

EL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL DERECHO HISPANO

The surviving spouse in Spanish law

MARGARITA M.^a BIRRIEL SALCEDO*

Aceptado: 11-04-2008

RESUMEN

Este artículo va a abordar la problemática derivada de la ruptura del vínculo matrimonial por muerte de uno de los cónyuges y cómo los diversos sistemas jurídicos hispanos han regulado ese tránsito y sus efectos personales y económicos sobre el cónyuge superviviente. El *tempus lugendi*, las segundas nupcias, la restitución dotal, el usufructo viudal o la tutela son algunas de las problemáticas estudiadas. Los sistemas jurídicos de la Valencia foral, Cataluña y el derecho territorial de Castilla han sido los ejes vertebradores de este trabajo, con algunas referencias puntuales a Aragón y Navarra. No obstante la parcialidad de este acercamiento pienso que se ofrece una visión clara de lo que es a la vez unidad y diversidad de las legislaciones, las raíces comunes y las soluciones particulares.

Palabras claves: Viuda, viudo, viudedad, viudez, matrimonio, herencia, tutela, derecho histórico español.

ABSTRACT

This article tackles the problems arising from the breaking of the matrimonial bond due to the death of one of the spouses and how the different Spanish legal systems have regulated this transition and its personal and economic effects on the surviving spouse. *Tempus lugendi*, second marriages, dowry restitution, curtesy rights and custody are some of the problems studied. The legal systems of the "Foral" Valencia, Catalonia and the territorial law of Castile have been the backbones of this piece of research, with some occasional references to Aragon and Navarre. Notwithstanding the partiality of this approach, I think that a clear view is offered of what is both the unity and diversity of the legislations, the common roots and specific solutions.

Keywords: Widow, widower, widowhood, widowerhood, marriage, inheritance, custody, Spanish historical law.

Este artículo, que se inscribe en un estudio más amplio sobre la viudez en España, va a abordar la problemática derivada de la ruptura del vínculo matrimonial por muerte de uno de los cónyuges, analizando la diversa regulación existente en los diferentes sistemas jurídicos hispanos y sus efectos personales y económicos sobre el cónyuge superviviente. El periodo de estudio es, como es lógico, la Edad Moderna, aunque las raíces medievales de algunas de las leyes estudiadas me obligan a arrancar precisamente de la época anterior, mas lo que me interesa es su permanencia o no en la Edad Moderna, y las causas de su cambio o continuidad. No he pretendido estudiar la totalidad de los Derechos vigentes en España en la Edad Moderna; me he centrado principalmente

* Universidad de Granada.

en Castilla, Cataluña y Valencia, con algunas referencias puntuales a Aragón y Navarra. No obstante, la parcialidad de este acercamiento, pienso que se ofrece una visión clara de lo que es a la vez unidad y diversidad de las legislaciones, las raíces comunes y las soluciones particulares.

Pero, por qué el Derecho, por qué revisar esas leyes bastante conocidas, al menos algunas de ellas. La razón inicial fue comprobar los pocos estudios que analizan comparativamente los diversos sistemas jurídicos de la España Moderna, y hasta donde sé, en ninguno de ellos confrontando el estatuto legal de las mujeres; por tanto, consideré que sería de interés contraponerlos en torno a una problemática concreta, el tratamiento que las leyes otorgan a la viuda. Pero sobre todo me interesaba partir del Derecho porque es un discurso a la vez coercitivo y representativo de valores sociales, y su estudio el vehículo ideal para desvelar los estereotipos de género, las concepciones del matrimonio y la familia, su continuidad y cambio. También me interesaba partir del Derecho porque en la Edad Moderna la ley es el instrumento a través del cuál el Estado interviene decididamente sobre la familia y las relaciones de parentesco, moldeando la vida doméstica que es conceptualizada en términos político-jurídicos y sobre la que actúa a través de mecanismos legales como la propiedad, el matrimonio, la herencia, etc.

Mi primera intención fue analizar los sistemas jurídicos centrándome solo en las viudas, entre otras razones porque las leyes en general se han ocupado más de las viudas. Pero finalmente he tenido que abordar la viudez, es decir, viudas y viudos tras comprobar que ciertos desarrollos legales del comienzo de la modernidad extendían a los varones leyes que hasta entonces sólo habían afectado a las mujeres. Pero, además, porque difícilmente podemos desvelar las relaciones sociales entre los sexos, los estereotipos de género, los problemas del gobierno del hogar o del control sobre los cuerpos y los patrimonios, sin analizar a la vez el desigual tratamiento que mujeres y varones reciben en los diferentes sistemas jurídicos.

Por consiguiente, he incluido en mi análisis a viudas y viudos a fin de no reiterar de continuo el tratamiento diferencial o el carácter idéntico de la regulación, que no solo dificultaba la exposición sino que, además, producía, en ocasiones, una especie de *sfumato* que impedía la observación completa de los fenómenos estudiados.

CASAR DE NUEVO

El tempus lugendi

Uno de los efectos más conocidos y estudiados de la viudedad y que solo afecta a las viudas, es aquel que se conoce como *tempus lugendi*, *tiempo de*

duelo, any de plor, es decir, el periodo tras la muerte del marido durante el cual se prohíbe a la viuda contraer nuevas nupcias, cuya duración solía ser de doce meses como indican algunas de las acepciones que hacen referencia a este periodo. El fundamento de esta limitación a la capacidad de obrar de la viuda es la evitación del problema de la *conmixtio sanguinis*, en otras palabras, la preocupación por la indeterminación de la paternidad del *nasciturus*. Es, pues, una restricción solo y exclusivamente de la mujer que enviuda y resalta, una vez más, cómo el matrimonio tiene como objetivo fundamental la atribución del hijo de una mujer a un varón, su legitimidad¹.

Al comienzo del siglo XI la práctica totalidad de las legislaciones europeas incluían disposiciones relativas al *tempus lugendi* con una clara excepción, el derecho canónico que no recogió las prescripciones del derecho romano sobre el tiempo de duelo. Los Papas invocaron a san Pablo en su Epístola a los Romanos (7,2) y, especialmente, la Primera a Corintios (7,39) para apoyar su decisión: “La mujer está ligada a su marido mientras él vive; mas una vez muerto el marido, queda libre para casarse con quien quiera”².

El diferente tratamiento que el derecho eclesiástico y el secular otorgaban al *tempus lugendi*, será recogido en el código de las Partidas, precisamente en la ley que es considerada por la historiografía síntesis de toda la regulación medieval sobre este particular. Me refiero a la Ley 3 del Título 12 de la Partida Cuarta (P. 4.12.3) que dice así:

Librada e quita es la muger del ligamiento del matrimonio depues de la muerte de su marido segunt dixo san Paulo: et por ende non tovo por bien santa egleſia quel fuese puesta pena si casare quando quisiere despues que su marido fuere muerto, solamente que case como debe, non lo faciendo contra defendimiento de santa egleſia. Pero el fuero de los legos defiéndeles que non casen fasta un año, et poneles pena á las que ante casan: et la pena es esta, que es depues de mala fama, et debe perder las arras et la donacion quel fizo el marido finado et las otras cosas quel obiese dexadas en su testamento, et débenlas haber los fijos que fincaron del, et si fijos non dexare los parientes que hobieren de heredar lo

1. BIRRIEL SALCEDO, Margarita M.^a, “Mujeres y matrimonio: sentido y significación de las arras en la Corona de Castilla”, en LÓPEZ BELTRÁN, M.^a Teresa y REDER GADOW, Marion (coords.), *Historia y género. Imágenes y vivencias de mujeres en España y América (siglos XV-XVIII)*, Málaga, Diputación Provincial, 2007, pp. 67-100.

2. Alejandro III e Inocencio III suprimieron definitivamente cualquier limitación temporal a las nuevas nupcias de la viuda además de abolir la pena de infamia que llevaba aparejada, véase GAUDEMET, Jean, *El matrimonio en Occidente*, Madrid, Taurus, 1993, pp. 301-304; BRUNDAGE, James, “The Merry Widow Serious Sister: Remarriage in Classical Canon Law”, en EDWARDS, ROBERT R. y ZIEGLER, Vickie E. (eds.), *Matrons and Marginal Women in Medieval Society*, Woodbridge, Boydell, 1995, pp. 33-48, especialmente páginas finales.

suyo. Esa misma pena debe haber si ante que pasase el año faciese maldat de su cuerpo [...]³.

Contrariamente a lo que la Iglesia había legislado, las Partidas asumen y refuerzan lo que se venía haciendo sobre el luto de la viuda: además de la pena de infamia se la despoja de arras y de cualquier otro bien que hubiera recibido del marido. Pero no solo no puede casarse sino que, igualmente, será castigada si “ficiese maldat de su cuerpo”, es decir, debía permanecer casta, a fin de evitar que se la considerase adúltera, so pena de sufrir igual suerte que la bínuba prematura. Dureza de una legislación que prolongaba así los derechos del marido sobre el cuerpo de su mujer más allá de la muerte.

No obstante, a lo largo del siglo XIV las Cortes castellanas solicitaron reiteradamente a los monarcas la derogación de estas leyes. Las causas de esta demanda es el resultado de la grave crisis demográfica que sufrió Castilla en este siglo, aunque algunos estudiosos se refieren a la influencia de la iglesia y a su creciente control sobre el rito matrimonial. Probablemente ambas situaciones pesaron en el ánimo de los procuradores, cuyas súplicas acabaron por convencer al Rey⁴. En efecto, Enrique III revocó la prohibición a la viuda de casar en el año inmediato a la muerte de su marido en tres sucesivas leyes, anulando expresamente todos los fueros y leyes en contrario⁵. Es probable que estas medidas se adoptaran de modo coyuntural, pero lo cierto es que continuaron vigentes durante muchos siglos, incorporándose a la Nueva Recopilación (NR 5, 1,3) - y a la Novísima Recopilación (NOV10, 2,4):

Que las mujeres viudas puedan casar en el año que enuiudaren. Mandamos que las mujeres viudas puedan libremente casar dentro en el año que sus maridos

3. Todas las citas de *Las Partidas* se hacen desde la edición de la Academia de la Historia de 1807 (Madrid, Imprenta Real).

4. GACTO, Enrique, “El grupo familiar de la Edad Moderna en los territorios del Mediterráneo hispánico: Una visión jurídica”, en CASEY, James *et al.*, *La familia en la España mediterránea*, Barcelona, Crítica, 1987, pp. 36-64; RUIZ-GÁLVEZ PRIEGO, Estrella, *Statut socio-juridique de la femme en Espagne au XVIeme siècle*, Paris, Didier Erudition, 1990, especialmente capítulo tercero sobre las viudas.

5. La primera ley en Cantalapiedra a 8 de mayo de 1400, dispensaba a las viudas de cumplir con la prohibición de casar del Fuero Real y otros fueros y ordenanzas municipales. Ésta fue confirmada en Valladolid a 20 de enero de 1401 y aquí se incluía la relación de penas que derogaba. Según Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel hubo ciertas dudas legales sobre la fuerza de la disposición por lo que finalmente Enrique III promulgaría una nueva ley donde se anulaban expresamente todos los fueros y leyes que prohibían a la viuda casar en el año inmediato a la muerte del marido, firmada en Segovia a 8 de agosto de 1401. Véase ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán de y MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de, *Instituciones del derecho civil de Castilla* [1792], Edición facsimilar, Valladolid, Lex Nova, 1984, p. LXXIX.

murieren, con quien quisieren, sin alguna pena, y sin alguna infamia, ella ni el que con ella casare, no obstante cualesquier leyes de fueros y ordenamientos y otras cualesquier leyes que en contrario sean fechas y ordenadas, las cuales anulamos y reuocamos...⁶.

