

Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español. La sucesión *mortis causa* a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho civil aragonés

SUMARIO: I. *Oportunidad de la investigación histórica de las uniones no matrimoniales.*—II. *La Hispania primitiva: el concubinato en sus distintos derechos. El derecho ateniense.*—III. *El concubinato en Derecho Romano.*—IV. *Legislación visigoda: a) Fragmenta gaudenziana. b) Breviario de Alarico. c) Codex Revisus de Leovigildo. d) Liber iudiciorum.*—V. *Derecho musulmán y la interpretación talmúdica en España (Sefarad).*—VII. *La barragania en los fueros medievales.*—VIII. *La barragania en las Siete Partidas.*—IX. *Disposiciones posteriores a las Siete Partidas.*—X. *El Derecho canónico.*—XI. *El concubinato en la Edad Moderna española.*

PARTE PRIMERA

I. OPORTUNIDAD DE LA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES

Los juristas especialistas en Derecho de familia, los restantes juristas e incluso los ciudadanos y ciudadanas todos, han visto en pocos meses que ha sido objeto de drástica revisión gran parte del articulado del Código Civil relativo al matrimonio y al Derecho de familia. Las Leyes 11 y 30/1981, y la hoy aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, de Reforma de la Tutela, crean un conjunto de problemas de asentamiento, interpretación y decantación de los nuevos preceptos que contienen en el total ordenamiento jurídico, a los que tienen que hacer frente todos los implicados en el proceso.

Pero no termina aquí toda la problemática del Derecho de familia.

Hay más cosas en el cielo y en la tierra de lo publicado en el *Boletín Oficial del Estado* y que, no obstante, exigen un lugar en el sol del nuevo Derecho de familia que se va perfilando. Me refiero a la regulación de las relaciones que suscita la existencia de parejas no casadas, problema que los juristas, legisladores y ciudadanos no pueden esquivar, y que será tanto más acuciante cuanto más se demore su estudio y encuadramiento en el total ordenamiento jurídico.

En el mundo occidental, tales problemas han sido y siguen siendo objeto de análisis multidisciplinario por diversos medios jurídicos internacionales. La vigesimoséptima reunión de juristas de los países del Norte de Europa, celebrada en Reykiavik en 1975, trató de problemas de la llamada «Den papirløsen famile», «la familia sin papeles» o unión libre.

En 1976, en Pontremoli (Italia), se celebró un Congreso internacional con el orden del día: «La famiglia di fatto». En Upsala, en 1979, tuvo lugar otro Congreso jurídico bajo la rúbrica: «Family living in a changing society», en que se abordaron también los problemas planteados por las uniones no matrimoniales o libres. Finalmente, en Messina, los días 8 a 10 de julio de 1981, y convocado por el Consejo de Europa, se ha celebrado el XI Coloquio sobre Derecho europeo, con un único orden del día: «Los problemas jurídicos planteados por las parejas no casadas».

Siguiendo la línea de interés demostrado por la convocatoria del Coloquio de Messina, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica del Consejo de Europa, a fines de 1981 ha propuesto al Comité de Ministros de dicho Consejo conceda ampliación de mandato al Comité de expertos de Derecho de familia, a él subordinado, sobre el siguiente punto: «Estudiar los problemas de Derecho privado planteados por las parejas no casadas y, eventualmente, elaborar un instrumento apropiado» (1) (1 bis) (1 ter).

(1) Los puntos a incluir en dicho orden del día son: «responsabilidad de los padres y guarda de los hijos; obligación de alimentos; división del patrimonio durante el período de vigencia de la unión libre; derechos relativos a la vivienda; sucesión; reparación de los daños causados por un tercero al otro miembro de la pareja, y relación entre los miembros de la pareja y los terceros, especialmente en materia contractual».

(1 bis) El Comité de Ministros ha aceptado la propuesta del Comité de Cooperación jurídica, y en el orden del día del Comité de expertos de Derecho de Familia, para los años 1983-1985, figura el siguiente punto: «Estudios de los problemas de Derecho Privado planteados por las parejas no casadas, y eventualmente, elaboración de un instrumento apropiado».

(1 ter) El Contro Internacional de Estudios Jurídicos de Derecho Comparado, anejo al Instituto Universitario Internacional de Luxemburgo, ha celebrado una sesión los días 19 al 30 de julio de 1982 bajo el siguiente orden del día: «La familia de hecho». Ha dirigido los trabajos Mme. N. VERHEYDEN JEANMARTA, Profesora en la Universidad Católica de Lovaina. Las ponencias casi han copiado el orden del día

El problema ha sido objeto de trabajos legislativos en algunos países, especialmente del Norte de Europa. La institución parlamentaria común a los países nórdicos, el Consejo Nórdico, ha evocado, en el curso de varias de sus sesiones, los problemas de las parejas no casadas y ha concluido que estos problemas constituían un ámbito natural de la cooperación nórdica, que debía ser incluida en las deliberaciones comunes emprendidas actualmente respecto de la reforma del Derecho de familia. Los delegados de diversas comisiones jurídicas nórdicas, dependientes de dicho Consejo, se han reunido catorce veces hasta principios de 1981. Después de varias recientes reuniones, las parejas no casadas constituyen un tema importante de su orden del día (2).

Asimismo, a lo largo de la década de los años setenta, las comisiones de Derecho de familia estatales de todos los países nórdicos —singularmente, Suecia, Noruega y Dinamarca— han elaborado activamente nuevas leyes y han incluido en sus programas de trabajo los problemas de las parejas no casadas.

España es miembro de pleno derecho del Consejo de Europa, y tiene un compromiso político de armonizar su Derecho con el de los demás países miembros. Su Constitución la define como un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, el pluralismo —art. 1—, que reconoce el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes —art. 10, 1—, y garantiza la libertad ideológica y religiosa de las personas —art. 16, 1—. Todos estos principios crean un ámbito de lo jurídicamente lícito, inmune a la indocctrinación religiosa o condenación por alguna religión, del hecho de la unión libre (2 bis).

Hay plena conciencia en los autores extranjeros que han estudiado hasta la fecha el fenómeno, que la tradicional hostilidad de los ordenamientos jurídicos para con la regulación jurídica de la unión libre se debe a factores histórico-religiosos hoy superados: la condena del concubinato por el Concilio de Trento y su prohibición paralela en algunas iglesias protestantes. Tal condena, laicizada, fue acogida por los ordenamientos seculares, antes y después de la promulgación de los Códigos Civiles

del undécimo Coloquio de Messina sobre la materia. M. L. ROUSSEL, experto en demografía por Francia, ha participado en el Coloquio de Messina y en la sesión del Centro.

(2) SVEN DANIELSEN: *Les couples non mariés et leurs enfants. La législation scandinave en cours d'elaboration*. «Repport» presentado a dicho Coloquio de Messina, pág. 8.

(2 bis) Sobre los aspectos constitucionales de la unión libre en nuestro actual Derecho, véase mi artículo «La Constitución española de 1978 y la unión libre», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, de 1982, págs. 89 a 138. Hay separata.

europesos a lo largo de los siglos xix y xx. Dichos autores citan, apoyando su postura favorable a la regulación jurídica del fenómeno, los ciertamente escasos precedentes de la regulación de las uniones no matrimoniales en los Derechos europeos medievales.

Por el contrario, España tuvo un conjunto importante de regulaciones jurídicas de dichas uniones no matrimoniales, en la línea de los más modernos Derechos de la actualidad. La posición digna de la mujer en la llamada «barraganía», los contratos de amistad y compañía que se pactaban en la España medieval entre personas solteras y la equiparación personal y patrimonial de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, cuando éstos hubieran sido concebidos en una relación estable y notoria, semejante a la del marido con «la mujer de bendición» o «velada», son precedentes importantes para las modernas preocupaciones de los autores y legisladores extranjeros y creo que nacionales.

Curiosamente, algunos eruditos germanistas —vg. FICKER (3)— han descubierto ya hace ochenta años el íntimo parentesco de la barraganía española medieval con regulaciones semejantes del primitivo Derecho germánico oriental, singularmente el danés. España y el norte de Europa se pueden dar la mano en 1983, a través de su más remoto y venerable pasado histórico, en la común preocupación por las parejas no casadas. JOAN REGLÀ ha dicho (3 bis): «A través del presente —de 'cada presente'—, la historia enlaza, pues, el 'pasado' y el 'futuro': acude el pasado en función de las preocupaciones del presente, las cuales, a su vez, se encaminan hacia la configuración del futuro».

Aproximándonos sin prejuicios ni falsos juicios morales —para lo que hay que conocer *toda* la historia, no sólo la historia que hasta ahora nos han narrado— al hecho actual de las uniones no matrimoniales, extraeremos enseñanzas para una adecuada comprensión del presente y, sobre todo, una regulación más justa del hecho en el porvenir. Creo que hasta llegar a esta regulación, el estudio de la historia del Derecho español será una pedagogía para la libertad.

II. LA HISPANIA PRIMITIVA: EL CONCUBINATO EN SUS DISTINTOS DERECHOS. EL DERECHO ATENIENSE

Conocemos muy fragmentariamente la regulación jurídica de la familia del mundo ibérico anterior a la conquista romana. Creo que se puede conjeturar que en todos los Derechos vigentes en la Península

(3) Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego-islandico, traducido por JOSÉ ROVIRA ARMENGOL, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, 1928.

(3 bis) *Introducción a la Historia*, Ediciones Teide, Barcelona, 1970, pág. 14.

—el fenicio y el púnico, probablemente idénticos; el celta; el ibero, y el griego— existiría reconocida alguna forma de unión no matrimonial con esclavas, al lado del matrimonio monógamo, pues la prohibición de aquellas uniones es una exigencia del Derecho canónico medieval. No parece que hubiera obstáculos —no los hubo eficaces en Roma— para la práctica simultánea del matrimonio y del concubinato (3 ter).

Los atenienses conocían el concubinato —παλακία— como unión legal de inferior rango que el matrimonio. Aunque algunos autores afirman que el ciudadano podía simultanear esta unión con la matrimonial, otros entienden que las leyes y, sobre todo, las costumbres helénicas lo prohibían. El nacimiento de unión concubinaria no concede a los hijos la ciudadanía ateniense, aunque los padres fueran ciudadanos: se equiparaba la condición de aquéllos a la de los nacidos de una extranjera, y no podían ser inscritos en el registro de los ciudadanos. Posteriormente a la edad clásica, parece que se admitió una mayor tolerancia al respecto. Los hijos de concubina —γέθοι—podían mejorar su condición mediante la adopción, lo que surtía el efecto de la legitimación, pero tal adopción debía ser consentida por los parientes de la fratría, y en todo caso sólo concedía derecho a una parte de la herencia paterna (4).

III. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO

«El *concubinatus* clásico es una unión autorizada, aunque ilegítima, de varón y mujer, siendo esta última definida como *femina quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, femina pro uxore*, una mujer soltera que vive con alguien como si fuera casada... Tener concubina no es contrario a la moral romana... Para la mujer tampoco es un estigma deshonoroso ser concubina. Se daba ya en la época republicana el concubinato con mujeres libres y esclavas, pero se hizo más frecuente durante el Principado. Contra lo que Augusto pretendía, se recurrió al concubinato en los casos en que el matrimonio estaba legalmente prohibido (vg. a los soldados).

El concubinato obtuvo reconocimiento social en el período clásico. La legislación augustea no lo permitía ni lo regulaba, y ni siquiera lo consideró digno de mención. No se desarrolló como una especie de

(3 ter) Aunque no es desconocido el Derecho de Familia de las colonias focenses en el Mediterráneo español —Emporion, Denia, Sagunto—, al menos haré referencia al Derecho ateniense en esta materia.

(4) BRUGI: «Concubinato (civile. Storia del diritto)», en *II Digesto italiano*, volumen octavo, parte primera, Turín, págs. 472-474.

matrimonio, sino que fue siempre una relación ilegítima semejante a cualquier otra» (5).

Los hijos, igual que los demás no matrimoniales, no entraban bajo la potestad ni en la familia del padre, sino que seguían la condición personal de la madre. «El concubinato era la única forma posible de unión con libertas y mujeres tachadas sin infringir los preceptos de la Lex Iulia de adulteriis de Augusto» (6).

Las donaciones entre concubinos eran válidas, aunque Caracalla prohibió las de los soldados a sus concubinas, pero no al contrario. El *concubinatus* era permitido con aquellas mujeres con las que se permitía una relación ilegítima cualquiera —con las más dignas se cometería *stuprum*— (7).

A partir de Constantino, los emperadores cristianos tienden a combatir el concubinato y procurar asimilar a los hijos nacidos de concubina a los legítimos mediante la legitimación. Se reserva a aquéllos la denominación de *liberi naturales*, diferenciándolos así de los *spurii* o vulgo *quaesiti*, habidos de cualquier otra unión, y se permite su legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, que les concedía los efectos de la sumisión a la patria potestad y el ingreso en la familia del padre. Constantino, haciéndose eco de una conocidísima —pero ineficaz— *sententia* de Paulo —*Receptae Sententiae*, II, 20—, prohíbe al hombre casado tener al propio tiempo una concubina, aunque no hace lo propio con el hombre soltero, que conserva, hasta las *Novellae* de Justiniano, la posibilidad de tener varias concubinas a la vez. El cristianismo influyó en la regulación del concubinato por la legislación bajo imperial y justiniana: «mientras a los cristianos repugnaba que las leyes permitiesen el concubinato, encuentran al mismo tiempo bárbaro y pecaminoso que los padres no tuviesen ninguna obligación respecto de los hijos naturales» (8).

En tiempo de Justiniano —o mejor dicho, después de la promulgación de las *Novellae*— el estado legal del concubinato era el siguiente: sólo era posible con mujeres libertas o ingenuas de mala reputación. El concubinato con mujeres ingenuas respetables era penado como si se tratara de un *stuprum*. Se prohíbe el concubinato poligámico. El concubinato requiere las mismas condiciones de capacidad que un matrimonio: la concubina ha de tener la pubertad legal —doce años—, y la concubina de un hombre no puede serlo del hijo de éste o de su nieto.

(5) SCHULZ: *Derecho romano clásico*, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1960, página 131.

(6) JÖRS KUNKEL: *Derecho privado romano*, Ed. Labor, S. A., Barcelona, 1937, página 401.

(7) SCHULZ: *Ob. cit.*, pág. 131.

(8) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 498.

