es inestimada. Ultimamente acrecen á la dote sus frutos anteriores á la celebracion del matrimonio y son por lo tanto cosas susceptibles de ser constituidas en dote. (4) Por consiguiente, *si se desficiere el casamiento*, ceden en beneficio de la mujer, excepto cuando por alguna justa causa no se celebra el matrimonio en seguida de la constitucion de la dote, y el esposo entre tanto viste ó alimenta á la esposa, pues por equidad gana entonces los frutos.

A serias é importantes discusiones ha dado lugar entre los comentaristas la interpretacion de la ley 7.^a, t. 11, partida 4.^a que trata de los derechos que el marido tiene sobre

(1) L. 15.^a de d. t. y p.

(2) L. 24.^a _____

(3) L. 21.^a _____

(4) L. 28.^a _____

los bienes dotales, pero con los antecedentes expuestos no nos ha de ser difícil precisar cuáles sean su carácter y sus atribuciones. Intimamente unida la institución dotal con la conyugal, toda vez que los bienes que la mujer entrega al marido en concepto de dote tienen por objeto ayudar á soportar las cargas del matrimonio, la primera debe estar regida por los mismos principios capitales á que obedece la segunda. Entre estos el principal, la base del matrimonio, es la unidad. *Consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*. Pero realizado este consorcio por dos seres, es menester, para que no desaparezca esa unidad, que el marido represente y administre la casa, aunque cada cónyuge dentro de su esfera tenga garantidas su libertad é independencia. En este sentido dice la ley que marido y mujer deben recíprocamente darse la posesión de lo que cada uno aporta al matrimonio, pero que el marido *debe ser señor é poderoso de todo*; mas este dominio especial está limitado en conformidad á lo que digimos al tratar de la división de la dote en apreciada é inestimada, por mas que esta pueda también ser enajenada por la mujer con licencia de su marido. Celebrado el matrimonio, puesto en posesión de ella y sosteniendo sus cargas, adquiere este sus frutos. (1)

Desvanecidas por la ley hipotecaria las dudas á que pudiera dar lugar la aparente contradicción que existía entre la ley 55 de Toro y el privilegio concedido á la mujer respecto de su dote por la ley 23.^a, tít. 13, part. 5.^a (2) y la limitación de la facultad de enajenarla consignada en la ley 7.^a, tít. 11, part. 4.^a, hoy el marido es administrador usu-

(1) L. 25.^a de d. t. y p.

(2) Por la 1.^a de estas dos leyes se ordena que la mujer no se pueda obligar durante el matrimonio sin licencia del marido y por la 2.^a que los bienes de este *funcan obligados á la mujer por razon de la dote que rescibió con ella*.

fructuario de los bienes dotales, cuya propiedad es de la mujer y así debe hacerse constar en el registro de la propiedad. (1)

Mas estas amplias facultades del marido no deben tener tal extension que sufra la mujer las consecuencias de una administracion desastrosa. En la prevision de esta contingencia, y solo cuando se menoscabase la dote por culpa del marido, no por desgracias que él no hubiese podido remediar, concede á la mujer la ley 29 del t. y p. citados accion contra el marido para desapoderarle de ella.

Teniendo la mujer la propiedad de la dote, dicho se está que disuelto el matrimonio ó separados legalmente los cónyuges caducan los derechos que el marido tiene, y son readquiridos por ella ó por sus herederos. (2) En este caso se prorratean los frutos, cediendo en beneficio de la sociedad legal los producidos hasta la disolucion de esta desde el principio de aquel año, y los restantes en beneficio de la mujer. (3) Para los efectos de esta ley se empieza á contar el año en el dia en que se celebró el matrimonio. La restitution debe verificarse inmediatamente que este se disuelve si la dote consiste en bienes raices; si consiste en muebles concede la ley (4) el término de un año, deducidas las impensas necesarias y útiles. (5) Pero á veces disuelto el matrimonio adquiere el marido la propiedad de la dote, y esto acontece (6) por pacto ó cuando tal fuere la costumbre del

(1) Artículos 172 y 173 de la ley hipotecaria antigua y 169 y siguientes de la de 1869.