Por tanto, desde comienzos del siglo XV y a lo largo de toda la Edad Moderna, el derecho castellano no prohíbe ni castiga el matrimonio de la viuda en el año inmediato a la muerte del marido, del mismo modo que tampoco lo hacía el derecho canónico, aunque la moral imperante obligara a las viudas a guardar luto⁷.

Ahora bien, las exigencias al viudo y a la viuda fueron muy diferentes incluso en términos de expresión del dolor, del duelo. De ella se esperó siempre que mostrara aflicción y veneración por el difunto, lo que debía expresarse en un funeral adecuado, llevando las tocas de viuda y conduciéndose con la propiedad que el luto imponía. Aunque la ley no lo exigía, hubiera sido completamente inadecuado para una viuda casarse antes de que pasaran al menos seis meses de la muerte del marido, limitación que no pesaba sobre el viudo, al que solo se le exigía un duelo circunspecto⁸.

Al igual que en Castilla, en el reino de Aragón tampoco hubo una figura legal equivalente al año de luto puesto que había una institución particular, la viudedad foral, que disfrutaban tanto la viuda como el viudo, cuyo derecho cesaba por nuevo matrimonio o muerte⁹. Sin embargo, en otros territorios de la monarquía hispánica como Cataluña o la Valencia foral, sí que hubo un estricto *tempus lugendi*, el llamado *any de plor*.

6. Todas las citas de la Nueva Recopilación se hacen desde la edición Madrid, por Catalina de Barrio y Diego Díaz de la Carrera, de 1640.

7. El Código Civil restauraría la prohibición de casar antes de los trescientos un días inmediatos a la muerte del marido, vid. MUÑOZ LÓPEZ, Pilar, *Sangre, amor e interés. La familia en la España de la Restauración*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 62.

8. HUFTON, Owen, *The Prospect before Her*, New York, Vintage Books, 1995, especialmente capítulo Widowhood; VIGIL, Mariló y MOLINIÉ-BERTRAND, Annie, “Les veuves dans l’Espagne classique”, en CARRASCO, Raphael (ed.), *Solidarités et sociabilités en Espagne (XVIe et XVIIe siècles)*, Paris, Les Belles Lettres, 1991; BARBAZZA, Marie-Catherine, “Las viudas campesinas de Castilla la Nueva en los siglos XVI y XVII”, en LÓPEZ BELTRÁN, M.ª Teresa (coord.), *De la Edad Media a la Moderna: Mujeres, educación y familia en el ámbito rural y urbano*, Málaga, Universidad de Málaga, 1999, pp. 133-164. Sobre el vestido de las viudas, véase BERNIS, Carmen, “El traje de viudas y dueñas en los cuadros de Velázquez y su escuela”, *Miscelánea de Arte*, 1982, pp.145-152. Sobre algunos de estos aspectos consúltense también los artículos de este dossier de Margarita G. Barranco y Palma Martínez-Burgos.

9. GARCÍA HERRERO, M.ª del Carmen, “Viudedad foral y viudas aragonesas a finales de la Edad Media”, *Hispania* LIII/2, núm. 84, pp. 431-450; LACRUZ VERDEJO, J.L., “El régimen matrimonial de los fueros de Aragón”, *Anuario del Derecho Aragonés*, III, 1946, pp. 19-155; y COSTA, Joaquín, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Zaragoza, Guara editorial, 1981.

En Cataluña se reguló a partir de la Constitución *Hac nostra* (1351) y ha subsistido hasta la Compilación. De acuerdo con esta norma, la viuda debía pasar un año de luto durante el cuál tendría derecho a ser mantenida y alimentada por el heredero del marido pero, a cambio, éste no tenía obligación de restituir la dote o el *excreix*¹⁰, además de recibir como propios los frutos de la dote. Esta obligación de alimentos cesaba si el marido había otorgado garantías de la restitución o bien constituido rentas específicas para el mantenimiento de la viuda, pero no aliviaba la restricción de casar¹¹.

Muy similar es la regulación en los Fueros del Reino de Valencia:

la muller no pasque pendre marit dins un an pus quel marit era mort e si o farà perda qualque cosa per donatió per nupcies o per benefici del marit hac. E aquela cosa hagen los infants qui seran nats d'ella e del primer marit. Esi infants no y haura, hagen o aquel qui seran pruíxmes del primer marit¹².

En efecto, la viuda que casara en el año inmediato a la muerte del marido era castigada con la pérdida de lo que éste le hubiera donado por nupcias o por cualquier otro medio, transfiriéndose dicho patrimonio a los hijos habidos en el matrimonio, y en ausencia de descendientes, los que tengan derecho por parte del marido. La historiografía valenciana vincula principalmente el *any de plor* con el margen de maniobra de los herederos del marido para poner en orden la economía familiar y proceder, con el menor daño posible, a la restitución de la dote y el aumento de dote o *creix*¹³. Este patrimonio no podía ser reclamado por la viuda hasta que hubiera pasado un año. Durante ese tiempo la viuda, que no sus herederos, tendría derecho a los alimentos —y nivel de vida— equivalentes a los que había llevado en vida del marido.

10. Creix y escreix serán definidas con detalle más adelante, baste aquí recordar que es una especie de donatio propter nupcias, del esposo a la esposa.

11. PÉREZ, Isabel, *Las mujeres ante la ley en la Cataluña moderna*, Granada, Universidad de Granada, 1997; VICENTE, Marta, “El treball de les dones en els gremis de la Barcelona Moderna”, *L’Avenç*, 1990, pp. 36-39. Recuerdo que pasado el año la dote y el *excreix* debían ser restituidos.

12. *Fori*, 5, 2, 6, *apud* GUILLOT ALIAGA, M.^a Dolores, *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, Valencia, Biblioteca Valenciana, 2002. Este texto es muy semejante al texto de las Partidas. Todas las citas de los Fueros valencianos son de *Fori Regni Valenciae*, Edición de J. Mey, Valencia, 1547-1548.

13. BELDA SOLER, M.^a Ángeles, *El régimen matrimonial de bienes en los «Furs de Valencia»*, Valencia, 1965, pp. 117-118; GUAL CAMARENA, Miguel, “El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1967, pp. 553-561; GRAULLERA SANZ, Vicente, *Historia del derecho foral valenciano*, Valencia, Ediciones Tyns, 1994, pp.109-110; GUILLOT, *El régimen económico...*, pp. 271-74; BENÍTEZ SÁNCHEZ-BLANCO, Rafael, “Familia y transmisión del patrimonio en el País Valenciano (siglos XVI-XVII). Ponderación global y marco jurídico”, en CHACÓN JIMÉNEZ, Francisco y HERNÁNDEZ FRANCO, Juan (eds.), *Poder, familia y consanguinidad en la España del Antiguo Régimen*, Barcelona, Anthros, 1992, pp. 35-70.

Pero si la materialidad del año de duelo no ofrece dudas, no por ello debe pasarse por alto que la justificación última era la certeza de la filiación, como ya he indicado al comienzo de este apartado. Los juristas como Fontanella o Cáncer hacen significativamente hincapié en que el *any de plor* obliga también a las mujeres indotadas¹⁴. En fin, el *tempus lugendi* es una ficción mediante la cuál se prolonga el matrimonio doce meses más: La viuda no puede casarse porque es como si siguiera casada; nada debe comprometer su honestidad ya que arriesga en ello la pérdida de los alimentos y que no le sea restituida la dote, recayendo sobre ella la pena de infamia pues incluso puede acusársela de adulterio.

Estos supuestos se contemplan en aquellos territorios de la monarquía hispánica donde perduró su regulación jurídica, pero en aquellos otros donde no se contemplaban penas legales, las compulsiones sociales fueron tan poderosas o más que las legales, al ser la comunidad inmediata a la viuda (parientes propios y del marido, vecindario) la que fijara la corrección o no de su conducta, a lo que hay que añadir la actitud ambigua de la Iglesia que si bien no prohíbe, fomenta sin embargo una moral contraria a las segundas nupcias¹⁵.

LAS SEGUNDAS Y SUCESIVAS NUPCIAS: LA RESERVA BINUPCIAL

Que una viuda o un viudo se casase más de una vez no era un fenómeno extraño en la Edad Moderna. La demografía histórica ha demostrado que las segundas, incluso terceras nupcias, eran frecuentes en la Europa de los siglos XVI y XVII, más entre los varones que entre las mujeres. La intensidad de estos matrimonios disminuirá paulatinamente a lo largo del siglo XVIII, especialmente entre las viudas, por causas muy diversas, entre las que se encuentran los cambios

14. PÉREZ, *Las mujeres ante la ley...*, p. 121; BENÍTEZ, *Familia y transmisión...*; GUILLOT, *El régimen económico...* p. 269. Para algunos historiadores era una institución que protegía a las viudas, ya que les garantizaba los alimentos y vestidos durante ese tiempo hubieran o no aportado dote al matrimonio al darse *propter honorem viri*. GARCÍA, H., “El any de plor”, *Boletín de la sociedad castellonense de cultura*, 1947, pp. 121-127. En Barcelona la viuda de un maestro del gremio, si no tenía descendencia, no podía continuar con el taller o el comercio, salvo durante el any de plor. No obstante, Marta Vicente no lo considera una ventaja, sino una restricción del gremio que excluye a la viuda, VICENTE VALENTÍN, Marta, “Las mujeres artesanas en la Barcelona moderna”, en VV.AA, *Las mujeres en el Antiguo Régimen. Imagen y realidad*, Barcelona, Icaria, 1994, pp. 57-90, especialmente las pp. 68-73.

15. Véanse notas 2 y 8. Gaudemet y Brundage recogen numerosas consultas a Roma por parte de los obispos o curas sobre las bendiciones de las segundas nupcias o cómo se aconseja a la feligresía. Sobre la conducta a seguir por las viudas, además del conocidísima obra de Vives, *Instrucción de la Mujer cristiana* (1528, primera edición castellana), es de especial interés la obra de San Francisco de Sales, *Introducción a la vida devota* (1605). Los moralistas recomendaron el convento como único destino aceptable para la viuda.

locales-regionales de los mercados matrimoniales, la migración, o el creciente rechazo social a las segundas nupcias, especialmente de las viudas. Pero, desde luego, las segundas o sucesivas nupcias no desaparecieron¹⁶.

Las segundas, o sucesivas nupcias, del cónyuge superviviente fueron objeto de atención por el Derecho. No se trataba ya del impedimento del matrimonio, que no existía, cuanto del destino de aquellos bienes que el sobreviviente había recibido del primer cónyuge o del hijo premuerto de dicho matrimonio; se trataba, fundamentalmente, de cautelas y reservas en la transmisión del patrimonio, limitando la capacidad dispositiva de la viuda o del viudo: la llamada reserva binupcial¹⁷ que es regulada en Castilla en la Ley 15 de Toro:

En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas a reservar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que oviere del primero marido, o heredare de los hijos del primer matrimonio, en los mismos casos el varón que casare segunda o tercera vez, sea obligado a reservar la propiedad dellos a los hijos del primer matrimonio, de manera, que lo establecido cerca destes casos en las mugeres que casaren segunda vez, aya lugar en los varones que passaren a segundo o tercero matrimonio¹⁸.

Ante todo, la Ley 15 constata un hecho, la obligación de la viuda de reservar el patrimonio que hubiere habido del primer marido para transmitirlo sólo y exclusivamente a los hijos e hijas nacidos de ese matrimonio, siguiendo lo establecido en el Fuero Real y en las Partidas¹⁹. En segundo lugar, el ordenamiento de Toro extiende dicha obligación que sólo afectaba a las viudas, también a los viudos. En tercer lugar, afecta la reserva no solo al patrimonio procedente del otro cónyuge sino también a aquel que le hubiera correspondido por herencia de un hijo o una hija. Por último, la ley obliga en las segundas, terceras o sucesivas nupcias.