La infidelidad de la concubina no es considerada como un *adulterium*. La liberta concubina no puede abandonar a su patrono sin consentimiento de éste, so pena de no poder contraer matrimonio o nueva unión concubinaria con un tercero. Los hijos de la concubina pueden ser legitimados no sólo por *subsequens matrimonium*, sino por *rescriptum principis*. El hijo natural puede reclamar alimentos a su padre, con tal que el concubinato tenga los requisitos que la ley establece. Asimismo, se plantea el problema de los derechos sucesorios de la concubina y de los *liberi naturales*:

a) Sucesión testamentaria y donaciones: Si el que tiene concubina tiene uno o varios ascendientes o descendientes legítimos, no puede dejar a los *liberi naturales* y a la concubina sino 1/12 de su herencia, que se dividen los hijos y la concubina. Si no hay hijos y sólo la concubina, sólo puede dejarle a ésta 1/24. En las *Novellae* parece que tal limitación sólo procede cuando existen descendientes legítimos.

Si el que tiene concubina no tiene madre ni prole legítima, puede, según el Código de Justiniano, instituir heredero a la concubina y a los *liberi naturales* en 6/12 de la herencia. Según las *Novellae*, en defecto de ascendientes y descendientes legítimos puede dejarles la integridad de la herencia. El argumento de Justiniano para conceder estos derechos consiste en que no se puede prohibir suceder a los naturales cuando se permite suceder en cierta proporción a extraños a la familia: la base de tal concesión se halla en ideas cristianas, que tendían a abolir el concubinato, pero no a desconocer la prole nacida de él (9).

b) Aunque el Código no concede derechos *ab intestato* a los *liberi naturales* y a la concubina, la *Novellae* 18, cx. 5, innova esta materia.

Cuando faltan legítimos descendientes y *uxor*, los *liberi naturales*, cualquiera que sea su número, reciben 1/16 de la herencia, que dividen con su madre, la concubina, que «recibe una porción de hijo».

Existiendo descendientes legítimos, los naturales no tienen derecho de sucesión intestada sobre los bienes paternos, pero deben ser alimentados de los bienes hereditarios, aun cuando viva la esposa legítima. En la misma proporción y en los mismos casos, los progenitores naturales tienen derecho a suceder *ab intestato* a los hijos naturales y a demandarles alimentos.

Para reconocer tales derechos a los *liberi naturales*, Justiniano exigió ciertos requisitos a la unión: la concubina debía ser una mujer libre; debía ser posible el matrimonio entre concubino y concubina; ésta debía ser única, so pena de inaplicación de las reglas sobre sucesión intestada; finalmente, debía la convivencia ser *more uxorio*, debía habitar la mujer

(9) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 499.

en la casa del hombre. Este requisito hacía cierta, indubitada, la paternidad (10).

IV. LEGISLACIÓN VISIGODA

a) *Fragmenta gaudenziana*

Dice GACTO FERNÁNDEZ (11) que «un supuesto legal de concubinato forzoso se mantiene en la época visigoda y viene determinado por la incapacidad de los siervos para contraer matrimonio, dada su falta de personalidad jurídica. Las uniones entre siervos, o entre libre y siervo, serían en todo caso concubinato para la ley visigoda, aunque en el fuero interno pudiera tratarse de verdaderos matrimonios. Así cabe interpretar el capítulo 8 de los *Fragmentos gaudenzianos*, en donde, al regular la condición jurídica de los hijos naturales, se les supone nacidos de mujer sierva. En efecto, la relación con cualquier otra mujer con la que se conviviera establemente, sería considerada matrimonio o, al menos, el Derecho no la presumiría concubinato, aunque la condición social fuera distinta».

b) *Breviario de Alarico*

Aun cuando este cuerpo legal, promulgado por Alarico para la Galia visigoda, fue poco usado en Hispania (12), contiene una regulación del concubinato a la romana.

La *interpretatio* del repetido fragmento de Paulo, hoy recogido en *Receptae Sententiae*, 2, 20: «eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest», afirma que el que tiene mujer no puede tener concubina, para que el amor de la concubina no le separe de la mujer. Se regula la sucesión de los hijos de la concubina con las normas del Código teodosiano. La concubina, necesariamente, tiene que ser ingenua. La *interpreatatio* permite asignar a los hijos de la concubina, ingenua o liberta, una «onza» —12— de su haber hereditario. Si faltan otros herederos, la concubina y sus hijos tendrán derecho a tres «onzas» —3/12— (13).

(10) BRUGI: *Ob. cit.*, págs. 499-500.

(11) «La filiación no legítima en el Derecho histórico español», *Anales de la Universidad hispalense*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1969, pág. 18.

(12) LALINDE ABADÍA: *Introducción histórica al Derecho español*, Ediciones Ariel, Esplugues del Llobregat, 1970, pág. 58.

(13) BRUGI: *Ob. cit.*, págs. 503-504.

c) *Codex revissus de Leovigildo*

Este cuerpo legal suprime la prohibición de los matrimonios mixtos entre visigodos e hispanorromanos. Sin embargo, el hecho de tal prohibición no significó que las uniones contraídas entre unos y otros, mientras estuvo vigente, fueran extramatrimoniales, pues parece que la prohibición no fue acatada por la población. No obstante, GACTO FERNÁNDEZ (14) entiende que aun siendo posible el matrimonio entre personas de desigual clase social y condición, «la opinión pública, aun desaparecidos los impedimentos legales, tomaría en consideración, ahora como antes, la desigualdad social entre las partes como indicio seguro de la constitución de un concubinato».

d) *Liber iudiciorum*

No regula el concubinato, sino se limita a prohibir la relación sexual entre la concubina del padre o de los hermanos, y de los hijos de aquél o de los colaterales de éstos. Pero como en esta época se impone la prohibición del matrimonio entre judíos y cristianos, se plantea el problema de si son matrimonios o sólo uniones extramatrimoniales, y cuáles sean sus efectos (15).

V. DERECHO MUSULMÁN Y OTROS DERECHOS VIGENTES EN AL ANDALUS

La conquista de gran parte de Hispania por los musulmanes dio lugar a que rigieran tres ordenamientos jurídicos en su territorio: el musulmán, para los musulmanes conquistadores o conversos al Islam —muladíes—; el *Liber iudiciorum*, para los cristianos hispanorromanos —«dimmies» o tributarios, «mozárabes»—, que conservaban su autonomía jurídica, y el Derecho mosaico —talmúdico, para los judíos de Sefarad, también «dimmies» o tributarios, como los anteriores.

El Derecho musulmán incide de dos modos en la regulación del concubinato. Por una parte, en la medida en que las fuentes jurídicas mu-

(14) *Ob. cit.*, pág. 17.

(15) «Alarico abolió la mayor parte de las leyes romanas relativas a los judíos, pero mantuvo la prohibición de matrimonios entre romanos y judíos, que también la ley judía prohibía y que ya el Concilio de Elvira había condenado a principios del siglo iv. Pero en el siglo vii aún había casos de matrimonios entre ellos y todavía eran considerados como un problema. El Concilio IV de Toledo trata de este asunto.» E. A. THOMPSON: *Los godos en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1971, págs. 68 y 395.

sulmanas regulan el concubinato religioso entre los creyentes. El varón musulmán puede contraer el matrimonio con cuatro mujeres libres, pero no le está limitado el número de las concubinas, que, necesariamente, sólo pueden ser esclavas. Sin embargo, el concubinato atribuye a los hijos habidos de la unión la condición de legítimos, como si hubieren nacido de un matrimonio con mujer libre. No existen hijos naturales, ni la institución de la legitimación o el reconocimiento forzoso de la paternidad «natural». El hijo nacido del concubinato puede investigar su filiación respecto de su padre, y en tal caso, no sólo accede a la condición de legítimo, sino constituye a su madre —concubina del padre— en una posición privilegiada: ella no podrá ser vendida, y a la muerte de su dueño será manumitida (16).

Según el rito malekita, de evidente implantación en Al Andalus y luego en Castilla durante toda la vigencia del Derecho musulmán en la Península, cabe pactar en los contratos matrimoniales que el marido se comprometa a no tomar concubina (17).

Resulta sumamente importante resaltar que el varón musulmán sólo puede estar unido en matrimonio con mujer o mujeres libres o tomar concubina o concubinas entre las esclavas: le está formalmente prohibido todo otro tipo de unión fuera de estas dos instituciones (18).

Por otra parte, los varones hispanorromanos-visigodos, ahora llamados mozárabes, no pueden contraer matrimonio con las mujeres musulmanas, aun cuando los varones musulmanes sí pueden hacerlo con las mujeres mozárabes o cristianas (19). No parece que hubiera limitación alguna para el concubinato de musulmán con cristiana o de cristiana con cristiano, salvo, para estos últimos, las prohibiciones canónicas, poco eficaces. Las graves prohibiciones que recaían en las uniones de cristiano con musulmana permiten afirmar que las mismas no se dieron en número significativo. No hay que decir que el Derecho musulmán primaba sobre el Derecho visigodo para la regulación y efectos de la unión entre musulmán y cristiana.

VI. EL DERECHO MOSAICO Y LA INTERPRETACIÓN TALMÚDICA EN ESPAÑA (SEFARAD) (20)

Los judíos españoles, como luego demostraré, durante casi un milenio utilizaron su propio Derecho contenido en la Ley, o Torah —el Pen-

(16) RAYMOND CHARLES: *Le Droit musulman*, Colección Que sais je?, P.U.F., París, 1979, págs. 56-58.

(17) Id., *id.*, pág. 49.

(18) Id., *id.*, pág. 51.

(19) LALINDE ABADÍA: *Ob. cit.*, págs. 75-76.

(20) BRUGI: *Ob. cit.*, págs. 469-472.

tateuco cristiano—, y en la interpretación de la misma, el *Talmud*, redactado entre los siglos II al VI de nuestra era en Babilonia.

El concubinato coexiste con el matrimonio en la Ley mosaica, que admite, además, la poligamia —cuatro mujeres—, regla luego adoptada también por el *Corán*. En ocasiones, el concubinato es facilitado por la propia mujer estéril con el fin de adoptar el hijo de la concubina: así, Agar con Abraham, y Billa y Zilpa con Jacob. El concubinato es una relación entre un amo y una esclava, y no varía en un ápice la relación de esclavitud. El amo puede despachar a la esclava, sea o no concubina. Moisés prohibió que «el año sabático» se aplicara a la concubina esclava vendida por su padre —hubiera recobrado su libertad contra su voluntad—, y si el amo pretende despacharla, debe facilitar que alguno la quiera adquirir y manumitir, estando prohibido venderla a un extranjero. Los hijos nacidos de concubina pueden recibir donaciones. Si la concubina es libre y pertenece a la nación hebrea, el *Talmud* enseña que los hijos legítimos no excluyen a los naturales de la herencia. En otro caso, el hijo sigue la condición de la madre y no puede ser heredero del padre, aun en defecto de otros herederos. Parece que en el Derecho mosaico antiguo, los hijos de esclava concubina no podían participar en la herencia paterna, al seguir la condición de la madre. Porque los hijos de una esclava se adscribían o correspondían al ama de ésta. El Derecho talmúdico se plantea el problema de si pueden ser hechas donaciones *mortis causa* a un hijo de concubina, y parece negarlo cuando la concubina fuera esclava —pues en tal caso, el hijo no podía suceder *mortis causa*.

Moisés prescribió que la concubina asignada a un hijo por su padre debía ser mantenida en casa de aquél como una hija, y aun cuando el hijo contrajera luego matrimonio, no por ello debía resolverse el concubinato, ni siquiera en el punto del débito conyugal. El hijo podía despacharla, pero la esclava debía ser puesta en libertad gratuitamente, sin deber ser rescatada con precio.

El *Talmud*, por influencia del Derecho romano y bizantino, introdujo la dote y la *donatio propter nuptias*. Por analogía con el Derecho vulgar romano, de que da cuenta PLAUTO, que tendía a considerar concubinato la unión entre hombre y mujer en que ésta no aportaba dote, los talmudistas entendían que si el prometido esposo no hacía donación a la esposa de la *chevudâ*, 100 ó 200 zuzim, según fuera viuda o virgen, no existía matrimonio, sino concubinato. Cuando falta la constitución de esta *donatio propter nuptias* —verdadera *dos maritalis*, típica del Derecho germánico— o la cantidad de la misma es inferior a la establecida por la ley, aunque sea por voluntad de la mujer, la unión no sería un

matrimonio, sino una unión ilícita, la *fornicatio*. Por ello parece que en tal caso los talmudistas niegan cualquier derecho a la concubina, incluso los alimentos. La *chevudâ* tenía como fin evitar la mendicidad de la mujer cuando quedara viuda o fuera repudiada.

¿Tuvo vigencia este Derecho hebreo en España? La persecución antisemita desencadenada por los reyes visigodos movió a los hebreos de Toledo, en 654, a formular un *placitum* de renuncia a su ley, usos y costumbres. *Placitum*, evidentemente, otorgado bajo la coacción del rey Recesvinto. Pero es evidente que la ruina del reino visigodo abrogó esta ley, y los judíos, como los mozárabes, fueron ahora protegidos —«dimmies»— por los musulmanes (21). «Libre y favorecida, / la comunidad judía / se vinculó estrechamente a Babilonia, donde bajo la protección de los persas florecían las escuelas de la ley... Desde el siglo III después de Cristo fue redactándose la *Misnah*, y luego la *Genara* —el complemento, las *Novellae*—: comentarios de la ley. *Misnah* y *Genara* formaron el *Talmud Torah* —estudio de la ley—, del que existieron dos versiones, la palestina y la babilónica, más extensa, profunda y magistral ésta, que según todas las presunciones fue utilizada en las comunidades judías de los territorios hispánicos» (22). MOSSEH, rabino de procedencia oriental, muerto en 965, restauró en Córdoba la escuela talmúdica. En los reinos de Taifas alcanzaron los estudios del *Talmud* notorio incremento. En esta época destacó por su independencia y doctrina la aljama de Lucena. Los rabinos, en su doble condición de jueces y maestros, mantuvieron la pureza de la ley. Las respuestas de RABÍ ACHER, de origen alemán, en Toledo, fueron coleccionadas por sus discípulos, en el primer tercio del siglo XIV, bajo la dependencia de los reyes castellanos de la época. Le sucedió su hijo YAHACOB, quien elaboró una nueva redacción del *Talmud*, a cuyo fin consultó con sabios alemanes, franceses y españoles, y hacia 1340 publicó el libro llamado *Tur u «órdenes»*, en el que prescindió de cuanto había caído en desuso (23).

La persecución de los judíos a fines del siglo XIV motivó el bautismo —más o menos forzado— de gran parte de ellos, que fueron llamados conversos: en el lenguaje despectivo del pueblo cristiano, «marranos». En 1492, el edicto de expulsión de los judíos que no se convirtiesen al cristianismo, terminó con la aplicación de la ley de Moisés en España.

(21) GIBERT: *Historia general del Derecho español*, Copigraf, S. L.; Madrid, 1973, pág. 169.

(22) Id., íd., pág. 170.

(23) Id., íd., pág. 173.