(2) L. 30.ª, tit. 11, part. 4.ª y artículos 88, núm. 5.º y 99 de la ley de matrimonio civil.

(3) L. 26.ª de d. t. y p.

(4) L. 31.ª

(5) L. 32.ª

(6) L. 23.ª

pais, no existiendo hijos. Como pena impuesta á la mujer que comete adulterio, esta misma ley adjudicaba al marido la dote, pero ni aun con la modificacion introducida en esta disposicion por la 82 de Toro (1) es hoy aplicable.

* * *

La armonía que en su conjunto existe entre los diversos bienes que componen el haber de la familia castellana se rompe con los parafernales, que no responden al pensamiento de unidad que preside á las demás manifestaciones legales que, apesar de reconocer diversos orígenes, se subordinan todas al fundamento capital, que es en aquella la autoridad paterna. Roma los tomó de Grecia y el Código alfoncino trasladó esta institucion á nuestro derecho tal cual los romanos la conocieron.

Paraferna, dice la ley 17, tít. 11 de la partida 4.^a son llamados en griego todos los bienes é las cosas, quier sean muebles, ó rayzes, que retienen las mujeres para sí apartadamente, é non entran en cuento de dote: é tomo este nome á para, que quier tanto dezir en griego, como á cerca, é ferna, que es dicho por dote, que quier tanto decir en romance como todas las cosas que son yuntadas, é allegadas á la dote.

De estos bienes hace la ley una division innecesaria. Dice que la mujer puede entregárselos á su marido con intencion de que haya el señorío de ellos, ó reservárselos sin concedérsele. Desde luego se observa, que si sucede lo primero, los parafernales pierden su naturaleza, que consiste en estar separados de la dote y entran á formar parte de esta, en concepto de aumento de la misma. En los verdaderos bienes parafernales, esto es, en los que la mujer

(1) L. 5.^a, tít. 28, lib. 12 de la Nov. Rec.

aporta al matrimonio aparte de la dote y que no entrega al marido, tiene no solo el dominio sino la administracion y la libre disposicion independiente por completo de este, jefe y representante natural y legal de la casa.

La citada ley de partida está en abierta contradiccion con la pragmática de 1623, (1) que concede al marido mayor de 18 años la administracion de todos los bienes de su mujer y con la 55 de Toro, tan conocida, y aun cuando las leyes recopiladas preceden en autoridad á las de partida, es hoy jurisprudencia que la 17, tít. 11 de la 4.^a no está derogada.

Intimamente persuadidos de la conveniencia de que los bienes de la mujer obtengan la debida garantía, no podemos asentir, dentro del derecho constituyente, al principio en ella consignado con el que desaparece la unidad que debe existir en la gestion de los bienes de la sociedad conyugal, parodiando costumbres extranjeras opuestas á nuestras tradiciones. Si estas no tuvieran la fuerza y consideracion que su bondad las presta, la consecuencia ineludible de los bienes parafernales seria destruir la sociedad legal de gananciales; pues la familia de la mujer tiene interés en que su dote sea insignificante, al paso que aumente la cifra de los parafernales, y como de ellos puede muy bien no dar cuentas á su marido, la mujer no tendria derecho á exigir que este solo constituyera las ganancias.

Tanto por la antigua legislacion que admitia las hipotecas generales, como por las nuevas leyes hipotecarias, los bienes parafernales tienen los mismos derechos que la dote, lo cual constituye una injusticia y una inconveniencia mas. Una injusticia porque impone al marido obligaciones que no están compensadas con ninguno de los derechos que respecto á la dote le están concedidos. Una inconveniencia por-

(1) L. 7.^a, tít. 2, lib. 10 de la Nov. Rec. *El rey don Alonso el Sexto*

que si en virtud del art. 180 de las leyes hipotecarias de 1860 y 1869 los bienes parafernales pueden ser entregados solemnemente por la mujer al marido bajo la fé de escribano, suscribiéndose el título en el registro de la propiedad, la doctrina de la ley de partida sancionada por la jurisprudencia se hace impracticable.