16. Un estado de la cuestión sobre las segundas nupcias en NAUSIA PIMOULIER, Amaia, “Las viudas y las segundas nupcias en la Europa moderna: últimas aportaciones”, *Memoria y civilización*, núm. 9, 2006, pp. 233-260. Véanse también en este dossier los artículos de Ofelia Rey Castelao y Serrana Rial e Isabel Rodríguez Alemán.

17. PACHECO CABALLERO, Francisco Luis, “La reserva binupcial en el derecho histórico español: antecedentes y consecuentes de la ley 15 de Toro”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LVII, 1987, pp. 407-463.

18. Todas las citas de las Leyes de Toro se hacen de acuerdo con la edición de M.^a Soledad Arribas, a partir del original de la Real Chancillería de Valladolid, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, sin data. La ley 15 de Toro pasó íntegramente a las recopilaciones, NR, 5.1.4 y la NOV R 10.4.7.

19. *Fuero Real*, 3.2.1 y *Partidas*, 5.13.26. Aquí sigo a Pacheco, aunque en la edición que uso de las Partidas, la de la Academia de la Historia, la ley es la 25.

Antonio Gómez en sus *Comentarios* relaciona directamente la Ley 15 con el derecho justinianeo y explicita que la función de la redacción de Toro obedece a la necesidad de otorgar rango legal a lo que ya estaba en el derecho común, además de ser opinión corriente entre los doctores, es decir, la obligación tanto de la viuda o del viudo de hacer la reserva a favor de los hijos del matrimonio que produjo los bienes; no beneficiándose “otros” del patrimonio del linaje. En ese mismo sentido habría que entender la inclusión de aquellos bienes que se hubieran recibido por herencia del hijo o hija premuertos²⁰.

Lo realmente complejo de definir es qué patrimonio es el afectado por la reserva. En el caso de la herencia de los hijos parece haber acuerdo entre los juristas que se refiere a la herencia *ab intestato*, que sería la forzosa. En cuanto a lo que deben reservar la viuda y el viudo, empezaré anotando que tanto los juristas de la Edad Moderna como los contemporáneos establecieron mucho más claramente los bienes de la viuda sometida a reserva que los del viudo. Y yo añadiría que pese a que la ley obliga a viudas y viudos, los juristas, como el propio Antonio Gómez, pasado o no por el tamiz de Pedro Nolasco de Llano, trae a primer plano para justificar la reserva, no solo la mayor debilidad femenina sino también su lujuriosa esencia porque al contraer el segundo matrimonio, *non servatur pudicitia*. La reserva afectará a los bienes que la viuda haya recibido del marido por vía testamentaria, legado, fideicomiso, donaciones, y cualquier otro a título lucrativo, a lo que se suma cualquier tipo de donación esponsalicia. En el caso del viudo, además de aquello que hubiera recibido de la mujer, se interpretó que las donaciones de los consanguíneos de la esposa estaban incluidas en la reserva. Explícitamente se excluyen de esta reserva los bienes gananciales como establece la Ley 14 de Toro.

La reserva binupcial debe entenderse en el contexto del ordenamiento de Toro, más quizás que en sus antecedentes. Lo que Toro introduce es principalmente la obligación de reserva no solo de la viuda sino también del viudo y excluye categóricamente los gananciales. Aquí una vez más la legislación manifiesta la consolidación de la cognación en Castilla ya que no es solo el patrimonio del linaje del marido sino también el de la mujer, los que son objetos de reserva, y no es gratuito que sean precisamente los bienes de las donaciones de los consanguíneos de la mujer los que se destacan en la reserva del viudo. A ello hay que sumar el fortalecimiento del núcleo conyugal y separación patrimonial de los

20. LLANO, Pedro Nolasco de, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez*[1785], Valladolid, Lex Nova, 1981, pp. 72-81. Véase también PACHECO CABALLERO, “La reserva...”, pp. 450-454; ORTEGA, Margarita, “La Novísima Recopilación: La exclusión política de las mujeres”, en PÉREZ CANTÓ, Pilar (ed.), *También somos ciudadanas*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2000, pp. 143-169.

gananciales, que son de cada uno de los cónyuges como propiedad incontestada y no atribuible ni vinculada al linaje²¹.

En otros territorios de la monarquía hispánica también se había legislado sobre el impacto de las sucesivas nupcias. En concreto, en el reino de Valencia, los Fueros²² establecían:

Can alcú morrà e lexarà muller e fills comuns dell e della, si aquela muller après un an volrrà altre marit pendre, reta tots los bens del pare als fills damunt dits e no tinga aquel en son poder, Mas aqueles coses les quals lo primer marit donà a aquela muller en donatio per múpcies o per donacions feytes entre vius o en testament o en altra darrera volentar, tinga en la sua vida, E apres la sua mort retituesque totes les damunt dites coses als fils del primer marit del qual reebé hac totes aqueles coses.

Es decir, que la viuda con hijos que casaba de nuevo perdía todo el patrimonio que habiendo pertenecido a su anterior marido, estuviera en su poder, y en cuanto a aquellos que hubiera recibido del marido por donación esponsalicia, donación entre vivos o testamentaria, tendría el usufructo durante su vida pero revertiría a los hijos del primer matrimonio. En caso de que no hubiera habido hijos debían restituirse a los parientes del marido premuerto, con la sola excepción del *creix*²³ que había recibido por ley y no por voluntad del esposo. La viuda no perdía la propiedad si el marido le había dado permiso expreso para casarse o la totalidad de los hijos e hijas del difunto. Tanto Guillot Alliaga como Marzal Rodríguez relacionan esta norma con la legislación castellana, más en concreto con la Ley 15 de Toro, y añaden en este sentido que las reservas obligarían también a los padres y abuelos²⁴.

21. CASEY, James, *España en la Edad Moderna. Una historia social*, Valencia, 2001, pp. 300-303; GOODY, Jack, *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, Barcelona, Herder, 1986, pp. 325-356; BIRRIEL SALCEDO, "Mujeres y matrimonio...", pp.73-79. Sobre el fortalecimiento del grupo conyugal véase también LANZA GARCÍA, Ramón, *Población y familia campesina en el Antiguo Régimen. Liébana, siglos XVI-XIX*, Santander, Universidad de Cantabria- Librería Estudio, 1988, especialmente capítulo IV.

22. *Fori*, 5.2.6 y GUILLOT ALLIAGA, *El régimen económico...*, pp. 278-281; SANTANA MOLINA, M., *Las segundas nupcias y la reserva de bienes en los Furs de Valencia*, Alicante, Universidad de Alicante, 1992.

23. Aunque el *creix* sería siempre heredado por los hijos del marido que lo produjo, CASTAÑEDA Y ALCOVER, Vicente, *Estudios sobre la Historia del Derecho valenciano y en particular sobre la organización familiar*, Madrid, Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, 1908, p. 39.

24. GUILLOT ALLIAGA, *El régimen económico...*, pp. 278-281; MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia Foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Valencia, 1996, pp. 331-334.

Por su parte, en Cataluña se dispuso de una defensa patrimonial de los hijos del primer matrimonio, como lo ha llamado Isabel Pérez Molina, en la *Constitución Haec Aedictali*, por la que una mujer viuda no podría entregar al segundo marido ni a la descendencia de ambos, más de lo que hubiere recibido la hija o hijo menos desfavorecido del primer matrimonio, a lo que se sumaba la legítima. Su finalidad era principalmente la defensa de los hijos del primer matrimonio, y en ese sentido es interpretado por la práctica jurídica y los juristas, como Fontanella, que argumenta en términos muy parecidos a como había hecho Antonio Gómez en sus comentarios²⁵.

Aragón, sin embargo, no parece haber tenido un sistema de reserva aunque no las desconozca. Costa remite al papel principal que juegan las capitulaciones matrimoniales y el consejo de parientes en segundos matrimonios, tutela, administración de la hacienda, etc²⁶.

LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LA VIUDEZ

La restitución de dote, arras, excreix, creix y el destino de los regalos y vestidos

Los flujos de bienes, regalos y donaciones que aportan o intercambian la novia y el novio, o sus parientes, por razón de matrimonio, han recibido diversas denominaciones, aportaciones patrimoniales al matrimonio, donaciones esponsalicias, prestaciones matrimoniales o pagos matrimoniales²⁷. Es un patrimonio de índole diversa que se constituye en el momento del casamiento, generalmente de gran importancia para la economía del nuevo hogar, para el establecimiento de derechos sobre la descendencia, o para honrar y reconocer las excelencias del cónyuge. Una vez que el vínculo matrimonial, que es la razón de su existencia, desaparece por la razón que fuere este patrimonio se restituye o transfiere a quienes serán sus legítimos dueños en función del perfil y objetivo de cada uno de ellos.

Dadas las implicaciones patrimoniales de estos flujos, el derecho reguló finamente su constitución, restitución y sucesión. En España, dichas prestaciones matrimoniales son, en primer lugar, lo que la mujer lleva al matrimonio, la dote; en segundo lugar, la donación del esposo a la esposa por razón de casamiento, es decir, las arras, el *excreix o creix*; y finalmente, aquellas donaciones

25. PÉREZ, *Las mujeres ante la ley...*, pp. 246-248, citando FONTANELLA, *De pactis...*, cl. 5, gl. 8, parte IV, 10-11 y parte V, 4-7.

26. COSTA, *Derecho consuetudinario...*, pp. 204-205.

27. COMAROFF, J.L. (ed.), *The Meaning of Marriage Payments*, London, 1980, la *Introducción* es muy ilustrativa.

consideradas *sponsalitia largitas*, es decir, donas, regalos y vestidos. Sin hacer un estudio detallado de esto, me centraré en ofrecer una definición y estudiar el proceso de restitución o transferencia que se inicia con la muerte de uno de los cónyuges²⁸.

La dote es regulada en el derecho territorial castellano por el Código de las Partidas donde aparece como una nueva donación esponsalicia del matrimonio castellano pues ya existían las arras. De perfil romano es una *dos ex uxore*:

El algo que da la muger al marido por razón de casamiento es llamado dote, et es como manera de donacion fecha con entendimiento de se mantener et ayudar el matrimonio con ella. Et segunt dicen los sabios antiguos es como propio patrimonio de la muger (P.4.11.1).

El objetivo, pues, es el sostenimiento de las cargas del matrimonio; es patrimonio de la mujer pero administrado por el marido constante matrimonio, ya que es él quien debe siempre gobernar sobre su casa y familia; la dote será profecticia, adventicia o mixta según la constituya respectivamente el padre (los agnados), la propia mujer, su madre u otra persona, o bien una combinación de ambas; no hay una fórmula rígida de tiempo y formas de constitución, como tampoco de composición y cuantía²⁹. Las leyes de Toro consolidan la dote como aportación femenina al matrimonio y su calidad de adelanto de la legítima (Ley 29 y Ley 53)³⁰. La acción legislativa posterior de la monarquía no produjo modificaciones esenciales en la concepción de los bienes dotales ya

28. Sobre las prestaciones matrimoniales remito a la literatura existente, además de lo recogido en notas previas a ésta. Véase también IGLESIAS FERREIROS, Aquilino, “Individuo y familia, una historia del derecho privado español”, en ARTOLA, M. (dir.), *Enciclopedia de Historia de España, I, Economía y sociedad*, pp. 433-539, Madrid, Alianza, 1988; COLLANTES DE TERÁN DE LAS HERAS, M.^a José, *El régimen económico del matrimonio en el Derecho territorial castellano*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 1997; GARCÍA MARTÍN, Javier, *Costumbre y fiscalidad de la dote. Las leyes de Toro, entre derecho común germánico y Ius Commune*, Madrid, Universidad Complutense, 2004; BAUXALI JUAN, Isabel Amparo, *Dona e familia en la Valencia del segle XVII: dot i creix*, Valencia, Universitat de Valencia, 1998; PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a Pilar, “El sistema de garantías para la restitución de la dote del derecho justiniano a la codificación civil española”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 8, 2007; GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel, *Capitulaciones matrimoniales de Jaca, 1420-1790*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2003.