VII. LA BARRAGANÍA DE LOS FUEROS MEDIEVALES (24)

Hallamos en los fueros medievales y en el léxico jurídico y literario patrio, entre los siglos XI al XVI, referencia a la institución jurídica de la «barraganía» o «barraganería». No es una situación de mero hecho, como en otras partes de Europa, sino produce muy precisos y perfilados efectos jurídicos.

MARTÍNEZ MARINA (25) afirma que: «Según su fuero y costumbre antigua de España, podemos distinguir tres clases de enlace de varón y mujer autorizadas o toleradas por la ley»... Y después de enumerar el matrimonio, «celebrado con todas las solemnidades del Derecho y consagrado por la religión», matrimonio *in facie ecclesiae*, que constituía a la mujer en «mujer de bendición» o «velada», y el matrimonio, «a yuras» (26), define la barraganía:

«La barraganía no era un enlace vago, indeterminado o arbitrario; se fundaba en un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y fidelidad, según se expresa en esta ley del Fuero de Zamora: 'Home que hobier fillo o filla de barragana, se los per lengua non heredar, non sean heredados, en os tragan a derecho. Et se fur barragana que coma con él a una escudilla e a una mesa, e casa contovier con ella, e non habier mulier a bendición, los fillos sean here-

(24) MOUTON OCAMPO: *Enciclopedia jurídica española* Seix, Barcelona, voz *Barraganía*, pág. 165, afirma que según manifiesta EGUILAZ en su *Glosario* procede del árabe Báleg, que significa mozo soltero, adulto, teniendo en cuenta que las barraganas eran solteras y púberes; otros autores, siguiendo los precedentes romanos, derivan la voz barraganía del latín bargania, cuya traducción literal es convenio; considerando, por consiguiente, la institución un simple contrato. Alfonso X dedujo la acepción etimológica de la palabra de otras dos: barra, que es de arábigo, que quiere tanto decir como fuera, y gana, que es de latín, que significa ganancia.

(25) *Ensayo histórico crítico sobre la legislación de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio*, por el doctor don FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, canónigo que fue de la Real Iglesia de San Isidro, de Madrid, y de la Santa Iglesia de Lérida, 2.^a ed., tomo I, Madrid, 1834, pág. 262.

(26) MARTÍNEZ MARINA afirma que «consta del Fuero de Cáceres que el matrimonio a yuras era un contrato juramentado que inducía perpetuidad y las mismas obligaciones que el matrimonio solemne. Todo home que su mulier de bendiciones o de yuras lexare o ella a él, vaya al obispo o a quien tuviere sus veces, et el obispo mande a los alcaldes que lo aprieten que torne el varón a la mugier y la mugier al marido» (*ob. cit.*, pág. 262, nota 1).

LALINDE ABADÍA —*ob. cit.*, pág. 601— estima que «aunque igualmente válido, pero de menor condición social y obedeciendo a la falta de consentimiento, es el celebrado sin solemnidad ante un clérigo —'a yuras', 'a yuras'—. Las Partidas consideran clandestinos —ascondidos—: a) los celebrados sin testigos; b) sin previa petición, arras y otros honores, y c) sin hacerlo saber públicamente —'concejeraamente'— en la iglesia donde son parroquianos. Las leyes de Toro persiguen estos matrimonios que concluye por anular el Decreto Tametsi».

dados e en cuanto ganaren en todo hayan su metade'...» (27). Fuero éste que concede los máximos derechos a la barragana y que quizá sirviera de modelo a un contrato de barraganía, la llamada «carta de Avila» — fechada en 1361—, llamada «carta de mancebía e compañería», en que el hombre recibe a la mujer «por manceba e compañera a pan e mesa e cuchiello por todos los días que... visquíeredes». «No hay nada que podamos interpretar como índice de sometimiento de la mujer. Por el contrario, ésta recibe una serie de rentas que le garantizan su independencia económica incluso después de la muerte del hombre y un trato respetuoso, reflejado en la afirmación de que comerá con él en la misma mesa» (28).

En el Fuero de Plasencia, «la barragana, si probada fuere fiel a su sennor, e buena, herede la meatad que amos en uno ganaren en muebles e en raiz» (29).

«La generalidad con que los fueros hablan de las barraganas, así de los clérigos como de los legos, y aun de los casados, y sus disposiciones políticas y leyes civiles acerca de la conservación, subsistencia y derechos de hijos y madres, prueban cuán universal era la costumbre, y si bien por algunos fueros estaba prohibido a los legítimamente casados tener barraganas en público, esta prohibición no se extendía a las de los solteros, a los cuales no era indecente ni indecoroso contraer y conservar descubiertamente semejante género de amistades... Los fueros consideraban las barraganas de los legos como unas mujeres de segundo orden, y las otorgaban casi los mismos favores que a las legítimas» (30).

Según DE HINOJOSA, la primera mención de la palabra barragana se halla en un documento de principios del siglo xi (31).

Para GACTO FERNÁNDEZ (32), «solían acogerse a esta unión las clases inferiores de la sociedad, poco inclinadas al matrimonio, precisamente por su rigidez, y también los hombres de alguna calidad que deseaban convivir con una mujer de inferior condición social, el matrimonio con la cual hubiera sido objeto de la repulsa de sus iguales».

Según MOUTON OCAMPO (33), «la barraganía de los clérigos ofrece importancia extraordinaria por la extensión que adquirió entre la clase sacerdotal en sus primeros y últimos grados durante la Edad Media principalmente, sin que logran reducir la severidad de las penas que las

(27) MARTÍNEZ MARINA: *Ob. cit.*, págs. 262-263.

(28) GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, pág. 263.

(29) MARTÍNEZ MARINA: *Ob. cit.*, pág. 263.

(30) *Id.*, *íd.*, págs. 263-264.

(31) *Obras*, tomo I: «Estudios de investigación», con estudio de ALFONSO GARCÍA GALLO sobre «Hinojosa y su obra», Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1498, pág. 211, nota 37.

(32) «El divorcio en España. Evolución histórica», en *Historia* 16, julio de 1978, pág. 33.

(33) *Ob. cit.*, pág. 167.

leyes impusieron a los mismos por quebrantar uno de los votos de su sagrado ministerio». No cabe duda que tales penas fueron solamente dictadas a partir del siglo XIII, y tuvieron escasa efectividad práctica hasta el final de la institución en el siglo XVI.

Afirma GACTO FERNÁNDEZ (34) que «parece que se dieron dos clases de barraganía: una, contraída en términos de especial dignidad para la mujer, que de hecho no se diferenciaba de la esposa legítima, en cuanto participaba de todas las facultades que se le reconocían a ésta, y la ya conocida de orden inferior, en que la barragana apenas se diferenciaría de los criados y siervos. Los límites de la primera de estas figuras y el matrimonio clandestino serían tan confusos que para diferenciarlos habría que acudir a la declaración expresa, como se hace en la carta de Avila, porque el contenido de ambas relaciones es exactamente idéntico. Determinar en cada caso cuándo se trataba de una u otra sería una cuestión de prueba...; el documento cumple aquí la función que para situaciones similares exige expresamente el Fuero General de Navarra, cuando establece la necesidad de un juramento de las partes que destruya la sospecha de matrimonio que pudiera levantarse en torno a la convivencia».

SÁNCHEZ ROMÁN (35) afirma que «además de las dos uniones citadas —el matrimonio solemne y el matrimonio a yuras—, las ilegítimas de carácter permanente, o sea, el concubinato, que los fueros llamaban barraganía, estaban sancionados por la ley, produciendo un estado civil que si inferior al de los matrimonios solemnes y a yuras, no dejaba de originar derechos importantes, tanto para la barragana como para la prole. El fondo jurídico de la barraganía era un convenio de afecto y compañía para toda la vida de los contrayentes y bajo la ficción de ser como casados; siendo de notar que los fueros permitían sin distinción a todos los solteros, legos o clérigos, y aun en ciertas localidades también a los casados, que tuviesen barragana, la cual había de reunir las condiciones negativas de no ser casada, ni religiosa, ni pariente, ni robada, esto es, las mismas que si fuera a tomarse por mujer de bendición o a yuras. Era la concubina una mujer inferior en categoría a estas dos, pero casi gozaba de iguales derechos, existiendo fueros, como el de Plasencia y Zamora, que le concedían la mitad de los gananciales. La prole procedente de esta clase de uniones era considerada como de la familia y acreditaba respecto del padre una reciprocidad de derechos y deberes igual a los reconocidos en la legítima, en defecto de ésta; pero concurren-

(34) «La filiación...», cit., págs. 30-31.

(35) *Estudios de Derecho Civil... e historia general de la legislación española*, tomo I: «Introducción, Historia general de la legislación española», Madrid, 1899, página 228.

do con ella, era postergada, limitándose sus derechos a los señalados para los hijos ilegítimos».

MARTÍNEZ MARINA (36), tras hacer un parangón entre la prostitución y la barraganía, y lanzar sus invectivas contra la primera, afirma sin embarazo alguno: «a favor de la barraganía, según uso y costumbre antigua de España, está la unidad, la sanidad, la fecundidad; filiación conocida y segura educación de los hijos» (37).

Comparando la suerte de los «fijos de ganancia» o «de barragana» españoles, con los «hijos de perra» o «bastardos» franceses medievales, la situación no puede ser más favorable a los españoles. Ello ha causado cierta admiración a los investigadores extranjeros, que no en balde han estudiado, desde que lo hizo el germanista FICKER, la condición de los hijos de barragana. Otros han resaltado la regulación de la barraganía en las *Partidas* como un caso sin precedente en la Europa de su tiempo (37 bis).

(36) *Ob. cit.*, págs. 268-269.

(37) En la *ob. cit.*, pág. 263, MARTÍNEZ MARINA da las razones de la regulación de la barraganía: «Los legisladores dejaron de castigar el desorden por precaver mayores males, y toleraron esta licencia consultando al bien público y teniendo presentes las ventajas de la población, y esto fue lo que movió a Don Alfonso VII a publicar la siguiente ley en fuero de Oreja: Si quis cum qualibet muliere non juncta, excepto conjugata, vel sanguinis sui proxima, vel per violentiam rapta, fugerit ad Aureliam ut ibi unus ex populatioribus fiat: sit securus: et qui dominus Aureliae fuerit illum recipere non timeat».

(37 bis) No es de extrañar la admiración de los extranjeros ante el caso insólito de la regulación, humana y equitativa, de la barraganía en los fueros medievales españoles y en las Siete Partidas de Castilla-León. MARY MARTIN MAC LAUGHLIN —«Supervivientes y sustitutos: hijos y padres del siglo IX al siglo XIII», en *Historia de la infancia*, de LLOY DE MAUSE y otros, Alianza Editorial, S. A.; Madrid, 1982, páginas 160-163— afirma que «dada la inestabilidad del matrimonio, especialmente en la sociedad de los primeros siglos medievales, y la desenfrenada sexualidad de muchos de sus miembros, el número de hijos ilegítimos era ciertamente muy elevado. Entre los pertenecientes a la nobleza cuyas familias se dice que 'estaban llenas de bastardos', el estigma de la ilegitimidad quizá no se juzgara muy grave, aunque constituía un serio obstáculo para heredar, en una sociedad en que ésta era una consideración primordial, y para tomar las órdenes eclesiásticas. Pero también en este caso recaía en los pobres la carga más pesada, no sólo de la vergüenza, sino también del mantenimiento, y concretamente recaía en las mujeres explotadas, la mayoría de las cuales no podían subvenir a las necesidades de sus hijos. En la perspectiva religiosa el nexo entre infanticidio y sexualidad ilícita está claro... Fue también en este período, desde fines del siglo XI en adelante, cuando los dos grupos de víctimas, hijos y madres, empezaron a atraer la atención de las influyentes figuras que desplegaron mayor actividad en los movimientos reformistas y religiosos de la época... Los primeros hospicios aparecieron en las florecientes ciudades italianas... Más trascendental por sus efectos fue la labor de... la Orden del Espíritu Santo, fundada en 1160, uno de cuyos fines era el cuidado de los expósitos y de los huérfanos... La Orden obtuvo el patrocinio de Inocencio III, que, consternado al ver 'incontables' cadáveres de niños flotando en el Tíber (!!)...», ordenó establecer los hospicios de Santo Spirito y Santa Maria in Saxia...». Y en nota 110, en pág. 161, la misma autora entre otras cosas dice: «... A partir del siglo XI la condición de hijo ilegítimo era un impedimento para tomar las órdenes eclesiásticas y

Según GACTO FERNÁNDEZ (38), «en ocasiones, el Derecho regula la sucesión de los hijos naturales en los bienes paternos cuando existe también prole legítima y las soluciones previstas han variado a lo largo del tiempo y en función de los territorios... En Cuenca, donde se considera naturales a los hijos de barragana, éstos suceden a los padres indiferenciadamente con los legítimos, al menos hasta el año 1285, en que un privilegio de Sancho IV trata precisamente de desterrar esta práctica... Una ley muy parecida a la de Sancho IV incluyó su hijo Fernando IV en el Fuero de Plasencia...; es posible, sin embargo, que, como en Cuenca, aquí heredarían indistintamente naturales y legítimos antes de la promulgación de estas adiciones... El Fuero de Alcalá de Henares contempla un supuesto de superveniencia de hijos legítimos cuando existieran naturales reconocidos; todos heredan conjuntamente, como posiblemente sucedería también en Brihuega y en Fuentes de la Alcarria... Igualmente, en Alfambra, los hijos naturales gozan de un amplio derecho hereditario si han sido reconocidos por el padre. Un régimen similar de concurrencia de naturales y legítimos en los bienes del padre, regía en alguno de los lugares que conservaban su derecho tradicional y a los que posteriormente se concedió el Fuero Real... Otra postura que adoptan

requería la dispensa... La ilegitimidad era también *casi en todas partes* [no en España, por supuesto, agrego yo] un impedimento para heredar, aunque en muchas regiones de Europa, y con arreglo al Derecho eclesiástico, los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres quedaban legitimados en virtud del matrimonio ulterior de los mismos, siempre que pudieran casarse en la fecha en que el niño fue concebido. No era así en Inglaterra después del gran Concilio de Merton —1236—, en que la corte real se negó a reconocer estas formas de legitimación como aplicables al Derecho de sucesión en los bienes inmobiliarios». Los bastardos eran igualmente excluidos de los cargos eclesiásticos y seculares en virtud de dicho Concilio. También la *coutume* francesa de Beauvais privaba de derechos sucesorios a los hijos ilegítimos. «La situación general del hijo ilegítimo fue resumida por Berthold de Regensburg, predicador alemán del siglo XIII, haciendo notar lo vergonzoso del pecado que hacía al niño 'élos, und erbelos und rehtelos', privándole de un matrimonio honroso, de una herencia y de una situación legal, así como de los honores seculares y eclesiásticos. Según el derecho consuetudinario alemán de fines de la Edad Media, el hijo ilegítimo de padres campesinos era considerado como hijo vinculado únicamente a la madre, y no podía tener pretensión alguna respecto de la familia ni derechos de sucesión.»