Deseamos que los bienes parafernales desaparezcan de nuestra legislación para bien de la familia, pues su sostenimiento no es equitativo, y para bien de la ciencia, dentro de cuyos principios está injustificada su existencia.

* *
*

Tienen las mujeres castellanas otros bienes llamados Arras, antigua dote germana, de cuyo origen nos hemos ocupado ya. Entre nosotros conservan las arras el carácter que tuvieron entre los germanos, esto es, un regalo que el esposo hacia á la esposa en reconocimiento de sus prendas personales. El Fuero Juzgo las llama precio de la doncella desposada. Recibió esta institución bien pronto carta de naturaleza en Castilla, y de ella se ocupan nuestros fueros mas importantes, pero como acerca de la dote hubo también necesidad de limitar los excesos que una imprudente galantería producian. La ley 1.^a tít. 2. lib. 3.^o del Fuero Real ordenó que *todo home que casare no pueda dar mas arras á su mujer del diezmo de quanto hobiere: si mas le diere ó pleito sobre ello ficiere, no vala*. Es válida la promesa del esposo pobre al tiempo de la celebración del matrimonio que ofrezca dar arras de lo que en adelante ganase, limitadas igualmente á la décima parte. Apesar del justo y equitativo motivo que dió lugar á esta limitación, muchos esposos no cumplan con la ley por alhagar á sus prometidas, y á pretesto de que dicha ley les concedia un derecho y que todo derecho es renunciabile constituian arras que excedian de la

décima parte de sus bienes. De este modo eludían una ley prohibitiva sin tener en cuenta que estas leyes nunca pueden ser renunciadas, según el principio *quod lege prohibente fit, ipso jure nullum est*. El error sin embargo encontró acogida, y la doctrina de que la ley del Fuero Real podía ser renunciada llegó un día á prevalecer en el foro. La ley 50 de Toro corrigió este abuso, ordenando que *la ley del fuero que dispone que no pueda el marido dar en arras á su mujer mas de la décima parte de sus bienes, no se pueda renunciar: é si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde y ejecute*.

Durante el matrimonio, si se constituyen como aumento de la dote siguen la condicion de esta, pero si no, tiene la mujer el dominio mientras subsiste y el marido la administracion, teniendo este que inscribirlas, si consisten en bienes inmuebles en el registro de la propiedad á nombre de aquella, y si consisten en muebles debe hacerla una escritura con hipoteca de los suyos. (1) A la muerte del marido corresponden las arras á los hijos, pudiendo disponer la mujer de la cuarta parte para bien de su alma. Si no hay hijos dispone de ellas libremente, pues aun cuando la ley 1.^a de d. t. consignaba que si ella muriere sin hijos y sin testamento correspondian al marido que se las dió ó á sus herederos, la 51 de Toro la ha derogado expresamente.

Regalándose las arras para premiar la integridad virginal y en atencion á las cualidades que adornan á la esposa, es justa la ley 6.^a de d. t. que la priva de ellas, si quiere el marido, cuando voluntariamente se separa de él y cuando comete adulterio.

La sociedad de los cónyuges termina por la muerte del

(1) L. 4.^a. tit. 2.^o, lib. 3.^o del Fuero Real y artículos 179 de ambas leyes hipotecarias.

marido ó de la mujer y por el divorcio, antes decretado por la autoridad eclesiástica, hoy por la civil, ya *quoad vinculum*, ya *quoad thorum et mutuum cohabitationem*.