29. Todo lo referido a las dotes está en la P. 4.11.

30. Aunque este ordenamiento sólo se ocupó específicamente de dos aspectos relacionados con ella: por una parte, sus implicaciones en la herencia (Ley 29), es decir, su calidad de colacionables y la limitación indirecta de la cuantía a no sobrepasar la legítima; y, en segundo lugar, quién la constituye y de qué bienes, reafirmando la obligación última del padre de dotar a la hija (Ley 53). Véase COLLANTES DE TERÁN, *El régimen...*, pp. 293-318 y BIRRIEL SALCEDO, “Mujeres y matrimonio...”, pp. 76-79.

que lo legislado posteriormente solo se ocupará de reafirmar la limitación de la cuantía de las dotes³¹.

Una vez caracterizada la dote me centraré en el aspecto que me interesa en esta contribución, es decir, cómo se lleva a cabo la restitución dotal en Castilla por muerte de uno de los cónyuges. Las Partidas, como es lógico, se ocuparon de ello en los supuestos de a quién se restituye la dote y cuando, así como en qué condiciones el marido no estaba obligado su restitución. Ésta no es discutida ya que la disolución del vínculo produce que no haya matrimonio cuyas cargas haya que sostener, por tanto, lo que se regula es quién tiene derecho a la restitución, o reversión, y cuándo.

En P.4.12.30 se establece “a quien debe ser entregada la dote si muere la muger”, fijando diversas fórmulas de restitución según fuese la dote profecticia o adventicia, teniendo en cuenta la existencia o no de hijos, y si la restitución es por muerte de la mujer o por cualquier otra causa³². Este proceso se simplifica a partir de Toro, sin que ello se tradujera en una derogación clara de la Partida. Los juristas de la Edad Moderna consideraron e interpretaron que la Ley 47 de Toro que establece la emancipación de los hijos e hijas al tomar estado, modificaba el contenido de aquella al ser solo la mujer al enviudar, o sus herederos, a quienes se restituyen los bienes dotales. Así lo explica Pedro Nolasco de Llano en el Compendio de los Comentarios de Antonio Gómez:

La dote dada u ofrecida a el marido por el padre de la muger, disuelto el matrimonio se ha de restituir a esta por haber salido ya de la patria potestad mediante su contracción; por lo qual cesan en este caso las disposiciones civiles que provenian otra cosa, como que el matrimonio con arreglo a ellas no eximia al hijo del poderío paternal³³.

Por lo que se refiere al momento de la restitución, las Partidas (P. 4.12.31) diferencian claramente entre los bienes muebles y raíces. Si estos últimos se restituirán de manera inmediata a la disolución del vínculo, la restitución de los

31. BIRRIEL SALCEDO, “Mujeres y matrimonio...”, pp. 76-79.

32. El primer supuesto que se contempla es aquel en el cual el matrimonio no produjo descendencia, la dote fue profecticia, es decir, constituida por el padre, y la que ha fallecido es la mujer dotada; en este caso, la dote se restituirá al tronco del que salió, el padre. El segundo, es cuando la dote es profecticia pero la disolución del vínculo es por otros supuestos contemplados en derecho. Entonces: a) si la mujer vive, se restituirá al padre y a la mujer; y b) si el padre de la esposa hubiere muerto, se restituirá a ella, haya habido hijos o no. Cuando la dote es adventicia, es decir, constituida por la propia mujer, su madre o cualquier otra persona, la restitución se le hará siempre a ella o sus herederos, viva o no el padre.

33. *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro [1785]*, Valladolid, Lex Nova, 1981, p. 279.

bienes muebles podía diferirse hasta un año. Ahora bien, si había hijos menores el viudo podría conservar la totalidad de los bienes dotales durante la minoría de estos, siempre que ejerza su tutela y crianza, pero sin poder enajenarlos bajo ningún concepto. Esta legislación no sufrió modificaciones posteriores.

En el supuesto de que el fallecido fuera el marido, la viuda podía encontrar serias dificultades para que le fuera restituida la dote. Téngase en cuenta, por ejemplo, que si los herederos del marido —o el viudo respecto a los herederos de la mujer— podían demostrar que su supervivencia se veía comprometida devolviéndole la dote a la viuda, no procederá la restitución (P.4.12.32).

Por lo que respecta a la donación de arras, tema al que dediqué un trabajo anterior, donde propuse una definición de arras que, sin ánimo de reiterarme, recojo de nuevo. En dicho estudio definí las arras en la Edad Moderna como el contradón masculino a la entrega del cuerpo femenino y de su capacidad reproductiva por razón de casamiento, que en la Corona de Castilla se formula mediante una donación esponsalicia y remuneratoria del varón a la mujer y cuya cuantía no puede ser superior a la décima parte del patrimonio del marido³⁴. Dicha definición me permite resaltar, al menos, dos rasgos de las arras castellanas: El primero de ellos, que la donación de arras no es simplemente una compensación de la virginidad puesto que las viudas pueden, y de hecho las reciben; es, sobre todo, un modo de remunerar los derechos reproductivos sobre el cuerpo femenino. El segundo rasgo, que, al igual que la dote, las arras son patrimonio propio de la mujer. Disuelto el matrimonio es a ella a quien debe restituirse y es precisamente la Ley 51 de Toro la que da un salto cualitativo al incrementar considerablemente los derechos de propiedad de la mujer sobre sus arras:

Sy la muger no oviere fijo del matrimonio en que interviniere promission de arras, e no dispone espressamente de las dichas arras, que las aya el heredero o herederos della, e no el marido, ora la muger faga testamento o no.

Según los historiadores del derecho lo que se hace es modificar las leyes del Fuero Real 3,2,1³⁵ y de las Partidas 4,11,23³⁶ donde se establecía que si la mujer no tenía hijos o moría *ab intestato*, las arras revertían al tronco del que salieron, el marido. Lo novedoso de esta Ley 51 es que establece de una forma clara la

34. BIRRIEL SALCEDO, “Mujeres y matrimonio...”. También remito a este trabajo en cuanto a la discusión sobre sus diferencias con la donatio propter nuptias justiniana.

35. *Fuero Real*, 3, 2, 1: “Et si la muger aviendo fijos deste marido finare, pueda dar por su alma la quarta parte de las arras, o a qui quisiere, et las tres partes finquen a los fijos de aquel marido onde las ovo...”.

36. *Partidas*, 4, 11, 23: “E saluo en este caso, e en los otros tres que deximos, por otra razón qualquier que se departa el matrimonio derechamente, siempre deve tornar la donacion al marido, e la dote a la mujer”.

propiedad femenina de las arras y como tal lo ha interpretado la historiografía. Sucede, sin embargo, que tal afirmación no nos dice nada si no aclaramos de qué propiedad estamos hablando. La legislación medieval castellana siempre reconoció el dominio de la mujer sobre sus arras, dominio que no es absoluto sino condicionado en su disfrute y capacidad de cesión a lo que las leyes establecían en los Fueros, Fuero Real, Partidas, etc. Pero es más, lo que se reguló a lo largo de la Edad Media fue que, aunque el esposo hubiera hecho una donación de arras a la esposa, y aunque no volviera a él, volvía a su estirpe en tanto que la mujer debía transmitirlo en tres cuartas partes a los hijos e hijas habidos. Frente a ello, la Ley 51 incrementa el dominio de la mujer sobre sus arras, que siempre son de ella, aunque no se hubiera entrado enteramente en ellas³⁷. La ausencia del requisito del hijo, pero no el de la consumación (recordemos Toro, 53), perfila esta prestación matrimonial en relación directa con el principal patrimonio de la esposa, su cuerpo, y con la cesión de la capacidad reproductiva; además, centra entre marido y mujer, y no entre sus parientes, el intercambio.

Sin embargo, debo añadir un matiz a lo aquí dicho que no cuestiona sino contextualiza mejor las modificaciones de Toro. Me refiero a la Ley 15 de la que he hablado más arriba, que establece la reserva binupcial. La capacidad dispositiva de la viuda tendrá un límite si vuelve a casarse, porque entonces la reserva que impone la ley la convierte en usufructuaria del patrimonio arral que necesariamente debe ir a los hijos del marido premuerto. Repugna totalmente a la mentalidad de la época la posibilidad de que el patrimonio de un linaje sea transferido a otro.

Por último, debo hacer referencia a las donas, consideradas por los historiadores del derecho como *sponsalitia largitas*, que siempre son liberalidades donadas en los esponsales. Las traigo aquí a consideración porque afectan a la restitución de las arras de acuerdo con la Ley 52 de Toro³⁸, donde se designa a las donas por su contenido: todo lo que el esposo hubiere dado a la esposa antes de consumido el matrimonio. Los legisladores de Toro tiene como objetivo principal regular de manera precisa cuándo y en qué condiciones las esposas pueden ganar los regalos recibidos, atendiendo a si hubo beso o no, y si no se

37. Lo dicho no pone en cuestión que una vez casada el patrimonio familiar lo administra el marido, el ordenamiento de Toro, en sentido estricto, se refiere a la restitución de las arras en momento de la disolución del vínculo por muerte de la mujer.

38. Recuérdese que estas liberalidades se han denominado donas, donadíos, dádivas, *sponsalitia largitas* o incluso joyas y vestidos haciendo referencia a lo que suele ser la composición habitual de estos regalos, NR, 5, 2, 4; NOV, 10, 3, 3. Véase, GONZÁLEZ MEZQUITA, M. L., "Poder económico y prestigio social a fines del siglo XVII. Una indagación sobre las dotes de las nobles castellanas", *Vegueta*, núm. 5, 2000, pp.137-146; HERNÁNDEZ BERMEJO, M.^a Ángeles, *La familia extremeña en los tiempos modernos*, Badajoz, Diputación provincial de Badajoz, 1990, p. 137.

transformaron los esponsales en matrimonio³⁹. A ello se añade un supuesto que es la equiparación de estas donaciones a las arras, consumado el matrimonio, si no hubiera arras; pero si las hubiere recibido, las arras, entonces ella o sus herederos deben escoger entre las donas o las arras. De lo que se infiere, que la ley obstaculiza la posibilidad de ampliar la donación de arras a través de las donas u otros regalos esponsalicios obligando a escoger en el momento de la restitución.

Sin duda alguna la ley obliga a la restitución. Pero qué garantías había efectivamente de restitución y cómo se garantizaba que había habido dote o arras. Una primera respuesta la encontramos con frecuencia en las cartas de dote y arras. Sirva como ejemplo el siguiente testimonio:

[...] De manera que monta la dicha dote e arras diez e ocho mill e çiento e çinquenta e vn mrs. los quales quiero e es mi voluntad que vos la dicha mi muger los ayays e tengays señalados e situados sobre todos mis bienes muebles e rayzes e semovientes, derechos e acciones, los mejores e mas bien parados dellos donde vos los quisieredes aver, tener e nombrar e señalar. [...] E prometo e me obligo de los dar e pagar a vos la dicha mi muger e a los dichos vuestros herederos e subçesores o a quien por vos o por ellos los oviere de aver cada e cualquier tiempo quel matrimonio dentre bos e mi fuere disuelto o departado por muerte o por divorçio o otro qualquier caso de los quel derecho permite porque se separan e disuelben los matrimonios e se deben entregar las dotes luego de presente sin ningun plazo ni termino de dilación puesto quen derecho me lo conçeda so pena del doblo por nombre de ynteres convencional e la dicha pena pagada o no pagada en todavia se obligado e me obligo de vos pagar la dicha vuestra dote e arras e debda prinçipal e para lo qual todo lo dicho es así tener e mantener e guardar e cumplir e pagar e aver por firme obligo mi persona con todos mis bienes muebles e rayzes avidos e por aver [...]⁴⁰.