«Los hospicios de Santo Spirito y Santa Maria in Saxia, en Roma, no fueron suficientes para evitar el infanticidio de los hijos legítimos y sobre todo ilegítimos.» Todavía en 1527 un sacerdote —romano— admitía que «en las letrinas resonaban los gritos de los niños echados en ellas» (!!) —LLOYD DE MAUSE: «La evolución de la infancia», en la *ob. cit.*, pág. 53—. En mi opinión, el reconocimiento de la barragana como unión honorable y provista de efectos jurídicos favorables para los «fijos de ganancia» o «de barragana» debió contribuir, como afirma MARTÍNEZ MARINA, a la crianza de tales hijos y —lógica consecuencia— evitó el abandono o infanticidio de no pocos de ellos. Lo que de ninguna manera puede decirse del resto de Europa, donde las uniones no matrimoniales fueron perseguidas desde muy pronto por la Iglesia y los poderes civiles.

(38) «La filiación...», *cit.*, págs. 179-181.

algunos ordenamientos jurídicos es la de permitir que el hijo natural concorra con los legítimos en igualdad de condiciones cuando el padre voluntariamente así lo decida... El Fuero Viejo de Castilla y el Libro de los Fueros de Castilla establecen este sistema... Un criterio análogo tuvo también vigencia en Aragón».

Nada de esto es siquiera concebible en el Derecho francés medieval, donde los bastardos son excluidos de la sucesión intestada de los padres por influencia del Derecho canónico.

La barraganía de los clérigos, pese a estar prohibida por el Fuero Juzgo, tuvo una gran importancia en el sistema de los fueros municipales... «En casi todos los fueros municipales, y con especialidad en los de Alcalá, Soria, Molina y Plasencia, no solamente se reconoce a los hijos de los clérigos la facultad de heredar a sus padres, y a éstos, la de instituir sucesores a sus descendientes tenidos con mujer barragana, sino que se habla de la barraganía de los sacerdotes con una claridad y desaprensión verdaderamente notables» (39) (40).

VIII. LA BARRAGANÍA EN LAS SIETE «PARTIDAS»

El título XIV de la *Partida* 4.^a regula cuidadosamente la barraganía, de la que supone que su etimología proviene del árabe «sin ganancia».

«Después de definir el Rey Sabio la barraganía y de sentar que los hijos nacidos de mujeres barraganas son llamados hijos de ganancia, con-signa que pueden ser recibidas por barraganas tanto la mujer liberta como la sierva, siempre que ella no sea virgen menor de doce años, ni viuda honesta y de buena reputación, 'pues para recibir por barragana, todo hombre que no tenga impedimento de orden o de casamiento, a una viuda o a otra mujer libre desde su nacimiento, hay que hacerlo ante

(39) MOUTON OCAMPO: *Ob. cit.*, pág. 167.

(40) MARTÍNEZ MARINA: *Ob. cit.*, pág. 272: «Así que podían los clérigos instituir a sus hijos por herederos en todos sus bienes, y a falta de éstos a sus parientes, y muriendo abintestato, sucedían sus hijos, y después sus parientes, guardándose siempre el orden general establecido por las leyes. Aunque pudiera citar en comprobación de este punto muchas autoridades y leyes, nos ceñiremos a dos, tanto más notables cuanto establecidas por prelados eclesiásticos de la mayor recomendación y del más alto carácter: tales son los de los fueros de Alcalá y de Villa de Fuentes». Y —*ob. cit.*, pág. 265— recuerda que en el Concilio de Valladolid de 1228, con asistencia de los prelados de Castilla y León, «se armaron los legisladores contra el común desorden e hicieron los mayores esfuerzos para exterminar el concubinato y la barraganía, particularmente del clero, que era lo que más se afeaba: fulminaron contra el delincuente y también contra sus hijos las más terribles penas, excomuniones, infamia, desheredamiento e incapacidad de aspirar a los oficios públicos». Pero reconoce que no fue eficaz tal disposición del Concilio.

hombres buenos, diciendo manifiestamente que se la recibe por tal barragana'» (41).

Se prohibió tener por barragana a mujer parienta o cuñada hasta el cuarto grado, y el tener muchas barraganas, «porque según las leyes es llamada barragana la que es una sola, y tal si quisiese el que la tiene pueda casarse con ella».

Se permitió a los adelantados tener barragana, pero no mujer legítima, en tierras de su adelantamiento, y las personas ilustres y de gran calidad no podían tener por barragana «mujeres siervas, libertas, juglarescas, taberneras, regateras, ni hijas de ellas, ni de otra clase reputada por vil». La pena era la consideración de espúreos de los hijos de tal unión y la carencia de derechos respecto del padre de los mismos (42).

«Las *Partidas* recogen el sistema romano justiniano de sucesión de los hijos naturales en la herencia paterna cuando faltan los legítimos: *ab intestato*, el hijo puede recibir una sexta parte del patrimonio total, que ha de repartirse con su madre. Se prescinde del requisito romano que hacía depender esta sucesión de la inexistencia no sólo de hermanos de matrimonio, sino también de mujer legítima del padre, exclusión que las *Partidas* explican convenientemente —*Partida* 6.^a, 13,9—. Por testamento, siempre sobre la base de la ausencia de otros hijos legítimos, el padre puede instituir al hijo natural heredero universal, pero debe respetar la legítima —un tercio del caudal— de los ascendientes, en el caso de que sobrevivieran. Este ordenamiento, sin embargo, no reconoce al natural ninguna legítima testamentaria»..., pero reconoce el derecho a alimentos del hijo (43).

Con respecto a la madre, y según las *Partidas*, los naturales suceden junto con los nacidos de otras uniones, en la misma porción que los hijos de matrimonio, con las únicas excepciones del hijo incestuoso o del engendrado en mujer consagrada al servicio de Dios; la glosa de GREGORIO LÓPEZ incluye también entre los exceptuados a los adulterinos (44).

La Ley 43, título VI, *Partida* 1.^a, prohibió la barraganía a los clérigos, bajo pena de pérdida del oficio y beneficio. Y la Ley 44 obligaba al sospechoso de barraganía que se vindicase en juicio ante su obispo, so pena de la privación de su beneficio.

No hay que olvidar que las Decretales no regularon expresamente la prohibición del concubinato de los clérigos (45), aun cuando insertaron algunos antiguos cánones que sancionaban la pérdida del beneficio

(41) MOUTON OCAMPO: *Ob. cit.*, pág. 166.

(42) Id., *id.*, págs. 170-171.

(43) GACTO FERNÁNDEZ: «La filiación...», págs. 170-171.

(44) Id., *id.*, pág. 181.

(45) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 513.

a los clérigos que no abandonaban a su concubina o hacían incapaces a los cocubenarios para ser promovidos a la clerecía. Sin embargo, como afirma el propio autor, «no obstante, en la vida real, estas disposiciones tenían poca eficacia. Pero la Iglesia intentaba paulatinamente hacerlas más eficaces» (46).

Los clérigos de Roa y su Arciprestazgo solicitaron de Alfonso X que sus hijos pudieran heredarles previa legitimación, privilegio que confirmó Fernando IV en 1300. «Aceptada por el Rey la proposición y concedido el privilegio, inmediatamente surgieron peticiones idénticas de todos los lados de Castilla y Aragón, viéndose precisados los monarcas de ambos reinos a otorgar un sinnúmero de concesiones semejantes, entre las que descuella por su importancia y amplitud la redactada en beneficio de los clérigos del Obispado de Salamanca en 19 de junio de 1292» (47).

IX. DISPOSICIONES POSTERIORES A LAS SIETE PARTIDAS

El Rey Juan I, a petición de las Cortes de 1380, estableció restricciones indumentarias a las barraganas de los clérigos, y les prohibió instituir herederos a sus hijos.

Los Reyes Católicos suprimieron algunas penas de las barraganas de los clérigos, porque estos mismos, reunidos en Congregación general de Sevilla, se comprometieron a acabar con la barraganía de sus miembros. Por pragmáticas de 1491 y 1502 se restableció la autoridad de la doctrina católica, lográndose al fin extirpar aquellas uniones (48).

Los mismos Reyes, en las Leyes de Toro, incidentalmente rebajaron la importancia de la barraganía entre los laicos. En la medida en que el concepto de hijo natural ya no dependió del nacimiento de mujer barragana, como en las *Partidas* —Ley 1, título XV, *Partida* 4.^a—, sino que «cuando al tiempo que nasceran o fueran concebidos, sus padres se podían casar con sus madres justamente, sin dispensación, con tal que el padre lo reconozca por su fijo, puesto que haya tenido la mujer de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola: ca concorriendo en el fijo las calidades susdichas, mandamos que sea fijo natural» —Ley 11 de Toro—, se hacía innecesaria la barraganía para atribuir tal calidad. Por otra parte, la prohibición bajo pena de confiscación de bienes y destierro del matrimonio «que la Iglesia tuviere por clandestino» —Ley 49— muestra un claro disfavor legal a la única barraganía lícita en tal momento: la de los legos.

(46) Id., *id.*, pág. 513.

(47) MOUTON OCAMPO: *Ob. cit.*, pág. 168.

(48) MOUTON OCAMPO: *Ob. cit.*, pág. 168.

X. DERECHO CANÓNICO

Aun cuando según la «Constitución de los Apóstoles», la concubina libre o sierva debía ser despedida o casada; aunque San Agustín condena, en el plano moral, no en el jurídico, toda suerte de concubinato, y aunque San Jerónimo y San Ambrosio condenan el concubinato como pecado grave, parece claro que en los primeros siglos del cristianismo y aun en toda la Alta Edad Media, tales doctrinas fueron expresión de un ideal evangélico a proponer, antes que a imperar coactivamente (49). Por otra parte, la ausencia de una forma *ad solemnitatem* para la celebración del matrimonio canónico hasta la promulgación de los cánones del Concilio de Trento, permitía sostener que muchas uniones sólo *consensu*, sin solemnización *in facie Ecclesiae*, eran matrimonio o concubinato, según la intención presumible de las partes, lo que daba lugar a un complejo sistema de distinciones, muy elaborado con el tiempo, pero que a veces dejaba traslucir dudas. Por supuesto, era infinitamente menos segura la distinción que tras la imposición de la forma *ad solemnitatem* del matrimonio canónico por el Concilio de Trento.

El primer Concilio de Toledo, del año 400, de vigencia general en España, en su canon 17 ordenó la excomunión del que a la par tuviera esposa y concubina. Sin embargo, el que no tuviera mujer legítima y tuviera *pro uxore concubinam*, no debía ser excomulgado; se le permitía optar, o por «una» mujer o por «una» concubina. San Isidoro de Sevilla ordenó que al cristiano no le era lícito tener varias, ni siquiera dos mujeres, sino sólo una: o esposa legítima o concubina (50).

La Iglesia, en la Edad Media, se encara con el peligro de que los pueblos de Occidente adopten una forma familiar poligámica: existían peligrosos precedentes prácticamente en todos los pueblos que tuvieron contacto con el cristianismo (51). Dicho Concilio de Toledo parece sacar consecuencias disciplinarias del conocido texto de PAULO (52): «Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest». En la Edad

(49) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 510.

(50) Id., *id.*, pág. 512.

(51) La poligamia era una realidad cotidiana entre semitas y germanos. TÁCITO —*Germania*, 17, *in fine*—, aun reconociendo la habitual monogamia de los germanos, admite que los jefes la practicaban. Los francos, como los antiguos germanos, son a veces polígamos. Se achaca tal conducta a Carlomagno, en pleno siglo VIII de nuestra era. OLAGÜE —*La revolución islámica en Occidente*, Publicaciones de la Fundación March, Guadarrama, 1974, págs. 302-303— afirma que «la poligamia como hecho social ha sido una costumbre que ha sido observada por los hispanos durante varios siglos», y sostiene que el penúltimo rey visigodo, Witiza, en el año 702, permitió expresamente tal práctica (págs. 267-268).

(52) *Receptae sententiae*, 2, 20, incluidas en la *Lex Wisigothorum*.

Media se entendió que el texto prohibía el concubinato simultáneo al matrimonio, cuando no fue tal el efecto práctico del texto originario del jurisconsulto en su tiempo, que debió ser reforzado, como apunté, por una Constitución imperial de Constantino.

En la Alta Edad Media española, el Penitencial silense repite la condena del Concilio toledano, prueba evidente de su inaplicación práctica. El Penitencial cordobés ordena, bajo pena de penitencia durante siete años, despedir a la concubina cuando simultáneamente se tiene ésta y mujer legítima (53).

La Iglesia combate la poligamia también en otros países. LEPOINTE (54) afirma que «los Concilios reformadores del siglo IX vuelven sobre la cuestión», y cita los de Roma, en 826, canon 37; Maguncia, en 851, canon 15; Roma, en 853, canon 37, y Tribur, en 895, canon 38. El mismo autor señala que «para robustecer esta disciplina, Benito *el Diácono* se esforzó en exigir la dote en cualquier matrimonio». Finalmente, otros autores opinan que el tercer Concilio de Letrán prohíbe definitivamente la poligamia (año 1179).

GRACIANO, en su *Concordantia discordantium canonum* (1140), incluyó los textos dichos del Concilio de Toledo y de San Isidoro, que parecen tolerar el concubinato del laico soltero, y aun cuando asimismo incluyó otros de San Ambrosio y de San Agustín, absolutamente hostiles al concubinato, lo hizo para proponer un modelo moral más elevado, desde el punto de vista cristiano. Realmente, los preceptos jurídicos son aquellos, y el ideal moral, el propuesto por éstos.

En este mismo plano ético, de elevación espiritual de la categoría de la unión matrimonial, que poco tiempo después sería elevada al carácter de sacramento, se halla la ficción moral, más que jurídica, del propio GRACIANO: la concubina que vivía establemente con el hombre debía asimilarse a la *uxor non solemniter ducta*. GRACIANO entendió que la tal *coniugium non legitimum, sed ratum tantummodum esse creditur* (55), y que el Concilio de Toledo admitió esta figura. BRUGI entendió que esta doctrina era una especie de «profecía al revés», valga la imagen, pues trasladaba teorías morales del siglo XII a preceptos canónicos, dictados con otra intención, en el siglo V.

Tal doctrina del *Decretum*, entiende BRUGI, pretende salvar la integridad de la doctrina moral cristiana sobre el matrimonio, pero jurídicamente, desde el punto de vista del Derecho canónico, no concede ningún efecto al concubinato. GRACIANO sentó las bases en su *Concordantia* para

(53) GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, pág. 13, nota.