* * *

Al resumir nuestro pensamiento, debemos consignar que el método espositivo y práctico, que hemos adoptado en el desarrollo de las doctrinas desenvueltas en la legislación castellana sobre la sociedad de los cónyuges, ha sido en nuestro concepto el pertinente, en atención á que el tema que nos hemos propuesto estudiar afecta un carácter eminentemente práctico también.

En resumen. La sociedad conyugal contiene dentro de sí en principio todos los elementos constitutivos de la sociedad general á quien crea.

Subordinada como todas las grandes instituciones humanas á la causa originaria de la verdad y de la justicia, á Dios, debe ser en su constitucion santificada por la religion.

Son caracteres del matrimonio la unidad y la indisolubilidad. La poliandria es una aberracion, y la poligamia degrada y envilece á la mujer. La disolubilidad del matrimonio hace imposible la familia, y sin familia no hay sociedad.

La fidelidad es consecuencia de estos caracteres y determina el mútuo auxilio que se deben prestar los cónyuges, fin principal del matrimonio.

La patria potestad, que es la autoridad humana mas legítima y equitativa que existe, robustece los lazos de familia y es altamente favorable al hijo. Derivada de la naturaleza, es justo que sea también ejercida por la madre.

La diversidad de bienes que constituyen el haber de la familia castellana reconoce el doble origen de nuestra legislación. Creemos conveniente, dadas nuestras costumbres y tradiciones, la combinacion que en esta existe de los ele-

mentos romano y germano, por mas que esto haya producido algunas dudas, que hoy afectan ya en el mundo científico el carácter de cuestiones de derecho constituyente. En el discurso de nuestro trabajo hemos prescindido de ellas en atencion á su índole especial, pero no nos creemos dispensados en esta última parte de él, por lo mismo que es especulativa, de hacer una ligera indicacion de ellas, apuntando de paso nuestra pobre opinion.

Se han considerado incompatibles las arras con las donaciones esponsalicias, y en efecto, si se tiene en cuenta que las primeras son de origen germano, que las segundas, aunque conocidas de estos, son esencialmente romanas y que unas y otras son regalos hechos por el marido á la mujer, que de este modo adquiere en virtud de dos títulos lucrativos, es indudable que su coexistencia perjudica notablemente á aquel obligado ademas á responder de la dote y de la mitad de los gananciales. Pero afortunadamente hay en nuestro derecho remedio contra esta anomalía; y acaso por no tenerle presente se han condenado por unos lijeramente las arras, que han obtenido la sancion secular de nuestra legislacion, y por otros se han atacado las donaciones esponsalicias, cuya institucion es tan conforme con la naturaleza del matrimonio. La ley 52 de Toro, dejando subsistentes las arras y las donaciones las armonizó disponiendo, como ya hemos dicho en otro lugar, que á la disolucion del matrimonio y en el término de veinte dias *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.*—Esta declaracion cierra en nuestro concepto la puerta á toda discusion sobre este punto; pero sin ella, confesamos que seria insostenible la existencia de las arras ó la de las donaciones esponsalicias.

Tambien es objeto de controversia la justicia con que por nuestro derecho se declara inmune la dote de la mujer,

concediéndosela además participacion en los bienes gananciales. Con este sistema, se dice, se lesiona el marido, porque ha de compartir con su mujer el producto de su trabajo, y ella á su vez, eludiendo toda responsabilidad en virtud de la inmunidad dotal, declina sobre él las que á la disolucion del matrimonio sean exigibles.