La carta de dote y arras de Catalina Ramírez me sirve como expresión de que existe algo más que la tácita hipoteca que los juristas reconocen se establece sobre los bienes del marido para garantizar la restitución de la dote, a lo que hay que añadir, la recepción efectiva de las arras. No obstante, en Castilla no se exigen fianzas que garanticen el abono. Además, para la restitución de la dote es condición la verificación efectiva del matrimonio y la entrega efectiva de la

39. Las reformas tridentinas en materia de matrimonio afectaría a esta ley, COLLANTES DE TERÁN, *El régimen...*, pp. 394-395.

40. Granada, 1528, 9 de diciembre. *Carta de dote y arras de Catalina Ramírez otorgada contra Juan Moreno*, Archivo de Protocolos Notariales de Granada (APNG), Sección Granada, Protocolo 30, f. 173 r.

dote, de ahí que las cartas dotales incluyan pormenores sobre el pago efectivo o la promesa de los plazos de abono, o que no sean inusuales en la documentación notarial las cartas de pago o las de obligación cuando se renegociaron los plazos⁴¹. Pero de gran importancia para las viudas son aquellos casos en que el marido *confiesa* y declara en testamento que ella aportó dote o que él le dio arras, como hizo constar Bartolomé Bandana, en la villa de Teguiuse (Lanzarote):

“[...] Yten, declaro que yo soy casado y belado con doña Beatris Cayrasco, mi muger, con la qual me dieron en dote los bienes que por la cartela de partisión peresería [...]”⁴².

Estas declaraciones, si no podían demostrarse por otros medios, quizás tuvieran un alcance limitado en los tribunales pero sí que eran eficientes hacia los herederos al fijar qué bienes de la casa son de ella propios, cuáles multiplicados y cuáles del marido. También sucede en sentido contrario cuando ella muere y hace declaraciones parecidas en su testamento⁴³.

La definición de la dote castellana es muy cercana a la ofrecida en los Fueros valencianos, no en balde ambas son hijas del derecho común. Ciertamente en los Fueros es definida como la aportación de la mujer al esposo para sostener las cargas del matrimonio; asimismo, se divide en profecticia, adventicia o mixta; al igual que es propiedad de la mujer aunque administrada por el marido, y que le será restituida cuando se disuelva el vínculo:

41. Puede servirme de ejemplo el conjunto que forman la carta de pago de la dote prometida y la carta de dote y arras de 20 de octubre de 1529, conservadas en el Archivo de Protocolos de Granada. En ellas se muestra cómo tras ciertos pleitos y diferencias, Marina de Peñuela, viuda de Cristóbal de Toledo, regidor de Loja, se concierta y paga la dote prometida a su hija doña Inés de Mexía, casada ya con Íñigo López de Padilla. Tras el abono, éste último otorga la carta de dote y arras con la recepción efectiva de los bienes e institución de arras, Granada, 20 de octubre de 1529, *Carta de pago de dote prometida*, APNG, Sección Granada, Protocolo 30, ff. 564v-566r; Granada, 20 de octubre de 1529, *Carta de dote y arras de Inés Mexía*, APNG, Sección Granada, Protocolo 30, ff. 566 r.- 569v.

42. Teguiuse, 18 de noviembre de 1618, *Testamento de Bartolomé Bandana*, AHPLP, Salvador de Quintanilla Castrillo, 1618, núm. 2721, f. 236 v., en BELLO JIMÉNEZ, Víctor M. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Rocío, *Salvador de Quintanilla Castrillo. Escribano público y del Cabildo. Villa de Teguiuse (Lanzarote), 1618. [Transcripción paleográfica, extractos e índices]*, Teguiuse, Archivo Histórico de Las Palmas- Ayuntamiento de Teguiuse, 2003, doc. 216, p. 263.

43. Huéscar, 7 de febrero de 1748. *Testamento de Eugenia Fernández Chicote*, APNG, Sección Huéscar, tomo 1742-1751, ff. 31r. - 31v. Casada en segundas nupcias con Silvestre Fernández declara que no han tenido hijos. Y que éste cuando casaron no hizo carta de capital aunque trajo algunos bienes “los que saben mis hijos”. Recuérdese siempre que la disolución del vínculo abre procesos diferentes, por una parte la restitución de los bienes dotales-arrales a la mujer viuda y la partición de los multiplicados, por otro lo que es la sucesión de los hijos, u otros parientes. El artículo de Ofelia Rey Castelao y Serrana Rial en este dossier hace referencia a este proceso en Galicia.

“ [...] axí com l'exovar que serà donat deu tornar a la muller quant lo matrimoni serà solt o departir per mort del marit[...]”⁴⁴.

No obstante, Guillot Aliaga insiste en que la dote tenía una importancia mayor en el sistema matrimonial valenciano que en el castellano porque el régimen de separación de bienes se suaviza precisamente con la dote “que no se configura como una mera donación o ventaja económica”⁴⁵, siendo de interés público pues permiten el acceso al matrimonio de las mujeres y es una garantía para la viudedad. Esta opinión es semejante a la que Lalinde⁴⁶ sostiene al justificar la posición central de la dote en el sistema económico matrimonial catalán. Básicamente ambas opiniones, como otras que podemos citar, resaltan el sistema dotal de estos territorios⁴⁷.

Al igual que en Castilla, la restitución de la dote⁴⁸ en Valencia tenía dos requisitos iniciales e inseparables: que hubiera habido nupcias y que se hubiera pagado efectivamente la dote o *exovar*. Como dijimos al hablar del *any de plor*, la restitución no se realiza hasta transcurrido un año. En cuanto a los bienes a restituir, la regla general es que cuando la dote es inestimada se restituyan los bienes y cuando estimada, su valor, aunque los Fueros contemplan al menos siete excepciones que, a mi entender, facilitaban al marido el proceso. La restitución daba pie a una amplia casuística cuando ella era la fallecida dependiendo de si hubo hijos o no, si era profecticia o adventicia, y si la difunta hizo o no

44. *Fori*, 5, 5, 29-30; BELDA SOLER, M.^a Ángeles, *El régimen matrimonial de bienes en los «Furs de Valencia»*, Valencia, Cosmos, 1965 ; GUILLOT, *El régimen económico...*, capítulo III.

45. GUILLOT, *El régimen económico...*, p. 73.

46. LALINDE ABADÍA, Jesús, *La dote y sus privilegios en el derecho catalán*, Barcelona, Ediciones Anabasis, 1962, p.17.

47. BELDA SOLER, *El régimen matrimonial...*, pp. 42-43; SIMÓ SANTONJA, Vicente, *Derecho histórico valenciano. Presente, pasado y futuro*, Valencia, Universidad Cardenal Herrera-CEU-Fundación Universitaria San Pablo-CEU, 2002, p. 123. Véase también FERRER I ALÓS, Llorenç, “Familia y grupos sociales en Cataluña en los siglos XVIII y XIX”, en CHACÓN JIMÉNEZ, F., HERNÁNDEZ FRANCO, J. y PEÑAFIEL RAMÓN, A. (eds.), *Familia, grupos sociales y mujer en España (s. XV-XIX)*, Murcia, Universidad de Murcia, 1991, pp. 119-147. Éste no es el momento de entrar a valorar estas opiniones en todo lo que implican, ya que nos desviaría mucho del objetivo principal de este artículo que no es otro que el de la viudez, no obstante pienso que la historiografía ha venido demostrando que la dote en Castilla es algo más que “una simple ventaja económica”. Sobre el juego que las dotes dan en los procesos de reproducción social véase, GÓMEZ GONZÁLEZ, Inés, “El «Cuerpo» de los letrados”, en GÓMEZ GONZÁLEZ, Inés y LÓPEZ-GUADALUPE MUÑOZ, Miguel (eds.), *La movilidad social en la España del Antiguo Régimen*, Granada, Comares, 2007, pp. 61-76.

48. La restitución también se hacía cuando habían surgido anomalías en la vida matrimonial, véase, WESSELL, Dana Justina, “Family Interests? Women’s Power: The absence of family in dowry restitution cases in fifteenth-century Valencia”, *Women’s History Review*, núm. 15 (4), 2006, pp. 511-520.

testamento⁴⁹. Como en Castilla, el marido continuaba administrando el *exovar* habiendo hijos bajo su tutela. Como es lógico, la ley contempla excepciones a la restitución en una serie de supuestos: si el marido hubiera pagado deudas de la esposa; si había invertido en la conservación y mejora del patrimonio de ella; que no tuviera patrimonio suficiente, el llamado privilegio de pobreza; y especialmente el llamado *privilegio militar*⁵⁰, es decir, aquel mediante el cual el marido viudo retenía la dote durante toda su vida aunque casara de nuevo una o varias veces.

Ésta era una costumbre *contra lege* defendida por los valencianos del brazo militar, a la que se sumarían los ciudadanos honrados, cuya primera sanción legal fue en 1510 en las Cortes de Monzón. Este abusivo privilegio que era fuente de numerosos pleitos, fue modificado en 1542 por Carlos I, a petición de las Cortes valenciana, de manera que a partir de entonces un nuevo casamiento del viudo obligaba a devolver la mitad del *exovar*, a quien a ello tuviera derecho; disfrutando, no obstante, de por vida de la otra mitad, aunque debía asegurar su devolución⁵¹.

En el derecho foral valenciano el pago de la dote llevaba aparejado que la viuda pudiera reclamar el *creix*, es decir, la donación prometida por el esposo en premio a la virginidad de la esposa, pero que se instituye a la manera de las donaciones *propter nuptias* justinianas, por lo que está necesariamente vinculada a la constitución y pago de la dote, siendo incluso proporcional al monto de ésta⁵², de ahí su denominación de aumento de dote. Aunque la virginidad de la esposa fue una de las condiciones para su otorgamiento, y se suele relacionar con la *morgengabe*, mi opinión es que no tiene nada que ver con la *dos ex marito* visigoda, lo que otorga al *creix* un perfil radicalmente diferente al de las arras castellanas⁵³. Me interesa destacar que el *creix* lo recibe la mujer por ley, no es un acto de voluntad del marido pues aunque éste no la constituya expresamente, tiene derecho a ello desde 1626, pero siempre “en respecte a les donzelles” que hubieran aportado dote⁵⁴.

49. BELDA SOLER, *El régimen matrimonial...*, pp. 65-68 y GUILLOT, *El régimen económico...*, capítulo 6.

50. BELDA SOLER, *El régimen matrimonial...*, pp. 65-68 y GUILLOT ALIAGA, Dolores, “Una excepción a la restitución dotal: el privilegio militar”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 72, 2002, pp. 529-546.

51. *Fori*, 5.5.25-26.

52. BENÍTEZ, “Familia...”, pp. 51-54 y GUILLOT, *El régimen económico...*, pp. 197-205.

53. Aunque el libro V de los *Furs* comience con la rúbrica *Des arres e desponsalles*, lo cierto es que las arras habían quedado como señal de la promesa de matrimonio, y parece ser que desaparecieron por completo en el matrimonio foral, SIMÓ SANTONJA, *Derecho histórico...*, p. 123. En este sentido se asemeja al destino que las Partidas quisieron darle a las arras y que finalmente fracasó, véase BIRRIEL SALCEDO, “Mujeres y matrimonio...”.

54. BENÍTEZ, “Familia...”, p. 52.

Por último, he de referirme a la *cambra*⁵⁵, es decir, el derecho por el cual la viuda podía retener sus vestidos de diario y la ropa del lecho nupcial, si eran las que aportó al casarse. Aunque Jaime I amplió a la totalidad de vestidos y ropa de cama el derecho de *cambra*, finalmente, en 1329, Alfonso II volvió a la formulación primera y se mantendrá hasta la Nueva Planta.