(54) *La famille dans l'ancien droit*, Éditions Montchrestien, París, 1957, páginas 86-87.

(55) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 512.

que los hijos habidos en concubinato pudiesen reclamar los alimentos, y las hijas, la dote a sus padres, pero con ello no les concedió ningún privilegio respecto de los restantes hijos ilegítimos no nacidos de concubinato: la equidad canónica fundamentaba tal derecho en uno y otro caso.

Era posible la legitimación de los hijos naturales, pero no por la propia fuerza del concubinato, como en las Constituciones imperiales, sino por la asimilación de los *fili spuri* y de los naturales en Derecho canónico. Y, finalmente, y esto es más importante, GRACIANO negó el derecho a la sucesión intestada de los hijos naturales, basándose en el axioma: «Nec potest habere hereditatis consortium qui non habet originis privilegium» (56).

Sin embargo, después de él, los canonistas, en Italia y en Alemania, admitieron tal sucesión intestada, haciendo causa común en este punto con los legistas civiles. No hay duda que GRACIANO, aparte de los principios morales hostiles al concubinato, tuvo en cuenta para sentar esta prohibición, el ejemplo de las capitulares carolingias y demás legislación bárbara que excluía a los hijos naturales nacidos de concubina de compartir la herencia con los hijos legítimos. Tal doctrina no era insólita en su tiempo, es claro. Es posible que no llegara a conocimiento de GRACIANO la Novela 18, capítulo 5, de JUSTINIANO, que estableció la sucesión intestada de los hijos nacidos de concubina.

Sin embargo, la doctrina canónica posterior, apoyándose en la opinión de los postglosadores —varios de los cuales eran ellos mismos *liberi naturales*, como JUAN ANDRÉS, JASON DEL MAINE, NICOLÁS DE PASSERI, DECIO—, que no condenaban el concubinato y entendían, como BALDO DE UBALDIS, que «debemos obedecer a las leyes y no a los cánones, porque los cánones no permiten el concubinato, porque se comete pecado mortal» (57) —la misma protesta formal de acatar la doctrina de la Iglesia que contiene el conocido texto de las *Partidas*, Introducción al título XIV, *Partida 4.^a*: «Barraganas defendió santa egleſia que non tenga ningún cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal»—, no dejó de reconocer efectos al concubinato incluso después de la prohibición del mismo por el Concilio de Trento.

BRUGI (58) afirma que «no se puede negar que el silencio del Derecho canónico sobre la eventual sucesión de los hijos naturales y de la concubina cuando no hay hijos legítimos ni mujer legítima; la duda sobre si el concubinato fuera prohibido asimismo por el Derecho civil; el favor de la prole, característico de la antigua jurisprudencia; la menor inmoralidad del concubinato que la de otros vicios, pese a la tendencia

(56) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 513, nota 5.

(57) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 516.

(58) *Ob. cit.*, pág. 521.

a equiparar a la concubina con la meretriz, han influido en conservar la sucesión intestada de los hijos nacidos de la concubina». Así lo reconoció en el siglo XVII la Rota Romana, aun cuando exigió que la concubina no fuera cualquiera, sino «legítima concubina», cuya convivencia tuviera unos rigurosos requisitos.

Curiosa, y lamentablemente para los hijos de ganancia o bordes nacidos en Aragón, la Compilación de Huesca de 1247, que prohibió la sucesión intestada del padre en favor de los hijos de la barragana, sólo adoptó la primitiva disciplina canónica, propia del *Decretum* de GRACIANO, pero no la posterior que acabo de relatar. Y curiosamente también, en Navarra, el Fuero General redactado entre los años 1260 a 1304, no recibe la doctrina del *Decretum* de GRACIANO, por lo que los hijos legítimos y los de barragana están absolutamente equiparados y en pie de igualdad en la sucesión *ab intestato* de la herencia de su padre —capítulo 22, título 4, libro 2.º, del Fuero General— (59).

El Concilio de Trento y el concubinato: Según BRUGI, «el Concilio de Trento debía aportar grandes reformas, máxime la de la abolición de los matrimonios clandestinos, que pareció y fue atrevida novedad». «La ceremonia eclesiástica llegó a ser el único modo de contraer matrimonio; éste debía ser a partir de ahora concluido con la publicidad derivada de la celebración *in facie Ecclesiae* y de la presencia del párroco elevado a oficial del estado civil. Todo matrimonio no concluido con la forma predescrita era declarado nulo: el matrimonio presunto era abolido y la misma cópula carnal, que anteriormente convertía en verdadero matrimonio los esponsales de futuro, perdía a partir de ahora toda eficacia. El matrimonio de conciencia, al igual que toda cohabitación sexual no acompañada de la celebración del matrimonio, debía considerarse un concubinato. Pero también a éste se le cerraba el camino con un canon —el 8 de la sesión 24, *de reformatione matrimonii*—» (60).

«Nunca como ahora la Iglesia católica se había expresado tan claramente contra el concubinato de los laicos. Es natural que, no obstante que de «la prohibición del mismo se pudieran encontrar huellas precedentemente, el citado canon llegó a ser la fuente a la que después aluden

(59) Se deduce de estos textos que los hijos legítimos, los legitimados y los hijos naturales reconocidos legalmente heredan con igualdad a sus padres si éstos mueren intestados. Si se trata de un hijo natural único, o sea, sin que existan hijos legítimos, hereda todos los bienes del padre, según declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de octubre de 1913, aplicando el capítulo 1, título 4, libro 4.º del Fuero de Navarra; lo mismo dispone el capítulo 12, título 6, libro 2.º (LACARRA y MENDILUCE: *Instituciones de Derecho civil*, tomo 2.º, Pamplona, Ed. Aramburu, 1932, pág. 280).

(60) BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 514.

todos tratando de esta materia. No parece, no obstante, que el concubinato desapareciese» (61).

Tampoco calló el Concilio tridentino acerca del concubinato de los eclesiásticos. Por el contrario, después de haber repetido la prohibición del matrimonio a los eclesiásticos *in sacris* y a los regulares que han hecho voto solemne de castidad —canon 9 de la misma sesión—, prohibió severamente a todos los eclesiásticos tener junto a sí o fuera concubina u otras mujeres «de las que pudiera sospecharse», o de tener alguna convivencia con ellas, amenazando penas severísimas, y autorizando con oportunas disposiciones a conocer del concubinato de los eclesiásticos *sine strepitu et figura iudicii et sola facti veritate inspecta* (62).

XI. EL CONCUBINATO EN LA EDAD MODERNA ESPAÑOLA

La vigencia de tales cánones del Concilio de Trento en España vino exigida por la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564 —*Novísima Recopilación*, 1, 1, 13—. En opinión de IvÁN C. IBÁN (63), «desde nuestra perspectiva sólo cabe decir que supone la integración en el ordenamiento jurídico estatal de los cánones tridentinos, y más específicamente: la recepción en el ordenamiento estatal de la regulación matrimonial de Trento». Regulación matrimonial contenida en la sesión 24 del Concilio y que prohibía formalmente, aun a los legos, el concubinato bajo pena de excomunión, como he apuntado.

Creo que tal regulación matrimonial tridentina, en su conjunto, absolutamente contraria a la unión extramatrimonial todavía regulada por las leyes civiles —casos de Castilla y Navarra—, eliminó cualquier institución contraria a ella: el matrimonio a yuras o clandestino y los efectos civiles de la barraganía, en lo sucesivo simple concubinato, en términos canónicos, esto es, merecedor de toda suerte de penas, eclesiásticas e incluso civiles, como dijo ANTONIO GÓMEZ en sus comentarios a las Leyes 80 a 82 de Toro (64). Ya he apuntado arriba que la Ley 11 de Toro había establecido la pena de confiscación de bienes y destierro para los que contrajeron matrimonios clandestinos.

Pero la supresión de la barraganía como práctica social honorable, dotada de efectos jurídicos importantes —como apunté, tal fue durante, al menos, cinco siglos de los que tenemos noticia histórica—, obedeció no sólo a lo preceptuado por la Real Cédula, sino también a la persecu-

(61) Id., íd., pág. 514.

(62) Id., íd., págs. 514-515.

(63) IvÁN C. IBÁN: «Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1979)», *ADC*, tomo XXXII, fasc. I, marzo 1979, pág. 92.

(64) Citado por BRUGI: *Ob. cit.*, pág. 514, nota 6.

ción del «concubinato de Derecho canónico» por el Tribunal de la Inquisición.

KAMEN (65) afirma que «la inmoralidad llegó a ser perseguida por la Inquisición, no por el pecado en sí, sino por el presunto error mental que hubiera tras él. Como resultado, un sinnúmero de casos presentados ante el Tribunal suponían poco más que declaraciones atolondradas y a menudo inofensivas sobre la moralidad privada... En cuanto a la fornicación, se podía cometer, pero no había que creer en ella...; en 1784 (!!)..., Josef Mas, de Valencia, fue procesado por cantar una canción impropia en un baile».

CONTRERAS (66) afirma que «si la liberalidad en las relaciones prematrimoniales ocasionales abunda por doquier, en la documentación del Santo Oficio, las formas que denotan la existencia de concubinatos más o menos duraderos, no son tan frecuentes. No falta quien ve en el amancebamiento un estado preferible al del matrimonio. Es la opción temporal de dos personas libres frente al vínculo regularizado e indeleble del matrimonio oficial. Estamos ante uniones duraderas, lo que FRANCISCO BERTAUT, recogiendo la voz popular, llama 'amancebamiento a pan y manteles' [véase el Fuero de Zamora, que emplea parecidos términos], y tales uniones, para sus autores, no tienen ningún carácter penalizador... La defensa del concubinato no supone, aunque pareciere lo contrario, un ataque directo a la institución matrimonial, pero sí es preferible, para algunos procesados, al matrimonio fracasado».

No puedo precisar si se cumplían las admoniciones del Concilio de Trento contra los concubinatos como trámite previo para proceder contra ellos por la vía de la persecución inquisitorial. Quizá cabría sostener que del concubinato, en cuanto delito canónico ordinario, deberían entender los Tribunales eclesiásticos ordinarios —episcopales—; pero en cuanto delito contra la fe, evidente «delito de opinión», era competencia de los Tribunales del Santo Oficio. No hay que negar tampoco la competencia de los Tribunales civiles o reales para hacer ejecutar las disposiciones de los cánones tridentinos, en cuanto contrarios al orden matrimonial, que el Estado había acatado mediante la Real Cédula de 12 de julio de 1564.

Y que los Jueces reales podían proceder de oficio contra la mujer casada que viviere amancebada, lo demuestra LLAMAS Y MOLINA (67), comentando la Ley 1, título 26, libro 12, de la *Novísima Recopilación*,

(65) *La Inquisición*, Ediciones Grijalvo, pág. 214.

(66) *El Santo Oficio de la Inquisición en Galicia, 1560-1700. Poder, sociedad y cultura*, Akal editor, Madrid, 1982, págs. 641-642.

(67) *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1853, Comentario a la ley 80, en tomo I, págs. 539-540.

al afirmar que: «dice, pues, la ley que se proceda por las penas establecidas en derecho contra el marido que consintiere que viva su mujer públicamente amancebada; de que se ve que si al marido se le castiga y se procede contra él de oficio por mero consentidor, con igual y mayor razón debe procederse contra la mujer, como reo principal de aquel delito, pues en realidad no es menos delincuente el perpetrador de un delito que el que lo consiente». Y cita en su apoyo el canon citado del Concilio de Trento, y recalca la posibilidad de que se invoque para su ejecución el auxilio del brazo secular. Sin olvidar la persecución que el marido podía hacer de los adúlteros, a ambos o a ninguno —Ley 80 de Toro—, y que se cumpliera lo dispuesto en el Fuero Real, esto es, la entrega a la justicia privada del marido de los adúlteros, eso sí, de ambos, no pudiendo ejercerla contra uno solo de ellos.

Afirmo que la barraganía no terminó por causas meramente ocasionales o por una simple elevación natural de la moralidad de las costumbres (68). Esto es, trasladar ideas —prejuicios, más bien, diría yo— del siglo XX a la compleja realidad de la llamada con razón por AMÉRICO CASTRO «la edad conflictiva española». La barraganía a pan y manteles era una práctica hondamente arraigada en las costumbres nupciales de las Españas, por causas variadas que no puedo aquí intentar desentrañar. Su degradación del rango de institución honorable a mero delito perseguido por el fuego cruzado del Estado y de la Iglesia, fue una consecuencia más de la normalización católica impuesta por los poderes públicos de la época para unificar las plurales Españas. La unidad religiosa y moral de España no fue obtenida por la persuasión, sino imperada por la fuerza.

(68) No comparto en modo alguno la opinión de GACTO FERNÁNDEZ —«La filiación no legítima» citada—, tan agudo y erudito en todo lo demás, al afirmar que «no fue, pues, una reacción jurídica contraria lo que desterró el concubinato de la sociedad hasta dejarlo reducido a comportamientos individuales aislados, sino un proceso de evolución en la mentalidad social. El concubinato no fue condenado por la legislación civil, sino abandonado espontáneamente por la comunidad que fue dejando de ver en él una unión deseable cuando la moralidad pública experimentó un cierto progreso; prueba de que no fue jurídica la causa de su regresión es que, incluso en los momentos del más rígido puritanismo, individuos insolidarizados con la mentalidad general han podido constituir o continuar relaciones de este tipo sin resultar inquietados por el Derecho. El papel que éste ha desempeñado en contra del concubinato ha sido en todo caso indirecto, privando a la relación de toda una serie de ventajas y de efectos jurídicos que reconocía en cambio al matrimonio como unión perfecta y más completa que esta otra» (pág. 677). Pero yo creo que una cosa es, como dicen los autores franceses, *le concubinat*, relación jurídica más o menos reglamentada —nuestra tradicional barraganía—, y otra *le concubinage* —unión de hecho a la que el Derecho no concede efecto jurídico favorable y, en su caso, castiga con persecución criminal—. Discrepo de GACTO FERNÁNDEZ porque no distingue estas dos realidades: las gentes se refugiaron en la unión de hecho porque el Derecho privó de efectos a la barraganía, pero muy probablemente no hubieran dejado de aprovecharse de los efectos de ésta si les hubiera sido posible.

Como he dicho en otro lugar, citando a DUVERGER (69): «detrás del oropel del pretendido consenso y de la integración social; el recurso a la policía, al ejército, a las cárceles, al verdugo: tal es el último medio del poder para integrar la sociedad». La expulsión o conversión forzada de judíos o musulmanes entre 1492 y 1502 eliminó cualesquiera uniones no matrimoniales permitidas en sus respectivos sistemas religiosos. Y el catolicismo forzado de todos los súbditos de los Reyes de las Españas —empieza entonces a hablarse de España, como unidad política y religiosa— provocó la aplicación irremisible de los cánones del Concilio de Trento a todos los españoles: si preciso fuere, con la eficacia inmisericorde del Tribunal de la Inquisición.