Creemos sin embargo que la inmunidad concedida en nuestra legislacion á la mujer por su dote se armoniza con la adquisicion de la parte de ganancias que la corresponde, porque esa supuesta incompatibilidad reconoce por origen el error de comparar dos términos heterogéneos. No se deben establecer paralelos entre la dote y los gananciales, porque no hay punto de contacto entre una y otros. La dote se contrapone, digámoslo así, á la donacion propter nupcias que es la dote del marido, y bajo este concepto es sostenible, dentro de los principios de nuestra legislacion que conservando ambos cónyuges durante el matrimonio la propiedad de sus respectivas aportaciones, adquieran á su disolucion por mitad lo ganado en él. Mas fundada hubiera sido la observacion si se hubiese impugnado la inmunidad dotal en atencion á no gozar del mismo privilegio las donaciones propter nupcias, pero aun así se ha de tener en cuenta que el marido, hasta que la sociedad conyugal se disuelve, administra con entera libertad, y con la sola excepcion á veces de los parafernales, todos los bienes de la familia, y que dispone á su arbitrio de las ganancias. No es tan injusto pues, que quien de tales facultades está revestido adquiera por este hecho mayores compromisos, y por consiguiente que á quien esas facultades se niegan goce de mas garantías.

No hacemos la comparacion de nuestro sistema con el de las legislaciones particulares de España (aun cuando en nuestro concepto, la legislacion castellana armoniza mejor que cualquiera otra los intereses é independencia de la nueva familia que el matrimonio crea, con los de las respecti-

vas de que ambos cónyuges proceden) porque el derecho civil, y con especialidad el derecho civil que se refiere á las personas, es y debe ser eminentemente tradicional. De lo contrario las leyes se cumplen porque las impone la fuerza ó la coaccion, no porque reflejen las costumbres.

Bajo este concepto, la comunicacion foral de Vizcaya, los pactos de Aragon, el sistema de division de las conquistas en Navarra, el sistema exclusivamente romano de los bienes en Cataluña y el fuero del Bailio responden á necesidades locales que en Castilla no existen. Allí producen buen resultado y aquí serian acaso funestos.

No desconocemos, sin embargo, que hoy cuenta con numerosos partidarios el sistema de la comunidad de bienes entre los cónyuges; es mas, que este régimen, como dice Troplong (1) es el mas natural y el mas conforme á la situacion de los esposos. Es en efecto indudable que el consorcio, que entre ellos se crea por razon del matrimonio en todas las esferas de su vida moral y física, debiera ser extensivo á la económica, para que el principio de la unidad, predominante en la sociedad conyugal, no estuviese mermando con excepcion alguna. Pero con todo, dice mucho en contra de ese sistema, el no encontrarle adoptado en absoluto y exclusivamente en ninguna legislacion. Ese desvío hacia la comunicacion de los bienes entre los cónyuges que, repetimos, es bajo el punto de vista filosófico el régimen mas racional y quizá tambien el mas cristiano, puede explicarse por la menor importancia que en el matrimonio se debe conceder á las relaciones que entre los cónyuges existen acerca de intereses, respecto de las que tienen un origen y aspiran á un fin mas elevados. ¡Quién sabe además cuanto alteraria la buena fé esencial mas que en cualquiera

(1) Du contrat de mariage T. 1, núm. 143.

otro en el contrato de matrimonio la comunidad de bienes! Por eso, conociendo la bondad indiscutible del principio, pero desconfiando de sus resultados, aplaudimos el espíritu que guió á los redactores del Código civil francés, cuyo temperamento ha sido adoptado en el proyecto del nuestro, al dejar en libertad á los esposos de elegir el sistema por el que se hayan de regir sus bienes.

Bien sirviendo este criterio de base á nuestra futura legislacion sobre este punto ó bien refundida toda ella en consonancia con los principios dominantes en la época actual, que tiende á fundir y asimilar elementos homogéneos, esperamos que en un dia mas ó menos lejano, continuando ese movimiento, la legislacion española se unifique. La promulgacion de un Código civil para toda la Nacion, que no sea el resultado de cambios y trastornos repentinos, sino que, solicitado por la fuerza misma de las cosas, represente el concurso de todos, el respeto hácia lo que fué y la transigencia respecto de lo que deba ser, producirá indudablemente un gran bien á España, porque la unidad en la legislacion es un elemento de progreso social.—HE DICHO,

Julian Casado y Pardo.

Madrid 26 de Abril de 1872.