La restitución de dote y *creix* había sido regulada de manera tan estricta que, una vez concluido el *tempus lugendi*, si a la viuda no le era restituido el *exovar* y pagado el *creix*, ella pasaba a poseer los bienes del difunto con la facultad de hacer suyos los frutos. Es el llamado derecho de *tenuta*⁵⁶. La *tenuta* no es un derecho vinculado a la viudedad sino una garantía dotal. La *tenuta* fue aplicada de manera estricta tal y como demuestran las sentencias de la Audiencia de Valencia sobre pleitos matrimoniales. Incluso grava los bienes vinculados, como estableció la sentencia del pleito de doña Ana de Perelló, viuda condesa de Buñol, contra Gastón mercader, por restitución de *exovar*, *creix* y *tenuta*⁵⁷.

Entre Cataluña y Valencia hay numerosos préstamos y relaciones en materia jurídica, también en el derecho familiar. Algunos juristas consideran que el *creix* es de origen catalán, o que la *tenuta* es valenciana; en cuanto a la dote, tiene así mismo unos perfiles muy semejantes dado su entronque directo con el derecho romano. Lo que justifica que instituciones dotales y fórmulas de restitución de las mismas sean muy parecidas en su formulación, aunque hay desarrollos diferentes que merece la pena distinguir como es que en Cataluña no existe el privilegio militar o que la *tenuta* no parece haber sido guardada con el rigor con la que se aplicó en Valencia.

El régimen económico del matrimonio: separación de bienes o gananciales

Los regímenes económicos del matrimonio en España son básicamente dos: uno, el de separación de bienes, en que cada uno de los cónyuges continúa teniendo la propiedad de su patrimonio y no existe una masa común de bienes entre los cónyuges; dos, el sistema de comunidad, mayoritario en España, aunque con muy diversas perfiles que van desde la comunidad universal a la restringida. En cualquier caso, en todos los territorios existe la posibilidad de pactar en el momento del matrimonio un régimen específico.

55. *Fori*, 5.5.11-12 y BELDA SOLER, *El régimen matrimonial...*, p. 121. Costumbre análoga a las del Fuero Real de Castilla, en las ventajas aragonesas o en las Costums de Tortosa.

56. GUILLOT ALIAGA, Dolores, “El derecho de *tenuta* como garantía de la restitución dotal en el derecho valenciano”, *Hispania, Revista española de historia*, LX/205, 2000, pp. 453-478.

57. GUILLOT, *El régimen económico...*, pp. 222-223.

Con la disolución del vínculo matrimonial se pone en marcha la liquidación de la economía matrimonial, que tendrá efectos diferentes según cada uno de estos regímenes. En el caso de la separación de bienes, no hay de hecho, ni de derecho, una comunidad que liquidar sino simplemente poner en marcha los mecanismos de restitución dotal ya estudiados o la aplicación de normas de protección de las viudas. Éste es el sistema dominante, que no exclusivo, en Cataluña, reino de Valencia y Mallorca⁵⁸. La implantación de este sistema en España se ha relacionado directamente con la recepción del derecho común. He de añadir que, en términos generales, la separación de bienes beneficia al marido frente a la mujer, salvo que ella, o su familia, dispongan de patrimonio⁵⁹. Y aquí suele operar la presunción muciana por la que es al marido a quien corresponden los bienes cuya propiedad se desconoce o bien son de elevada cuantía.

Por el contrario, en los territorios donde existe la comunidad de bienes se procede a la liquidación de la sociedad económica a través del reparto del patrimonio producido conjuntamente por los cónyuges mientras duró el matrimonio. Es un régimen que beneficia a ambos cónyuges, pero especialmente a las viudas ya que el producto del trabajo y del patrimonio aportado al matrimonio, son atribuidos por mitad a cada uno de los cónyuges. Hay diversos regímenes de comunidad en España. Veamos algunos de ellos.

Empecemos con Castilla donde existe la comunidad de gananciales⁶⁰. Esta fórmula establece la calidad de condueños que tienen marido y mujer de los bienes adquiridos durante el matrimonio y los frutos de los bienes propios, aunque sea el marido quien como cabeza de casa administre dichos bienes. Es una comunidad restringida a lo multiplicado y adquirido durante el matrimonio. Una vez que se disuelve el vínculo, el cónyuge supérstite, viudo o viuda, o sus herederos, podrá disponer de ellos, procediéndose a dividir por mitad como ya estableciera el Fuero Real 3,3,1, y la ley 201 del Estilo.

Los gananciales quedan completamente consolidados en el derecho castellano en el ordenamiento de Toro, cuya Ley 14 dice:

Mandamos quel marido y la muger, suelto el matrimonio, aunque casen segunda o tercera vez, o mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primer, o segundo o tercero matrimonio aunque aya avido hijos de los tales matrimonios o de algunos dellos, durante los quales matrimonios, los dichos

58. Donde sin embargo hubo comarcas o lugares donde se siguió utilizando sistemas comunitarios en Tarragona, algunos pueblos de Girona, o la llamada germanía valenciana.

59. BELDA, *El régimen matrimonial...*, pp. 38-41 y PÉREZ, *Las mujeres ante la ley...*, pp. 149-152.

60. COBO, María-Inés, *Los bienes gananciales en el reino de Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Logroño, Ochoa, 1989.

bienes multiplicaron; como de los otros sus bienes propios que no oviessen seydo de ganancia, sin ser obligados a reservar a los tales fijo, propiedad ni usufructo de los tales bienes.

Esta ley despejó cualquier duda que pudiera haber sobre qué eran los gananciales, excluyendo cualquier reserva; y estando disponible de inmediato para el viudo o la viuda. Ciertamente el régimen de gananciales presentaba ventajas para ambos cónyuges, pero especialmente para las viudas ya que redundaba en ellas como patrimonio propio lo multiplicado mientras duró la sociedad conyugal⁶¹. La ley 16 de Toro contempla, no obstante, una cautela específicamente relacionada con la viuda y los gananciales:

Si el marido mandare alguna cosa a su muger al tiempo de su muerte o de su testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de aver de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas aya la dicha mitad de bienes, e la tal manda en lo que de derecho deviere valer.

Por la que se fija sin duda el derecho propio de la viuda a su parte sin menoscabo alguno ni confusión con manda testamentaria particular del marido. Los gananciales son de ella propios fruto de la sociedad conyugal y no resultado de ninguna donación graciosa del marido, que si algo le dona o manda por testamento no pueden sus herederos descontarlo de la parte de los gananciales que a ella pertenecen.

Aunque se establece la partición por mitad de los bienes multiplicados, los pactos matrimoniales o los testamentos pueden aplazar la partición a través del usufructo de los bienes hasta un nuevo matrimonio del cónyuge superviviente o la muerte.

Por lo que respecta a Aragón, los Fueros contemplan dos tipos de bienes en el matrimonio: los privativos o propios, que son exclusivos del miembro de la pareja que los aporta; y los comunes, que pasan a constituir la comunidad conyugal, pues son propiedad del matrimonio “ambos a dos”. En general, se consideran privativos los inmuebles aportados por cada uno de los cónyuges, y comunes todos los bienes muebles, y los inmuebles adquiridos por título oneroso o mediante trabajo de cualquiera de ellos realizado constante matrimonio⁶². Llegado el momento de la disolución del vínculo los comunes se parten por

61. PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio, “La communauté de biens en histoire du droit espagnol”, en GANGHOFER, Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe*, Strasbourg, PUE, 1992, pp. 541-554.

62. GARCÍA HERRERO, “Viudedad foral...”, p. 432 y PÉREZ BUSTAMANTE, “La communauté...”, p. 545.

mitad. Sin embargo, desde el siglo XIV se extendió la llamada viudedad foral, es decir, un usufructo viudal que atrasa la partición.

En el reino de Navarra existe la llamada sociedad conyugal de conquistas descrita con total precisión por el Fuero de Navarra. Durante el matrimonio la comunidad solo se forma de las conquistas. Llegado el momento de la disolución del matrimonio si hay hijos, ésta masa común se parte por mitad entre los hijos y el cónyuge supérstite. Y si no hay hijos, la masa se acrecienta con los muebles poseídos por cada uno de los esposos, y la partición por mitad se ejecuta sobre cada uno de este tipo de bienes⁶³. Aquí también existe un usufructo para el cónyuge supérstite.

Todos estos son regímenes de comunidad restringida o limitada, pero también es posible encontrar comunidad universal como es, por ejemplo, la germanía valenciana⁶⁴ o el llamado Fuero de Baylío en Extremadura⁶⁵ o el Fuero de Viceo en Cantabria⁶⁶.

Los usufructos visuales

En la práctica totalidad de las legislaciones, pero también en la práctica social, en los territorios hispánicos en la Edad Moderna, encontramos formulas más o menos fijadas de usufructo viudal, es decir, del derecho de uso y disfrute de los bienes comunes o privativos del cónyuge premuerto por parte del sobreviviente. Estos usufructos se relacionan en bastantes ocasiones con la figura de una viuda poderosa.

Uno de los ejemplos mas conocidos de este tipo de usufructo es la llamada viudedad foral aragonesa. La legislación foral de Aragón impulsó desde el siglo XIV esta fórmula de protección a las viudas, especialmente aquellas que no tenían hijos, instituyendo la llamada viudedad foral, que luego se extendería también a los viudos. Básicamente la viudedad foral es el derecho que tiene el cónyuge supérstite a disfrutar de los bienes privativos del cónyuge premuerto y de la parte que le corresponde de los bienes consorciales o comunes, que se añaden a los suyos propios y su mitad de los comunes. Todo ello, si no vuelven

63. PÉREZ BUSTAMANTE, “La communauté...”, p. 546 y SALCEDO IZU, Joaquín, “Le droit de la famille en Navarre”, en GANGHOFER, *Le droit de la famille...*, pp. 133-141.

64. BELDA, *El régimen matrimonial...* El capítulo 9 se ocupa de los pactos de comunidad entre cónyuges, de la llamada germanía en Valencia.

65. PERALTA Y CARRASCO, Manuel, “El llamado Fuero de Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar*, núm. 24, 2000, pp. 7-18.

66. PORRAS ARBOLEDAS, Pedro Andrés, “El Fuero de Viceo como régimen económico especial del matrimonio (Cantabria, siglos XIII-XIX)”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 5, 1998, pp. 43-126.

a casarse. Esta legislación otorga poder a viudos y viudas aunque no estaría exenta de conflictos al retrasar la sucesión y la herencia. La viudedad foral, no obstante, podía ser limitada por disposiciones en las capitulaciones matrimoniales que son, realmente, el primer régimen del matrimonio en Aragón, y por disposiciones testamentarias⁶⁷.

Con todo, el jurista y economista Ignacio Jordán de Asso⁶⁸ se hizo eco de los reiterados llamamientos que habían hecho las Cortes de Aragón en los siglos XVI y XVII a la derogación del usufructo viudal, ya que se le hacía responsable de la crisis demográfica en tanto que las viudas jóvenes no se casaban de nuevo para no perder sus derechos. Carmina García Herrero recoge de manera precisa la capacidad de obrar de poderosas viudas aragonesas que controlaban su patrimonio, disputando con los hijos y otros parientes, y no casándose de nuevo. Pero ella misma nos recuerda que la viudedad foral carece de sentido cuando no hay bienes para sostenerla⁶⁹: Éste es el caso de Bartolomea Sancho, que en 1480 se dirige al alcalde de la Puebla de Alfindén para que nombre tutores para sus hijas a fin de partir los bienes que hay, que ni tan siquiera dan para criarlas. Bartolomea, además, se niega a asumir la tutela de sus hijas en ningún caso y transfiere a los parientes del padre el deber de velar por su prole.