La supresión de la barraganía no significó, como es lógico, que no subsistieran las uniones de hecho, ahora desprovistas de efectos jurídicos favorables y susceptibles de persecución criminal.

GARCÍA CÁRCCEL (70) afirma que la familia española de los siglos XVI a XVIII no puede homologarse en todo a la europea, y cita entre las peculiaridades más destacadas, la baja natalidad, agravada con una muy elevada mortalidad infantil, y la abundante ilegitimidad... Existía una gran libertad sexual, en la que se desarrolló un clima propicio a las prácticas anticonceptivas, desde el *coitus interruptus* a las maniobras abortivas (71).

La mortalidad infantil excede, en el siglo XVIII, el 300 por 1.000, aunque es mucho menor en Cataluña (72). Quizá por la frecuencia del concubinato abundó en España la natalidad ilegítima, y más en la ciudad que en el campo. Las cifras son elocuentes: 4,6 por 100 en la Valladolid del siglo XVI —sumando los niños expósitos un 10 por 100—, 4 por 100 en Calonge a fines de este siglo y un 7,4 por 100 en Talavera en igual período. En Valencia y Galicia descienden estas cifras, aproximándose al modelo europeo: 0,4 por 100 en Francia y 2 por 100 en Inglaterra, en el siglo XVII (73)... «El fenómeno genera un trasfondo social de niños abandonados. En Valencia, a fines del siglo XVII..., estos niños son el 20 por 100 de los bautizados, y el porcentaje aumentaría en el siglo XVIII. La legitimación de los hijos naturales fue en progreso... El bastardo es una institución de la sociedad española...; esta asunción de los hijos ilegítimos sólo se dio en los estamentos privilegiados. Por lo general, es

(69) Prólogo del tomo II del volumen I de mis *Estudios de Derecho de Familia*, Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1962, pág. XXI.

(70) «Pautas de conducta de la familia española», en *La familia en España, siglos XVI-XVIII, Historia*, 16, enero 1981, pág. 51.

(71) Id., *id.*, pág. 55.

(72) Id., *id.*, *id.*

(73) Id., *id.*, pág. 56.

bien evidente el desprecio a los bastardos, que se corresponde con el palpable desapego de la familia española por los niños» (74).

Falta en este poco ejemplar fresco de la familia española tradicional —para algunos, supuesto ejemplo de virtudes y de valores morales cristianos, a tono con la religiosidad católica «a machamartillo» de la época— el minucioso análisis con cifras porcentuales de las subespecies de los fenómenos sociales familiares que existe en los más elaborados y añejos estudios de los demógrafos históricos ingleses o historiadores de la familia franceses. Creo, no obstante, importante dejar anotada la opinión de uno de los máximos conocedores de la historia de la familia europea occidental acerca del concubinato y su represión en Francia —país católico, como España—, porque, a mi juicio, algunas de sus conclusiones pueden dar alguna luz a la investigación histórica española (75).

Todo parece indicar que los datos que tenemos acerca de las tasas de ilegitimidad españolas superiores a las medias europeas obedecen a que

(74) Id., *íd.*, pág. 56.

(75) FLANDRIN: *Le sexe et l'Occident*, Éditions du Seuil, París, 1981, después de reconocer el carácter marginado en la sociedad francesa de los hijos nacidos de concubinato o bastardos a partir del siglo xvi, admitió que «su número era grande en la Edad Media y los recursos que procuraba un impuesto especial sobre bastardos en Normandía no eran despreciables». Reconoce que «la historia de la Edad Media está llena de sus hechos», y recuerda que Guillermo el Bastardo llegó a ser rey de Inglaterra bajo el nombre de Guillermo el Conquistador. En la Edad Media como en el siglo xviii se encuentran miserables que vivían en concubinato porque no eran suficientemente ricos para casarse. Otras veces eran eclesiásticos u hombres ricos que hubieran escandalizado a sus iguales casándose con una mujer pobre. Otras veces el concubinato era una consecuencia de la vida azarosa del militar de fortuna (págs. 177-178). En el siglo xvi la Iglesia ha intentado hacer desaparecer el concubinato. Pero ello llevaba a violaciones, abandonos de hijos, etc. En el siglo xviii había desaparecido prácticamente y sólo los reyes y los más altos señores educaban públicamente a sus bastardos. Cuando los burgueses o los buenos campesinos embarazaban a una sirvienta la despedían simplemente por temor al escándalo más que por avaricia. La estadística demográfica demuestra esta transformación de la costumbre: en Nantes, en el siglo xvi, el 50 por 100 de los hijos ilegítimos eran hijos de concubinas; el 6,5 por 100, entre 1735 y 1750; el 2 por 100, entre 1751-1787 (pág. 178). El resultado era que para los hijos extramatrimoniales «las posibilidades de sobrevivencia eran mucho menores que en el pasado. Las madres jóvenes, repudiadas por sus seductores y muchas veces expulsadas de sus aldeas, no tenían medios para educar al «hijo del pecado». Cuando ellas no lo ahogaban secretamente para preservar su honor, lo abandonaban generalmente a la caridad pública...» (pág. 180). No obstante la obra admirable de San Vicente de Paúl y de sus competidores en este terreno, la mortalidad de los expósitos era muy superior a la de los hijos educados por sus padres, incluso aquellos que habían estado en el siglo xvi en el cuadro del concubinato (pág. 180). «El matrimonio para reparar la falta» era mucho más frágil en el plano económico que los que habían sido libremente decididos por los interesados y sus familias. Tenían tales esposos una gran cantidad de hijos y por ello «se puede uno interrogar si la cristianización de las costumbres en el siglo xvii no tuvo consecuencias deplorables para los hijos» (pág. 180).

la represión del concubinato no siguió aquí las mismas pautas que en Francia. La presión del poder —Iglesia y Estado— debió ser de inferior eficacia en este lado que al otro del Pirineo contra las personas que vivían en concubinato. Debió ser importante la inquisitorial, siempre y cuando el delito cometido por los concubinarios fuera de opinión, contra la santidad del matrimonio, pero no cuando las gentes se limitaban a vivir ancestralmente, en «barraganía a pan y manteles» o en formas más clandestinas y disimuladas, pero sin pronunciar una sola palabra peligrosa acerca de su práctica social. Parece que hubo aquí menos «matrimonios forzados» o «para reparar la honra» que en Francia, donde eran moneda corriente desde la Baja Edad Media, aunque no puedo cuantificar su número. De todos modos, la estadística de niños abandonados, matrimoniales o extramatrimoniales, es sobrecogedora, a tono con la miseria general de las clases populares en el Antiguo Régimen español —hubo multitud de muertes por hambre, a consecuencia de malas cosechas incluso en pleno siglo XIX, cien años después de las últimas francesas, en el XVIII—. Creo que la prohibición del concubinato y su represión —Felipe IV, en uno de sus raptos de arrepentimiento por sus «pecados de la carne», cerró todos los burdeles de su reino, sin preocuparse de la suerte de las mujeres y los niños que en ellos hubiere, y de ellos vivían— debió agravar la situación de las clases populares respecto de la crianza y cuidado de los hijos.

Termino este estudio consignando la opinión del gran MARTÍNEZ MARINA, fino investigador de los fenómenos del pasado español, al transcribir las palabras del Rey Sabio —Introducción al título XIV, *Partida* 4.^a—: «Pero los antiguos que fecieron las leyes consintieron que algunos las pudieren haber (las barraganas) sin pena temporal, porque tovieron que era menos mal de haber una que muchas y porque los fijos que nascieren de ellas fuesen más ciertos». El propio autor, como antes dije, tras comparar barraganía y prostitución, da su dictamen favorable a la primera, al decir: «mas a favor de la barraganía según uso y costumbre antigua de España está la unidad, la sanidad, la fecundidad, filiación conocida y segura educación de los hijos» (76).

APÉNDICE

Las peculiaridades del Derecho de Familia de las Españas medievales anteriores a la recepción del Derecho Romano Canónico

Concluido el trabajo precedente y entregado su manuscrito a la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, antes de su publicación he hecho

(76) *Ob. cit.*, págs. 268-269.

algunos interesantes descubrimientos en el área del Derecho de Familia medieval peninsular, español y portugués, que creo importante dar a conocer aquí por su novedad e interés y por estimar que corresponden al espíritu del primer epígrafe del artículo precedente: OPORTUNIDAD DE LA INVESTIGACION HISTORICA DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES.

Existió un claro parentesco entre los Derechos portugués y castellano leonés durante toda la Edad Media como creo poder probar a continuación:

a) Derecho general portugués: Lo constituía el *Liber iudicio rum visigótico*, «cuyo conocimiento en la zona portuguesa aparece documentado hasta el principio del siglo XII —HESPAÑA: *Historia das instituições. Epoca medieval e moderna*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, página 181—. El mismo autor reconoce que (El Derecho canónico), «bajo la forma de disposiciones de la Iglesia española, especialmente de los concilios de Toledo, y después, de los de Coyanza y Oviedo, continuaron a influir en la organización temporal del reino portugués, como ya aconteciera en el reino visigodo —*íd.*, *íd.*, pág. 182—. También parece que los jueces populares portugueses aplicaron durante mucho tiempo en la Baja Edad Media no sólo el *Liber iudiciorum*, sino también la *lex romana wisigothorum* —*íd.*, *íd.*, págs. 491-492—.

b) Epoca de «os foraes» —fueros municipales portugueses—: siglos XI a XIII. TEÓFILO BRAGA —*Historia do direito portuguez. Os Foraes*, Coimbra, Imprensa da Universidades, 1868, pág. 26— afirma que «los 'foraes' portugueses presentan tres clases distintas, moldeadas según el tipo del Foral de Santarem, del Foral de *Salamanca* y del Foral de *Avila*, apareciendo una u otra excepción, como el Foral de *Zamora*...» El Foral de *Salamanca* sirvió de tipo en la Beira Central, ramificándose por los Tras os Montes y el Alto Minho. El Foral de *Avila*, que se fijó en el de *Evora*, porque es siempre conocido, predominó en todo el Alemtejo, donde se fundió con el de Santarem.

Yo he encontrado en mi investigación no exhaustiva como único ejemplo de Foral derivado del Fuero —breve— de *Zamora*, el de *Chaves* que otorgó el rey Alfonso III en 1258.

Las afirmaciones de TEÓFILO BRAGA han sido desarrolladas por posteriores historiadores del Derecho, sobre todo españoles. Debo sintetizar aquí sus conclusiones: El Fuero Breve de *Salamanca*, hoy perdido, concedido por Raimundo de Borgoña, que la repobló entre los años 1102 y 1106, puede reconstruirse, y así lo ha hecho la investigadora ANA MA-

RÍA BARRERO, mediante el análisis crítico y la comparación textual de los veintisiete «foraes» portugueses de esta familia de fueros otorgados a lo largo de un siglo y medio, desde el de Numão —1130— a Pena de Rainha en 1268. («El Fuero breve de Salamanca. Sus redacciones», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1980, págs. 439 a 467. Hay separata.)

Según opinión de la misma investigadora existió un fuero breve de Avila, que debió ser concedido a esta ciudad hacia el año 1150 y que luego fue otorgado a la portuguesa de Evora en 1166 por el rey Alfonso I Henriques. Pero cree ANA MARÍA BARRERO ser muy difícil la reconstrucción de tal fuero e inservible para este caso la técnica empleada por ella para reconstruir el Fuero Breve de Salamanca a partir de los veintisiete «foraes» portugueses de su familia, puesto que los textos a analizar en los Fueros de Evora presentan muy pocas variantes.

MARTÍNEZ DÍEZ, en su artículo «Los fueros de la familia de Coria-Cima Coa», Publicación de la Faculdade de Letras da Universidad de Coimbra, Instituto de Estudios Históricos Doutor António de Vasconcelos, Coimbra, 1971 —págs. 370-371—, ha probado la conexión entre los siguientes fueros leoneses y portugueses: «El Fuero de Ciudad Rodrigo es el origen inmediato o mediato de los siete fueros de la Extremadura Leonesa: Alfaiates, Coria, Castelo Bon, Castelo Rodrigo, Castelo Melhor, Cáceres y Ciudad Rodrigo. Este Fuero de Ciudad Rodrigo, hoy perdido, era un fuero extenso de unos cuatrocientos capítulos, posterior al fuero breve de 1185 otorgado por Fernando II. El Fuero Extenso hay que datarlo en el reinado siguiente, después del doce de Noviembre de mil ciento noventa...»

c) Recepción del Derecho común en el ordenamiento portugués: HESPANHA —*ob. cit.*, págs. 492-493— afirma que «en el plazo de vulgarización e 'hispanización' del Derecho común adquieren gran importancia entre nosotros algunas obras doctrinales y legislativas castellanas, en que las soluciones del Derecho común no sólo son vertidas en lengua castellana, sino son confrontadas y compatibilizadas con las soluciones tradicionales de los Derechos hispánicos».

Y cita entre ellas Las flores del Derecho o Flores de las Leyes o Doctrinal de los pleytos y los Nueve tiempos del juicio del Maestro Jacobo de las leyes, así como el Fuero Real y las Partidas, éstas y aquél traducidas del castellano al portugués a fines del siglo XIII y utilizadas a partir de entonces como Derecho subsidiario del portugués.

Pues bien, quiero hacer una brevísima alusión a los descubrimientos que he hecho en estos últimos meses, investigando en los «foraes» portugueses y fueros españoles que robustecen mi tesis, que espero poder demostrar en su día con mayor sosiego: existen en el Derecho medieval

portugués y español una serie de instituciones matrimoniales y familiares ajenas completamente al espíritu y a la letra del Derecho Canónico clásico o Medieval. Este ordenamiento eclesial intentó en la Baja Edad Media implantar en toda la Europa Occidental su modelo matrimonial y familiar, y lo consiguió, ya a partir de la Contrarreforma del Concilio de Trento, pero sólo plenamente en los países del sur de Europa y del Centro de este continente de religión católica.

Sin embargo, en la Edad Media peninsular existen una serie de costumbres e incluso leyes y fueros que regulan un modelo mucho más antiguo del matrimonio y la familia del que propugna la Iglesia Católica. Este modelo, hispánico a mi juicio, obedece a las necesidades especiales surgidas de la repoblación a partir de fines del siglo XI de las tierras portuguesas y de los demás reinos peninsulares, pero también a la ancestral tendencia de todos los pueblos de las Españas a regirse en esta materia por las leyes visigodas y por prácticas consuetudinarias pluriseculares.

Debo referirme al divorcio vincular —alejado por sus caracteres del moderno divorcio judicial que se instaura en el norte de Europa a partir del siglo XVI, pero conforme con él en eludir la jurisdicción de la Iglesia—, a los efectos jurídicos de la barraganía, en la persona y bienes de la barragana, y a la equiparación o casi equiparación de los hijos de barragana con los hijos de mujer de bendición en la sucesión de su padre.

DIVORCIO VINCULAR

a) El *Liber iudiciorum* dedica el título VI, libro III, a *De divortiis nuptiarum et discidio sponsorum*. En él se contiene la regulación de la indisolubilidad del matrimonio y aun de los esponsales previos al matrimonio, en la línea de las leyes restrictivas del divorcio romano promulgadas por los emperadores cristianos de la última época de Roma. Sin embargo, como entiende ZEUMER, se regula asimismo el *divortium* de la mujer por el marido y del marido por la mujer. En opinión de este autor, «la ley contiene... testimonios positivos de que un *divortium communi consensu* era posible... de que el hombre podía disolver el matrimonio con el consentimiento de la mujer y que podía celebrar uno nuevo, de la misma manera que... la mujer podía hacerlo con el consentimiento del hombre» —*Historia de la legislación visigoda*, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1944, pág. 278—. El marido podía divorciarse de su mujer tan sólo por adulterio de ésta, y por ninguna otra causa: si lo hiciera sin poder probar el adulterio, debería dejar en provecho de la mujer la dos maritalis, así como todos los bienes de ella —*id.*, *id.*, pág. 273—. La mujer puede contraer nuevas nupcias: si prue-

ba el *divortium* del matrimonio anterior o cuando el proceso de divorcio con su primer marido sea fallado en su favor, o cuando el primer marido ha contraído nuevas nupcias. Y puede acusar penalmente a su marido, con la consecuencia de la disolución del vínculo y posible paso a ulteriores nupcias de ella, cuando el matrimonio ha incurrido en el delito de sodomía o la ha entregado a la prostitución.

La entrada en religión de uno de los cónyuges no disuelve el vínculo, y el cónyuge que permanecía en el siglo no podía contraer nuevo matrimonio.

Es incontrovertible la vigencia del *Liber iudiciorum* durante los siglos anteriores al XIII, tanto en León como en Portugal. En Cataluña fue prohibido en 1258. El reino de Toledo, a partir de su reconquista en 1085, lo recibe asimismo y se impone en los siglos XII y XIII. Los mozárabes de Al Andalus, e incluso los mozárabes toledanos y portugueses en tierras cristianas de Portugal o Castilla, usaron igualmente dicho *Liber*.

Surge el problema de la derogación de la regulación divorcista del *Liber iudiciorum* y de los fueros divorcistas, que luego estudiaré por la recepción del Derecho Romano Canónico, que propugnaba como es sabido la indisolubilidad del matrimonio canónico, a partir del Decreto de GRACIANO y sobre todo de la solución al problema del elemento constitutivo de la indisolubilidad del mismo por Alejandro III a fines del siglo XII.

Yo pienso que el proceso de recepción del Derecho canónico en este punto, y en otros muchos, por el ordenamiento civil de los reinos de España no fue tan sencillo como al parecer fue en Italia y en Francia y que es perfectamente conocida en la Historia de su Derecho. Hay que probar, antes de dar por recibida y eficaz en el ordenamiento peninsular la regla canónica de la indisolubilidad del matrimonio —con las excepciones a dicha regla que conocemos y que se fueron delineando en la Baja Edad Media—, que existiera voluntad política en el soberano de cada territorio de integrar el ordenamiento secular con el religioso, que existieran equipos de juristas romanizados en número suficiente para controlar los tribunales reales y los locales donde se aplicaba anteriormente el consuetudinario derecho del divorcio altomedieval, y asimismo que funcionaran los tribunales episcopales para zanjar los problemas de nulidad de los matrimonios canónicos en sustitución del divorcio laico. Esto último es desconocido hasta ahora en España: conocemos los archivos de la Curia episcopal de París de los años 1384 a 1387, pero nada semejante, a lo que yo sé, se conoce en España. Me remito a la autorizada opinión al respecto de GACTO FERNÁNDEZ, que luego citaré: los pueblos se resistieron, y yo pienso que durante siglos, a la regla de la indisolubilidad matrimonial.

El Liber iudiciorum no tuvo vigencia sólo en el reino de León. Traducido al castellano, y llamado «Fuero Juzgo», fue concedido a Toledo, y luego a Sevilla, Córdoba, Carmona, condado de Niebla, Cartagena y Murcia: en suma, a los extensos reinos de Toledo, Sevilla, Córdoba y Murcia, como consecuencia de la conquista de estos tres últimos en el siglo XIII. Y creo que debe probarse que el capítulo estudiado del Liber iudiciorum no tuvo vigencia en ningún momento en dichos territorios y no simplemente dar por sentado que la solución de Alejandro III al problema del matrimonio rato y consumado zanja definitivamente la cuestión, en contados años, en toda la Cristiandad.

A mi juicio, la derogación de este punto del Fuero Juzgo en Castilla-León, tras los fracasos primeros del Fuero Real y de las Partidas que recogieron la doctrina de las Decretales sobre el matrimonio canónico y su indisolubilidad, tuvo lugar por el Ordenamiento de Alcalá en 1348.

En él, su ley 1.^a del título XXVIII establece un orden de prelación de fuentes que subsistió hasta la promulgación del Código Civil en 1889. En primer lugar había que aplicar según tal ley el propio Ordenamiento. En segundo lugar, en defecto de aquéllas, debían aplicarse los fueros municipales, «pero con una serie de restricciones que limitaban drásticamente su posibilidad de aplicación. Eran éstas: *que no fueran contra Dios*, contra la razón o contra el Derecho real y que pudiera probarse que tales fueros locales estaban en uso. Aunque el Fuero Juzgo no se menciona aquí, se entiende que seguía rigiendo en los lugares a los que se había dado, aunque desaparece su vigencia como Derecho territorial leonés» —GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN: *El derecho histórico de los pueblos de España*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 295—. Esta ley, a mi juicio, es la que deroga los preceptos tanto del Fuero Juzgo como de los demás fueros municipales castellano-leoneses, que regulan, al margen de la disciplina de la Iglesia, el divorcio vincular.

En los fueros municipales españoles y portugueses, y en las costumbres populares de ambos pueblos, entre los siglos X al XIII, vemos reconocidos el divorcio vincular, con posibilidades de tránsito a segundas nupcias, sobre todo del ex marido.

HINOJOSA —*El Derecho en el Poema del Cid*, en obra, tomo I, Estudios de Investigaciones, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, página 212— admite la disolución del primer matrimonio de las hijas del Cid, tal como se delinea en el Poema. «El Cid considera disuelto el matrimonio por abandono y los malos tratos que han sufrido sus hijas de parte de los Infantes... lo declara terminantemente... El casarse las hijas de nuevo, las hijas del Cid, en vida de los Infantes está en armonía con

las tradiciones y las prácticas de la época. Reinaban a la sazón ideas y costumbres muy laxas en punto a las relaciones matrimoniales. Reyes y magnates repudiaban frecuentemente a sus mujeres legítimas para casarse con otras o vivir públicamente en el concubinato.»

Y GARCÍA GONZÁLEZ —«El matrimonio de las hijas del Cid», *Anuario de Historia del Derecho*, 1961, págs. 564-565— entiende que el pago de los infantes de Carrión hacen en el Poema al rey de doscientos marcos de plata obedece a la necesidad de reparar [a uso del Derecho de la Extremadura castellana, añadido yo] un acto que en el Derecho medieval era un delito que llevaba aparejada caer en enemistad y la correspondiente pena pecuniaria: el abandono de las mujeres, que equivalía a su repudio. Cita la disposición del Fuero de Cuenca, tan repetida luego en los demás fueros de su familia, que sanciona la ruptura de los esponsales por el esposo cuando ha tenido acceso carnal con la esposa, y establece para el caso una pena de cien áureos. Doscientos marcos de plata es la pena que cobra el rey, a razón de cien por cada infante, por el hecho del repudio. Así lo sugiere, dubitativamente, GARCÍA GONZÁLEZ. El mismo autor afirma que el problema fundamental del repudio de las hijas del Cid es de que se trata de «un acto que no está permitido por el Derecho canónico ni tampoco, salvo algunas excepciones, por el Derecho secular. Pero que, sin embargo, no aparece inscrito en el Poema como tal acto ilícito, sino como algo normal y corriente, perfectamente aceptado por todos» —*íd.*, *íd.*, pág. 566—. Y cita los casos del Fuero de Cuenca, luego tan repetido, «donde la situación de la enemistad, con todas sus consecuencias, no favorece ciertamente la continuidad del vínculo matrimonial». Cita asimismo el Fuero General de Navarra, 4, 1, 7, para los matrimonios «a fuero de la tierra», donde el matrimonio sí puede disolverse. Y asimismo el de Carcastillo, como luego también apuntaré.

La pista trazada por estos investigadores ha sido continuada por GAC-TO FERNÁNDEZ —«El divorcio en España. Evolución histórica», *Historia* 16, julio de 1978—, quien detecta que «a medida que en España se va produciendo la recepción del Derecho canónico, *iniciada a fines del siglo XII*, se adivina un forcejeo entre éste, que trata de desterrar el uso del divorcio, y la práctica generalizada de la sociedad, fortalecida por una tradición de varios siglos de antigüedad» —pág. 30—. Cita el Fuero de Navarra, 4, 1, 7, ya analizado por GARCÍA GONZÁLEZ, y señala la facilidad con que los matrimonios clandestinos podían disolverse, en España como en toda Europa cristiana, ante la dificultad de prueba de su celebración que, por definición, era privada —págs. 32-33—.

Yo he hallado, primero en Portugal y luego en todo el resto de la Península Ibérica, multitud de fueros municipales donde el divorcio vin-

cular anterior a la recepción romano-canónica, tan resistida por los pueblos, está perfectamente regulado.

I) Fueros de la familia de Salamanca: Son veintisiete, concedidos desde el de Numão —1130— hasta el de Pena de Rainha —1268—. En todos ellos se inserta una fórmula que esquemáticamente dice así: «Si el hombre deja a su mujer de bendición, peche un denario al juez. Y si la mujer dejare a su marido de bendición, peche trescientos sueldos».

No me interesa analizar ni las diversas personas o entidades a quienes abona la mujer que abandona al marido la caloña o pena, ni el problema numismático de la equivalencia de «sueldos» y «dineros» o su valor actual. Queda claro que el marido sufre una pena simbólica por el hecho de abandonar a su mujer: un denario-«un conejo», lo dice más incisivamente el más arcaico de los «foraes» portugueses que contienen la cláusula, el de Numão, año 1130.

A mi juicio, tales «foraes» relajan la regulación restrictiva del divorcio que analicé en el *Liber iudiciorum*. Como luego veremos, tienen su origen en la Extremadura castellana, donde el *Liber* no tenía vigencia y regían las fazañas de los jueces de Castilla. Cuando el abandono o repudio de la mujer por el marido no entrañaba injuria para ésta y sus parientes y no llevaba aparejada usurpación de sus bienes, se consideraba, a los ojos de todos, como un asunto privado de los esposos que no afectaba a la paz pública. La solución era patriarcalista, machista, pero tales eran los tiempos y era impensable una solución igualitaria para el marido y la mujer cuando ésta todavía no se ha alcanzado plenamente en 1983 en ningún país de Europa. El marido podía despedir libremente a la mujer, pagando en tal caso una pena simbólica, y la mujer en la práctica no podía repudiar al marido, pues la pena de trescientos sueldos, fueran de oro o de plata, en todo caso era una fuerte suma equivalente hoy a varios millones de pesetas.

Si el repudio de la mujer por el marido iba acompañado de injurias a la mujer o de usurpación de sus bienes, hacía incurrir a aquél en inimizia de los parientes de la mujer: la guerra privada a muerte, salvo que el marido repudiador se compusiera con ellos mediante el pago de un *Wergeld* o caloña.

La inimizia está presente en la regulación, por el Fuero de Cuenca y por varios de los fueros de su familia, del repudio de la esposa por el esposo cuando éste la hubiere conocido carnalmente, lo que constituía una injuria.

II) «Foraes» de la familia de Evora-Avila: Son treinta y uno, otorgados desde 1179 —Abrantes— hasta 1267 —Gravão—. Entre ellos se comprende el de Aroche, en la sierra de Huelva, otorgado por Alfonso III

en 1255. En virtud del tratado de Badajoz de 1267 fue cedido a Castilla-León, pero conservó al principio su fuero de Evora. Todos contienen la misma cláusula antes apuntada con las inevitables variantes, pero conservando la esencia disolutoria del vínculo que he descrito en los «foraes» de la familia de Salamanca. En algunos casos el «foral» lo otorga el obispo o el maestre de una orden religiosa militar —Temple o Avis—, sin que por ello desaparezca la cláusula vieja de más de cien años.

III) Otros «foraes»: La más primitiva regulación del divorcio en Portugal la constituye, a mi juicio, el «foral» otorgado por Fernando I de León entre los años 1055-1065 y confirmado por su bisnieto Alfonso I Henriques a las poblaciones de San João de Pesqueira, Penella, Paredes, Linhares y Anciaes. En él se prevé que el hombre «dimiserit uxorem suam». En 1065 no se había iniciado prácticamente la reforma gregoriana y faltaban casi cien años para la publicación del *Decretum* de GRACIANO —año 1140—. Veo claro el alcance disolutorio del vínculo de la frase, cualquiera que sea la complicada regulación de los bienes del ex matrimonio que el resto del texto refleja y el pago de las «ossas» o «huesas».

En Teixeira de Souto Rorigo —año 1206—, Lardosa —1223— y Antela —1255—, no pertenecientes a las familias de foraes de Salamanca o de Evora, se contiene la misma cláusula que en estas familias de fueros.

Tal cláusula o variantes de la misma, tan repetidas en los foraes portugueses, debió figurar en los fueros breves, hoy perdidos, de Salamanca y Avila, integrantes ambos de la Extremadura castellano-leonesa y repoblados entre los años 1075 a 1125 por los reyes leoneses o aragoneses.

El de Medinaceli está íntimamente emparentado con el de Carcastillo y Murillo el Fruto, en Navarra: el de Carcastillo contiene una cláusula parecida a la que a continuación voy a transcribir del latino de Sepúlveda.