También en Cataluña y Valencia existe una figura de viuda poderosa vinculada al usufructo. En el primer caso las capitulaciones matrimoniales o el testamento del marido establecen que la viuda se convierta en usufructuaria universal de sus bienes, es llamada *senyora majora, poderosa i usufructuaria*, convirtiéndose también en administradora y sustituyendo al marido como persona al frente de la casa. Los conflictos de la viuda usufructuaria con el heredero parece que fueron frecuentes, además de que *de facto* el poder de estas viudas fue limitado y contestado por el nuevo *cap de casa*⁷⁰. Esta figura del usufructo de la viuda catalana es puesto en relación directa con el proceso de exclusión patrimonial, control paterno y reafirmación de la primogenitura, por M.^a Adela Fargas Peñarrocha⁷¹, ya que el carácter de usufructuaria primera transfiere a la viuda el compromiso del cuidado y protección de los hijos, además de evitar los

67. LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Standum est chartae”, en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés* (Jaca, septiembre de 1985), Zaragoza, Cortes de Aragón, 1986, pp. 19-42.

68. ASSO, Ignacio Jordán, *Historia de la economía política de Aragón* [1798], Zaragoza, Heraldo de Aragón, 1947; véase también sobre esta imagen de la viuda aragonesa, JOLY, Monique, “Du remariage des veuves: A propos d’un étrange épisode du «Guzmán»”, en REDONDO, Agustín (dir.), *Amours légitimes, amours illégitimes en Espagne (XVIe-XVIIe siècles)*, Paris, Sorbonne, 1985, pp. 327-339.

69. GARCÍA HERRERO, “La viudedad foral ...”, p. 446.

70. PÉREZ, *Las mujeres ante la ley...*, pp. 231-232.

71. “Legislación familiar-patrimonial y ordenación del poder institucional en la Cataluña del siglo XVI”, *Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 26, 2001, pp. 89-114.

efectos de la restitución efectiva de la dote y *excreix*. Ella resalta que aquí la viuda usufructuaria es un “eslabón de tránsito entre el *pater familias* ya difunto, relevado por el futuro *pater familias*”, a lo que añade que reflejan el alcance del poder en el interior de las familias⁷².

La legislación foral valenciana también contempla la figura de la viuda como *dona e poderosa de la hereditat* a la que su marido dejaba en testamento como usufructuaria de todos sus bienes, siendo la condición impuesta para el disfrute continuado del mismo que la viuda viva honestamente y no se case de nuevo⁷³.

En la Corona de Castilla también fue frecuente que los maridos dejaran como usufructuarias a sus viudas, hay numerosos ejemplos de ello⁷⁴. Alguna fórmula notarial recuerda a las que hemos visto más arriba:

[...] que ella quede señora e poseedora a todos los días de su vida de toda la parte de los bienes que a mi pertenecen [...] ⁷⁵.

Las mujeres también dejaron al marido viudo el usufructo. Sin embargo, hay un marcador de género que diferencia netamente si el usufructuario es la viuda o el viudo. En efecto, cuando quien sobrevive es la mujer, este usufructo está condicionado a que sea honesta y no vuelva a casarse:

[...]Y sea la dicha mi mujer usufructuaria e administradora de todos los dichos bienes, e de los dichos mis hijos. Y si se casase que se partan los dichos bienes que así durante el matrimonio entre mi y la dicha mi muger hemos avido y ayan y hereden los dichos mis tres hijos la otra mitad de los dichos bienes y ganado como dicho es, y mas los dichos mesón y tierras que así tenía antes que con ella casase como dicho es⁷⁶.

El usufructo inicialmente lo que nos dice es que la economía del hogar no se rompe, es decir, se retrasa el momento final de la transmisión patrimonial hasta que ambos progenitores hayan muerto, o se incumplan las condiciones establecidas en el testamento. La alta mortalidad no hacía imposible el supuesto de la premoriencia de uno de ellos y, cuando quedaban hijos menores, ésta era una forma ideal de limitar el impacto de la ausencia del padre o de la madre,

72. FARGAS, “Legislación...”, p. 95.

73. GUILLOT, *El régimen económico...*, pp. 276-278.

74. BIRRIEL SALCEDO, Margarita M.^a, “Más allá del Repartimiento: Género, familia y patrimonio”, *Chronica Nova*, núm. 25, 1998, pp. 77-91.

75. Almería, 25 de diciembre de 1528, *Testamento de Pedro Hernández*, Archivo Histórico Provincial de Almería, Protocolo 10.

76. Granada, 29 de mayo de 1538. *Testamento de Pero Hernández de Cortes*, APNG, Protocolo 43, ff. 366 r. -369 v.

pero sobre todo del primero⁷⁷. Además, como ya he señalado en otro lugar, cuando es la viuda la usufructuaria – además de jefa de casa y, en ocasiones, tutora- se sitúa en una posición de mayor poder en el hogar. Sin duda, serían poderosas señoras. Sin embargo, de esta situación no pueden hacerse inferencias simples, dado que ese poderío estaría definido por los recursos efectivos que la viuda controlase y de su capacidad de disposición sobre los bienes, fueran estos propios o en usufructo; o, si además del usufructo, ostentaba la jefatura de la casa. No menos importante era la edad de los hijos e hijas o su aceptación de la voluntad del padre muerto; también era importante el control que podían ejercer los parientes, sobre todo los del marido; del mismo modo que las circunstancias concretas en que la viuda ejerce su autoridad; pero, sin duda, era determinante la concepción que la propia viuda tuviera de su papel en esta nueva etapa de su vida, y de la vida de la casa.

La protección económica de las viudas pobres

El desamparo de la viuda es un tópico de preocupación política y su protección una obligación del Príncipe, de ahí que el derecho hispano hubiera previsto unas garantías mínimas para la viuda pobre.

El derecho catalán estableció la llamada cuarta viudal o cuarta marital. Éste es un derecho que tiene la viuda de obtener la cuarta parte de los bienes líquidos del marido premuerto, si en ella concurren las condiciones de indotada y pobre. Fontanella lo justifica en los términos de que la viuda no se viera obligada a pedir limosna, para deshonor del marido, Isabel Pérez interpreta aquí que no estaríamos ante un acto de solidaridad o protección de la viuda sino del honor del linaje del marido. La presencia o no de hijos e hijas modifica el disfrute de la cuarta marital, ya que en el caso de que los hubiere solo tendría derecho al usufructo de la misma, pues se garantizan antes los derechos hereditarios de los descendientes⁷⁸. No obstante, los juristas reconocen supuestos en que no habría que abonar dicha viudedad, como en situaciones en las que la viuda podía sostenerse trabajando honestamente, o que su familia de origen pudiera proporcionarle tal protección. En la Corona de Castilla, el código de las Partidas (P.6.13.7) contemplaba una cuarta viudal como la de Cataluña⁷⁹.

La regulación valenciana de los derechos de la viuda indotada, la setantena, o setenta por mil, es muy similar a la anterior. Los Fueros regularon

77. Recuérdese que cuando muere la madre y quedan hijos pequeños el marido no está obligado a la restitución dotal a condición de que críe a los hijos.

78. PÉREZ, *Las mujeres ante la ley...*, pp. 237-240.

79. GACTO, “El grupo familiar...”, p. 48.

en un primer momento la situación de la mujer virgen, indotada y sin hijos, ampliándose el derecho a la viuda con hijos, que debía escoger entre la renta o vivir conjuntamente con los hijos de los frutos de la totalidad de los bienes del difunto. Desde 1626, ante las dudas que existían, se aclaró que la ley se refería a los hijos comunes del marido de cuyos bienes se establecía la renta⁸⁰, además de establecerse que la viuda podría siempre escoger entre la setentena o el usufructo de la totalidad de los bienes⁸¹.

Las viudas y la tutela de los hijos e hijas

En España son aún escasas las investigaciones sobre la tutela, a pesar de que esta institución fue de gran importancia en una sociedad donde la alta mortalidad hacía relativamente frecuente la existencia de huérfanos⁸². Además, la tutela – y la curaduría- tenía un fuerte impacto en la vida del menor y de su familia por las consecuencias patrimoniales y personales de las actuaciones practicadas por los tutores. De ahí que la ley regulase escrupulosamente la definición del estatuto del tutor y curador para garantizar y preservar los intereses del menor.

Sin embargo, aquí y ahora, no me interesa la problemática global de la tutela, sino las regulaciones que afectan a las viudas. Es decir, cuando y cómo las madres viudas podían ser tutoras, por lo que solo me ocuparé de lo que tiene que ver con ellas. Y estoy hablando de viudas porque, como dije páginas atrás, la muerte de la madre no afecta a la continuidad de la comunidad doméstica ni a la patria potestad, que solo es del padre⁸³; por el contrario la muerte del marido sí rompía dicha comunidad doméstica y dejaba huérfanos a los hijos e hijas. Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel definen precisamente al huérfano como a aquel que no tiene padre⁸⁴. En consecuencia las leyes debieron arbitrar

80. *Furs y actes de Corts fets y otorgats. Cortes 1626*, Fur 98.

81. BENÍTEZ GUILLLOT, *El régimen económico...*, p. 277. Esta elección entre una u otro giraba a una elección entre usufructo o dominio, ya que el setenta por mil establecía el dominio efectivo sobre dicho patrimonio, el 7%.

82. MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *La tutela de los menores en Castilla hasta finales del siglo XV*, Sevilla, 1976; DUBERT, Isidro, *Historia de la familia en Galicia durante la época moderna, 1550-1831*, Santiago de Compostela, Edicions do Castro, 1992, especialmente páginas 241-250; CAVA LÓPEZ, M.ª Gemma, “La tutela de los menores en Extremadura durante la Edad Moderna”, *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, núm. 18, 2000, pp. 265-288.

83. Sobre la patria potestad véanse: OTERO, A., “La patria potestad en el Derecho histórico español”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXVI, 1956, pp. 209-242 y RODRÍGUEZ, Ángel, “El poder familiar: la patria potestad en el Antiguo Régimen”, *Chronica Nova*, núm. 18, 1990, pp. 365-380. El Código Civil de 1889 reconoció la patria potestad de la madre aunque solo fuera en ausencia del marido.

84. ASSO- MANUEL, *Instituciones...*, p. 5.

medidas orientadas a garantizar la tutela y curaduría de los menores de edad, de los huérfanos. El derecho castellano, aragonés, catalán y valenciano, muy romanistas en la regulación de la tutela y la curaduría, no difieren significativamente unos de otros, salvo en algunos aspectos puntuales, por lo que haré una exposición unificada, sin distinguir territorios o derechos, excepto lo que sea diferente o merezca algún comentario particular⁸⁵.

La tutela es la guarda dada al huérfano libre menor de catorce años y a la huérfana menor de doce, para la protección y conservación de su persona y bienes. La curaduría se refiere a los mayores de catorce y menores de veinticinco, y se ocupa preferentemente de la administración patrimonial. Tal y como establecen las diversas legislaciones hispanas, las mujeres no podían ser tutoras, salvo en el caso de las madres y abuelas, en las “que el grande afecto para con el pupilo pueda suplir el vicio de su sexo” como afirman las Partidas⁸⁶. La tutela de la madre era entendida como una excepción a la incapacidad natural de las mujeres para ser tutoras por razón de sexo, es decir, un tipo especial de tutela⁸⁷.

Pero debe quedar claro que la madre viuda era solo eso, tutora o curadora, es decir, debía someterse a toda la legislación que regulaba la tutela al igual que cualquier otro pariente o extraño designado como tutor o curador: jurar la tutela, hacer inventario de los bienes que va a administrar, establecimiento de fianzas, dación regular de cuentas, etc.. También le afectan todas las causas y supuestos que ponen fin a la tutela (mayoría de edad, mala gestión), a las que hay que añadir una específica: la prohibición de que contraiga nuevas nupcias si quiere conservar la tutela, excepto en Aragón, donde los Fueros no impiden que siga como tutora.