El latino de Sepúlveda —otorgado el año 1076 por Alfonso VI de León— dice literalmente: «Si aliqua mulier laxaverit virum suum CCC solidos pectet; et si vir laxaverit uxorem suam, uno arienzo debitet». No puedo enumerar todas las localidades a las que fue otorgado el fuero de Sepúlveda —Uclés, Morella..., entre otras muchas—. Encuentro la misma cláusula del de Sepúlveda en el de Encisa, de Navarra, hoy desaparecida y próxima a Carcastillo. El fuero de Pozuelo de Campos obliga a pagar cinco sueldos al marido que despacha a su mujer, y si la mujer despacha al marido debe pagar sólo diez sueldos. El de San Román de Hornija, otorgado por el Abad de San Pedro de los Montes, distingue: si el caballero despacha a su mujer debe dar cinco sueldos al monasterio; si fuere un peón, pechará dos sueldos y medio; y si la mujer despachare

a su marido, pague treinta sueldos al monasterio, y de ellos, la quinta parte al concejo. El de Viguera y Val de Funes dispone que todo hombre que deje a su mujer peche trescientos sueldos —la pena ya no es simbólica— y la cuarta parte al señor, y si la mujer dejare a su marido peche otro tanto y las arras «e su pan e su vino hasta su sal». Finalmente, en el fuero concedido por la Condesa Ildonza a sus collazos, y que se contiene en el cartulario del Monasterio de Sahagún, se dice: «de mulieres que lexant suos maritos aut illos maritos ad illas mulieres, lexo vos inde tres partes et illa quarta sine toto rogo date». Pienso que la alusión de este párrafo a la cláusula de repudio que he analizado, a fuero de Sepúlveda, no es oscura, sino meridiana.

No acaba con esto la regulación del divorcio en la Edad Media española. El fuero latino de Cuenca contiene, como ya apuntó GARCÍA GONZÁLEZ, la regulación de la ruptura de los esponsales en términos que permiten suponer que en realidad era un divorcio. «Si desposado conociere carnalmente a la desposada y después la repudiare, peche cien áureos y salga enemigo.» La misma disposición se contiene —con variantes acerca de la moneda— en el de Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia e Inaztoraf.

El Derecho canónico medieval consideraba matrimonio rato y consumado los esponsales de futuro que fueran unidos a cópula carnal y lo calificaba de «matrimonio presunto». Por tanto, a los ojos de la Iglesia era nulo el repudio de la desposada por el esposo cuando hubiera mediado cópula carnal, pues se trata de un matrimonio rato y consumado indisoluble.

Si los fueros, por el contrario, prevén en tal supuesto una pena nada simbólica, pues ha habido injuria, y además decretan la «inimicitia» en contra del esposo que repudió con injuria a su esposa, es porque no han aceptado la regla canónica del *matrimonium praesumptum*. Contemplan el supuesto desde la óptica altomedieval y penan el acto del repudio, pero no lo declaran nulo.

GARCÍA GONZÁLEZ afirmó que era poco probable que subsistiera el matrimonio en tal situación de inimicitia. Yo creo que incluso la mujer repudiada contraería un segundo matrimonio, que incluso sería —¿por qué no?— de mano de capellán, dijera lo que dijera al respecto, y a lo mejor en la fecha en que se otorgó el fuero todavía no había dicho nada la Iglesia. No olvidemos que éste pudo ser el caso de las hijas del Cid, repudiadas por los infantes de Carrión, tal y como se desprende del Poema y prescindiendo de la historicidad, dudosa, del hecho que narra.

La redacción D del Fuero de Jaca, según la edición crítica de dicho Fuero dada a la luz por MAURICIO MOLHO, que ha sido editado por la Escuela de Estudios Medievales, Instituto de Estudios Pirenaicos, Zara-

goza, 1964, contiene la cláusula número 33 —pág. 323—, que tiene la siguiente rúbrica: «De quitar el marido». MOLHO añade una (!): no sabe qué quiere decir. Y continúa: «Ningún infanzón ni villano, que tenga mujer y la tenga jurada por fuero, no la debe amenazar ni forzar porque le haga la mujer carta de quitamiento del marido (!) que le prometió, si por ventura ella no lo quitaba [dejaba] por consejo de sus más cercanos parientes. Pero si de otro modo es hecho el quitamiento, no vale ni debe valer por ninguna razón, porque engaño ni fuerza no debe valer». Yo creo que carta de quitamiento del marido es carta de repudio del marido por la mujer, que el marido fuerza a la mujer a darle, y se inspira en la solución que al caso da el *Liber iudiciorum*, libro III, título VI, capítulo I, *in fine*: «porque si la mujer por miedo del varón o convencida o engañada con cualquier argumento suscribiere alguna escritura de sus propiedades a favor del marido que le había abandonado, la escritura no tendrá firmeza alguna y la mujer perpetuamente podrá reivindicar sus propiedades». En la interpretación que da ZEUMER al pasaje del *Liber* se desprende «que el hombre que obtiene por un medio coactivo documentos de divorcio o de renuncia de bienes de su mujer... incurre en severas penas. En todo ello aparece como condición previa que el marido intente verse libre de su mujer en contra de la voluntad de ésta por la astucia o por la fuerza» —*ob. cit.*, pág. 277—.

La originalidad del Fuero de Jaca respecto de la regulación del *Liber iudiciorum* estriba en la intervención de los parientes que aconsejan a la mujer en el otorgamiento de la carta de quitamiento del marido. Parece que el consejo negativo de los parientes permite a la mujer en tal caso retractar la promesa que dio al marido de otorgarle tal carta.

En la «fazaña de Doña Elvira, desposada con un caballero», narrada en el Fuero Viejo de Castilla, 5, 1, 4, se dice que dicha doncella se desposó con un caballero que le donó unos bienes muebles por razón del matrimonio prometido. Se rompió el compromiso matrimonial por causa no especificada, como dicen GACTO FERNÁNDEZ, ALEJANDRE GARCÍA y GARCÍA MARÍN —*ob. cit.*, pág. 168—. El juez, salomónicamente, defirió juramento a Doña Elvira «que si juraba que había abrazado y besado al caballero después que se juraron», que fuere suyo todo lo que el esposo le había dado en desposorio. Y si no otorgaba tal juramento, que devolviera lo recibido. La dueña no quiso jurar que había abrazado y besado al caballero, y hubo de devolver lo recibido.

Los autores citados entienden que el beso y abrazo podían interpretarse como «familiaridades que podían redundar en menoscabo de la fama pública de la doncella... En la doctrina de la Edad Moderna los tratadistas interpretan que tras el eufemismo del beso y el abrazo hay que

dar, por supuesto, el trato carnal entre los desposados» —*ob. cit.*, página 168—.

Creo que la fazaña en cuestión demuestra que en la época en que se resolvió el caso que plantea tampoco se había recibido la regla canónica acerca del matrimonio presunto. Los esponsales de futuro y las incidencias del cumplimiento de la promesa de casamiento son competencia de los tribunales eclesiásticos, y así puede verse en los procesos matrimoniales de la curia de París —años 1384-1387—. Uno de los esposos demandaba en tales procesos el cumplimiento de la palabra de casamiento, probando que había mediado cópula carnal y previos esponsales de futuro. Si se probaban los esponsales y la cópula, el tribunal declaraba indisoluble el matrimonio y obligaba a solemnizarlo ante un sacerdote *in facie ecclesiae*. Entre los procesos de Derecho de Familia registrados en dicha curia en tales años, nada menos que cuarenta y uno entre unos seiscientos en total se refieren a este tipo de demandas que pretenden el reconocimiento de un matrimonio «praesumptum». (Véase LÉVY: «L'officialité de Paris et les questions familiales á la fin du XIV siècle», en *Etudes d'Histoire du Droit Canonique, dédiées a Gabriel Le Bras*, tomo II, París, Sirey, 1965, págs. 1274 y ss.)

Nada de esto se ve en la fazaña en cuestión. El juez que dicta la sentencia es laico: un adelantado de Castilla. Aunque se juzga la liquidación pecuniaria de un contrato de esponsales rotos, hubiera sido inconcebible que en la España del siglo XVI o en el París de 1384 alguien hubiera debatido una cuestión que afectaba a la indisolubilidad del vínculo ante un tribunal civil. Deferir la inexistencia de la posible cópula carnal, eufemísticamente disimulada tras los besos y abrazos, al juramento de la mujer para que ésta pudiera impunemente disolver un vínculo consumado hubiera sido también inconcebible en el siglo XVI. Si ello era posible en la fecha de la «fazaña» es porque la regla del matrimonio presunto no había sido aceptada por el Derecho castellano en pleno siglo XIII o quizá el XIV.

b) *Regulación de la barraganía*: El Derecho portugués conoce la institución de la «barregãa» y, sobre todo, los efectos que la misma produce respecto de los hijos habidos de la unión. PIMENTA, comentarista del Fuego Real en su versión portuguesa del siglo XIII —edición del Instituto para a Alta cultura, Lisboa, 1946, pág. 248—, afirma que «la barraganía fue casi una institución reconocida por el Estado, aunque contrariase a veces la severidad, incompatible con tales costumbres. La barraganía es, por decirlo así, un casamiento no legal...».

GACTO FERNÁNDEZ —«La filiación no legítima en el Derecho histórico español», *Anales de la Universidad Hispalense*, Publicaciones de la

Universidad de Sevilla, 1969, pág. 180— afirma que los hijos nacidos de un peón y de su barragana parten la herencia de su padre con los hijos de mujer de bendición, y por igual en las costumbres de Santarem y Beja. Asimismo, el propio autor, unas líneas más abajo, señala que «una fórmula obligatoria de concurrencia de hijos naturales con engendrados en mujer legítima se reconoció en Portugal durante el reinado de Alfonso III; la única diferencia ventajosa para los de matrimonio residía en que sólo ellos participaban en los bienes de abolengo. Una doctrina semejante, en este mismo reino, contienen las ordenanzas alfonsinas [1446-1447], atribuyéndola al Rey Don Dionis —fines del siglo XIII—: los hijos naturales heredan con los legítimos todo el patrimonio, y sino existe descendencia del matrimonio partes ellos solos, si bien se permite que el padre disponga de la tercera parte» —*ob. cit.*, pág. 181—.

Yo he encontrado lo que juzgo es un descubrimiento sensacional, en la medida que impone la costumbre portuguesa a la regulación de la barraganía de un «franco» con una portuguesa. En el «foral» de Lourinhã—dado por Alfonso I Henriques a los repobladores «francos-franceses» del Norte, que probablemente se quedaron en dicho lugar después de contribuir a la conquista de Lisboa en 1148— se disponen tres reglas que chocan frontalmente con la regulación de la «bâtardiae» o macula bastardias de las *coûtumes* de Francia del Norte, que en principio hubiera debido aplicarse dada la vigencia de la *lex personalis*, característica del Derecho francés. Pues bien: el rey portugués elimina en este «foral» la aplicación de la macula *bâtardiae* del Derecho franco e impone, en la línea de lo que luego fueron las soluciones de las costumbres locales de Beja y Santarem, de las «ordenações» de Alfonso III y Don Dionis, y de tantos fueros de los demás reinos de España que he apuntado en el artículo que precede, una regulación favorable a los «filhos de barregãa». Son «filhos de barregãa», no «bâtards» según «coûtume» de Francia del Norte, aunque sus padres sean francos, viene a advertir Alfonso I Henriques en este «foral».

Dice, pues, este «foral»: «Si el franco hubiere hijo de barragana, éste tenga todo aquello que el padre dispusiere por testamento. Y si éste muriere repentinamente, tendrá el hijo lo que tres buenos hombres le concedan en Derecho. Y si no tuviere otros hijos, aquéllos lo darán todo a los hijos de barragana».

No puede chocar este «foral» más frontalmente con el Derecho de las «coûtumes» del norte de Francia que declaraban incapaces para suceder a su padre a los hijos «bâtards». Estos eran excluidos de la sucesión *ab intestato* de aquél aún por los parientes más alejados del padre, y éste sólo podía disponer a su favor de un legado de bienes muebles de escasa entidad.

El orden público del reino portugués, en consonancia con el ancestral «uso y costumbre antigua de España», motivó esta regulación de la barraganía de francos con portuguesas, que sólo tenía vigencia y parangón posible en aquel momento con el resto de las ordenaciones de la baraganía de los demás reinos peninsulares, frente a la masiva condena del concubinato y marginación jurídica de los hijos «bastardos» en el resto de Europa Occidental. Sólo existe un lejano y poco significativo parangón con el Derecho danés antiguo, que ha estudiado FICKER en la obra arriba citada.

NOTA FINAL SOBRE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO MATRIMONIAL
DE LAS DECRETALES EN EL DERECHO FORAL VALENCIANO

Aunque las disposiciones del Fuero de Valencia relativas al matrimonio son escasas y dispersas, CASTAÑEDA ALCOBER —«Organización familiar en el Derecho valenciano», *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, enero a junio de 1908, págs. 257 a 277— sostiene la tesis de que «la falta de disposiciones de los fueros motivó la aplicación de los de las Decretales, y si a esto añadimos que por Derecho aragonés correspondían al Derecho canónico 'las causas del... matrimonio...', se comprenderá la razón de que en apurada situación habían de hallarse los abogados valencianos si solamente los fueros habían de invocar» —pág. 258—. «Los efectos que la unión producía, todos caían bajo la acción de la Iglesia... sería de derecho canónico todo lo que sobre este punto insistiéramos...». «El divorcio era incumbencia de la Iglesia, pues si ella regía con sus disposiciones la existencia del matrimonio, la misma era llamada a conocer de la separación de los cónyuges y de la nulidad del vínculo» —página 277—.

ANA MARÍA BARRERO —«El Derecho Romano en los Furs de Valencia de Jaime I, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1971, página 647—, tras hacer una cuidadosa comparación de los textos del *Corpus iuris civilis*, Lo Codi —compilación provenzal de Derecho Romano del siglo XII— y el de los Fori, demuestra la intensa romanización del texto de los Fueros de Valencia otorgados a esta ciudad por Jaime I de Aragón. Y sabemos que en la Edad Media el Derecho Romano era el caballo de Troya por donde penetraba en los ordenamientos tradicionales el Derecho Canónico. A mayor romanización, más segura recepción del Derecho Canónico, inclusive del matrimonial.

Sin embargo, no debemos olvidar que Morella, vieja ciudad foral valenciana, fue repoblada en 1232 a fuero de Sepúlveda y conocemos el al-

cance de la cláusula de repudio del mismo fuero. Y en Requena, repoblada a fuero de Cuenca —en la Edad Media, por supuesto, formaba parte de Castilla y sólo en el siglo XIX se incorporó al País Valenciano—, pudo tener vigencia la cláusula del repudio de la desposada por el desposado. El autor arriba citado ignoró en su día estos dos importantes fueros del Reino de Valencia o País Valenciano.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

Miembro del Comité de Expertos sobre el Derecho de los Esposos del Consejo de Europa, año 1980-1981; y del Comité de Expertos de Derecho de Familia, año 1983