La tutela se clasifica en tres especies: a) La tutela testamentaria: Es decir, que el padre – o la madre si tiene ella la tutela- designa en testamento; es la que mayor fuerza tiene y afecta especialmente a la viuda ya que si el padre, en quien reside la patria potestad, la excluye de la tutela no podrá ejercerla salvo que el tutor designado actúe inadecuadamente. En sentido contrario, si ella es designada tutora contará con la ventaja legal y simbólica de la designación por el páter familias para la realización de esta tarea. b) La tutela legítima: Cuando no habiendo tutela testamentaria se designa para la misma al pariente más cercano, primando el más próximo grado de consanguinidad, el más cercano parentesco. Me interesa particularmente el desarrollo de este punto en las Partidas 6,16,9,

85. Las leyes de Partidas regularán la tutela y curaduría y su formulación permanecerá vigente en el derecho castellano hasta el fin de la Edad Moderna: Partida sexta títulos 16 a 19; en Aragón es el Fuero 2, De tutor & Curador, lib. 5; en Cataluña el Usatge Tutores recogido en las Constitucions i altres drets de Catalunya, libro V, tit V.

86. *Partidas*, 6, 16, 4.

87. MERCHÁN ÁLVAREZ, *La tutela...*, p. 148.

donde se establece que la madre y la abuela serán tutoras antes que ningún otro pariente:

Mas si los huerfanos sobredichos hobiesen madre o abuela que quisiese guardar los huérfanos, et sus bienes, entonces decimos que la madre lo pueda facer ante que ninguno de los otros parientes, solo que sea buena muger et de recabdos [...] Et si la madre no se quisiese entremeter desto, puede entonce el [sic] abuela haber la guarda dellos.

Asso y de Manuel insisten mucho en este aspecto de la prevalencia de la madre o abuela a los demás consanguíneos discutiendo algunos intentos de interpretación en contrario durante el siglo XVIII⁸⁸. En el derecho aragonés no existe la tutela legítima⁸⁹. c) La tercera y última especie de tutela es la dativa, es decir, el nombramiento de un tutor judicialmente.

En el interesante estudio de M.^a Gemma Cava sobre la tutela en Extremadura a lo largo de toda la Edad Moderna⁹⁰, se puede observar la preocupación creciente de los testadores por dejar previsto el futuro de su prole con el nombramiento de tutores. En estas disposiciones testamentarias la preferencia de la madre como tutora de sus hijos es significativamente alta en relación con cualquier otro pariente o amigo designado. Así en el siglo XVI de nueve cartas, siete designan a la madre viuda como tutora; en el XVII, de 42, 29; y en el siglo XVIII de 92 testamentos, 59 la hacen responsable de la tutela. Son sus maridos quienes las nombran tutoras. Estos números concuerdan bastante con las cifras calculadas sobre las disposiciones testamentarias de los varones de otras ciudades de la Corona de Castilla quienes designan a sus esposas tutoras. Así, Máximo García Fernández nos habla de un 84% en Valladolid, idéntico porcentaje ofrece Lorenzo Pinar para Zamora; en Huelva, sería menor esta institución testamentaria pero igualmente elevada, 57.5% afirma González Cruz⁹¹. Por su parte Isidro Dubert⁹² ha analizado no solo los testamentos sino también las cartas de tutelas de Santiago de Compostela, donde tanto en unos u otros documentos la tutela recae en la madre viuda, dos de cada tres veces.

88. ASSO-MANUEL, *Instituciones...*, p. 9.

89. *Ibid.*, p. 12.

90. CAVA, "La tutela...", pp. 280-282.

91. GARCÍA FERNÁNDEZ, Máximo, *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del Antiguo Régimen (1650-1834)*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995, p. 296; LORENZO PINAR, F.J., "La familia y la herencia en la Edad Moderna zamorana a través de los testamentos", *Stvdia Historica. Historia Moderna*, IX, 1991, pp. 159-202, especialmente página 174; GONZÁLEZ CRUZ, David, *Familia y educación en la Huelva del siglo XVIII*, Huelva, Universidad de Huelva, 1996, pp. 244-246.

Se puede afirmar que tanto el derecho como las acciones de los actores sociales hacen a la madre tutora preferente, aunque esto no debe llevar a pensar que no hubo obstáculos al desenvolvimiento de estas tutelas por parte de las madres viudas. Ciertamente hay que tener en cuenta la misoginia de la literatura jurídica que condenó sistemáticamente el desempeño femenino de la tutela. Los comentarios de Cáncer o Fontanella a la Constitución “los impubers”, que nos glosa Isabel Pérez⁹³, son un buen ejemplo de ello. También debemos tener en cuenta que si bien las viudas podían, y eran designadas tutoras, compartían en ocasiones la tutela como era costumbre en Cataluña⁹⁴. Además en algunos territorios existían consejos de parientes (Aragón, Navarra) o de familia (Cataluña) que en grados diversos supervisaban o controlaban sus actuaciones⁹⁵. Los controles informales sobre la madre tutora están por estudiar pero sin duda los parientes o la comunidad debían “velar” por la conducta de estas mujeres. No solo estaba en juego el honor de las familias que ya era mucho sino que además con frecuencia iban ligados usufructo del patrimonio familiar y tutela, como es el caso de Mayor Pérez, vecina de Montefrío, a quien Pedro Hernández su marido deja en usufructo y curaduría de los hijos⁹⁶.

Las nuevas nupcias de la madre-tutora cambiaban significativamente su posición en la tutela. El argumento para desasistir a la madre de la tutela es que su debilidad intrínseca la llevaría a descuidar a los hijos del primer matrimonio por amor al marido y el lógico sometimiento a la superior voluntad de éste, como afirma Antonio Gómez⁹⁷. La ley es clara en cuanto a que estas nupcias son un impedimento pero ¿se cumplía la ley? Dubert afirma que sí aunque con ciertas distinciones sociales ya que los poderosos habrían sido tratados de manera diferenciada pudiendo las madres conservar la tutela a pesar de contraer nuevas nupcias. Ese mismo comportamiento se observa en la ciudad de Baza (Granada), donde de los diez y nueve nombramientos de tutores que se producen entre 1510 y 1519, trece son de varones, seis de mujeres⁹⁸. Sin embargo, de los trece primeros

92. DUBERT, *Historia de la familia...*, p. 245.

93. PÉREZ MOLINA, *La mujer ante la ley...*, pp. 194-195.

94. Véase nota 12.

95. COSTA, Joaquín, *Derecho consuetudinario y economía popular en España*, Zaragoza, Guara Editorial, 1981, capítulo 3, El consejo de familia; MORENO ALMÁRCEGUI, Antonio y ZABALZA SEGUÍN, Ana, *El origen histórico de un sistema de heredero único. El prepurinéo navarro 1540-1739*, Pamplona, Instituto de Ciencias para la Familia, 1999; y PÉREZ MOLINA, *La mujer ante la ley...*, pp. 194-195.

96. Granada, 29 de mayo de 1538. *Testamento de Pero Hernández de Cortes*, APNG, Protocolo 43, ff. 366 r.- 369 v.

97. *Compendio comentarios...*, p. 79 y ASSO-MANUEL, *Instituciones...*, p. 8.

98. CRESPO MUÑOZ, Francisco J, *El notariado en Baza (Granada) a comienzos de la Edad Moderna. Estudio y Catálogo de los protocolos notariales (1510-1519)*, Tesis doctoral, Granada, Universidad de Granada, 2007, p. 2207. En la documentación catalogada hay 154 documentos don-

en al menos siete ocasiones se corresponden con el nombramiento de un tutor por nuevas nupcias de la viuda, que pierde en consecuencia la tutela. Este sería el caso de Catalina Martínez, viuda de Francisco, albañil, casada de nuevo en 1519 con Francisco Martínez de Cazorla, ambos vecinos de Baza. Será la propia Catalina Martínez quien solicite al alcalde mayor de Baza el nombramiento de un tutor para su hija menor Constanza García⁹⁹.

Un nuevo matrimonio, pues, implicaba la imposibilidad del ejercicio de la tutela, al menos mientras hubiera constante matrimonio. Ahora bien, si la mujer por cualquier causa dejaba de estar casada podía recuperar la tutela. Esto es lo que se deduce de la carta de finiquito de tutela que otorga Catalina González a favor de Cebrián Gómez, quien había sido tutor de sus hijos e hijas, hasta la disolución del matrimonio de la primera con Juan Valderas¹⁰⁰.

Como ellas otras mujeres de Baza finalizaron su tutela en cuanto contrajeron nuevas nupcias, no obstante, en esos mismos años hay dos casos donde el segundo matrimonio de la madre-tutora no supone la pérdida de la tutela. Me refiero a Beatriz de Ocaña, viuda de Antón de Grimaldo. Ella fue nombrada por el teniente de corregidor tutora de sus hijas en julio de 1509, siendo viuda, y procede a hacer inventario y prestar fianzas que garanticen la tutela con todo el rigor de la ley. Sin embargo, su matrimonio en 1511 con el mercader Juan García, también vecino de Baza, no le impedirá continuar con la tutela. El catálogo notarial de Baza recoge numerosos actos jurídicos que así lo atestiguan entre 1511 y 1517¹⁰¹. Lo mismo cabría decir de María de Alcalá, casada en segundas nupcias con Juan de Mira, regidor de Baza, que aparece conjuntamente con su marido al arrendar bienes pertenecientes a los hijos menores de ella de su anterior matrimonio con Miguel de Cózar¹⁰². La vinculación de estas dos familias bastetanas con la oligarquía local confirmaría el desigual tratamiento que las autoridades daban a unas u otras familias, a unas u otras viudas, flexibilizando la interpretación de la norma en estos supuestos. Aquí, al igual que en Santiago de Compostela, la condición social de los actores marcaría diferencias sustanciales.

* * *

de la palabra tutela aparece, son documentos de todo tipo que incluye el nombramiento de tutor, ejercicio de la tutela y finiquito de ella.

99. *Ibid.*, 29 de octubre de 1519. *Nombramiento de tutor*, documento 3672, p. 1693.

100. *Ibid.*, 30 de julio de 15011. *Carta de finiquito*, documento 351, p. 504.

101. *Ibid.*, 26 de julio de 1509. *Nombramiento de tutora*, documento 11, p. 383; 6 de febrero de 1511, Carta de dote de Beatriz Gómez de Ocaña, documento 127, p. 422; y 7 de abril de 1512, *Obligación de pago*, documento 684, p. 619.

102. *Ibid.*, 19 de febrero de 1512. *Carta de arrendamiento*, documento 634, p. 601; y documento 2510, p. 1271.

Reitero lo que indiqué al comenzar este artículo, que no iba a ser exhaustiva pues ésta es solo una aportación parcial en el marco de un proyecto más amplio. Ciertamente han quedado fuera del estudio territorios (País Vasco) y algunos solo se han visto tangencialmente (Aragón, Navarra). Tampoco se han agotado todo lo que se puede decir sobre las viudas y la viudedad --segundas nupcias, restitución dotal, herencia, usufructos, tutela, etc.-- De todo ello iré presentando nuevos resultados de investigación en sucesivas publicaciones.

No obstante, los límites del trabajo no quería terminar sin hacer algunas consideraciones sobre lo expuesto en estas páginas. Ante todo, que es preciso elaborar mapas de la geografía legal de España, en el que puedan percibirse no solo las grandes líneas sino también las excepcionalidades locales o regionales, intra territorios. En segundo lugar, que este trabajo ha confirmado la necesidad de continuar realizando estudios comparativos en problemáticas concretas (viudedad, matrimonio, etc.), a través de los cuales podamos efectivamente “medir” las diferencias – dónde, cuando y porqué se producen--- y las semejanzas – dónde, cuando y porqué, también ---. Además, y en lo que atañe a las viudas y la viudedad parece que esta mirada de conjunto percibe más semejanzas que diferencias, aunque aún queda mucho trabajo por hacer. Por último, la necesidad de profundizar más en desarrollo legales concretos como la reserva binupcial que obligaría también a los viudos; sobre los usufructos viduales, obligatorios o voluntarios, y su relación con la tutela y la autoridad del hogar, especialmente cuando afectan a las viudas.