

LA FILIACION ILEGITIMA EN LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

SUMARIO: I. LAS UNIONES SEXUALES ILEGÍTIMAS.—A) Las uniones sexuales de las personas consagradas al servicio de Dios. B) Uniones sexuales entre consanguíneos y afines. C) El adulterio. II. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS.—A) La capacidad hereditaria. B) Alimentos. C) Legitimaciones.

Al lado de las relaciones matrimoniales y de las que con un carácter en mayor o menor grado irregular se entablan entre personas a las que el Derecho no impide mantenerlas, aunque trate de obstaculizarlas¹ aparecen aquellas otras que se han considerado ilegítimas y, en consecuencia, prohibidas. Iniciarlas suponía, por tanto, incurrir en una violación del ordenamiento jurídico y en las correspondientes sanciones; por lo que a éstas respecta, no sólo recaían sobre los sujetos infractores sino que, con harta frecuencia, alcanzaban a terceros ajenos a la conducta antijurídica de aquéllos, concretamente a los engendrados o nacidos en esas uniones castigadas por el Derecho.

El comportamiento de los padres origina, de este modo, una limitación en el área de los derechos familiares de los ilegítimos y un considerable empobrecimiento de su *status* jurídico, al recortarse también en buena medida sus facultades en el campo social y político, en este trabajo nos hemos propuesto analizar los efectos de la filiación ilegítima en el ámbito del Derecho privado y para ello resulta inexcusable prestar una atención previa a las diferentes relaciones sexuales condenadas por la normatividad, pues en función de cada una de ellas, y de la intensidad de la sanción legal, varía la situación de la descendencia.

1. Vid. E. GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*. Sevilla, 1969.

I. LAS UNIONES SEXUALES ILEGITIMAS

A) LAS UNIONES SEXUALES DE LAS PERSONAS CONSAGRADAS AL SERVICIO DE DIOS.

La especial situación de las partes de estas relaciones, ligadas de alguna forma a la disciplina de la Iglesia, tuvo como consecuencia el que resultaran consideradas al mismo tiempo por las legislaciones civil y canónica, no siempre concordes, puesto que en ocasiones partían de presupuestos distintos, a consecuencia de lo cual coexistieron a veces dos regulaciones antitéticas.

Las normas canónicas se caracterizaron en todas las épocas por mantener una oposición inflexible frente a cualquier supuesto que violara el deber de castidad que vinculaba a los miembros escogidos de la sociedad cristiana². Junto a ellas, en un primer momento y en lógica consecuencia con la íntima colaboración entre Iglesia y Estado, la legislación visigoda fue un instrumento de vigilancia y defensa del celibato eclesiástico: el matrimonio con vírgenes consagradas o con viudas profesas, también con parientas (y aparece aquí por vez primera una identificación en orden a la gravedad del delito entre los consanguíneos y las religiosas), se declara absolutamente ineficaz; quienes lo intentaran serían separados de inmediato por la autoridad, en actuación de oficio, y castigados con el destierro³; además, se condena también el acto carnal no basado en

2. Vid. la abundante legislación de la Iglesia, radicalmente prohibitiva y saturada de sanciones, en E. GACTO, *La filiación*, cit., 40 y ss. Además F. CARDENAS, *Estudios jurídicos*. Madrid, 1884, I, 195-202, y A. PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación*, XVI, 10.

3. *Liber Iudiciorum* 35,2: "...Audetur denique a multis contra divinae legis monita vel contra honestos vitae communis mores, devotas Deo virgines, et continentiam viduitatis cum benedictione sacerdotis iuxta morem canonum profitentes, seu adfinitatis consanguinitate coniunctas feminas, aut violenter, aut per consensum sibi coniuges sumere, et Deo diccatam castitatem vel reverendam generis copulationem inconcessae libidinis immunditia sordidare... Zelamus enim pro veritate zelo Dei... ut deinceps sicut et canones ecclesiastici prohibent, nullus Deo devotam virginem, nullus sub religionis habitu consistentem... vel sui proximam generis, aut eam de cuius admixtione incestivae notam possit subire infamiae, non licito connubio aut vi. aut consensu accipiat coniugem: quia nec verum poterit esse coniugium...

un título matrimonial, aislado o habitual: separados los culpables la parte que hubiera faltado a su voto —clérigo o religioso— sufría la pena de confinación en un lugar de penitencia; la mujer cómplice recibía cien azotes⁴.

El proceso de regresión, aislamiento y fragmentación jurídica típico de la Alta Edad Media trajo consigo en este campo la consagración normativa de lo que una práctica inveterada había convertido en situación normal: las relaciones sexuales de los clérigos, que las redacciones locales consuetudinarias admiten con una reiteración significativa y con una evidente divergencia respecto del ordenamiento canónico, donde se prolongaron los postulados visigodos de forma tan radical como inoperante; tan sólo en algunos territorios, la posible vigencia del *liber Iudiciorum*, en la medida en que fuera efectiva, pudo, tal vez, continuar la tradición visigoda⁵.

Fue en la Baja Edad Media cuando se originó una reacción vigorosa dirigida a terminar con la relajación del clero, que no desapareció, sin embargo, por completo⁶. En los códigos territoriales de la época aparece ya, latente unas veces y explícitamente expresado otras, un juicio de valor condenatorio de tales uniones, con abundancia de consideraciones morales acerca de la conducta que debían observar quienes representaban a Dios en la tierra. Esta nueva óptica tendrá, como luego veremos, consecuencias decisivas y nefastas para la prole, a cuyo pecaminoso origen se aludirá ya de forma constante.

La idea del sacrilegio condiciona y acompaña desde ahora la situación de los hijos de clérigo, de quienes el Fuero de Jaca dice

Hoc vero nefas si agere amodo provinciarum nostrarum cuiuslibet gentis homines sexus utriusque tentaverint, insistentes a sacerdote vel iudice, etiam si nullus accuset, omnimodis separati exsilio perpetuo religentur...”.

4. *Liber Iudiciorum* 34.18: “...Igitur quemcumque presbyterum, diaconum atque etiam subdiaconum, devotae viduae poenitenti, seu quicumque virgini, vel mulierculae saeculari, aut coniugio aut adulterio commixtum esse evidentissime patuerit; mox Episcopus sive iudex ut repererint, talem commixtionem disrumpere non retardent... Mulieres vero, quae illis fuerint praedictis immunditiis implicatae, centenis flagellis a iudicibus berverentur...”.

5. Vid. E. GACTO, *La filiación*, cit. 40 y ss.

6. Vid. E. GACTO, *La filiación*, cit., 42 y ss.

que “lur vedada nayssença deven celar”, porque “manifiestan la grant honta et lo gran peccat de lurs payres”⁷. En Castilla, el Fuero Real declara inválido el matrimonio de la mujer consagrada a Dios, establece su reenvío al monasterio y condena a quien intentó desposarla con la pena del destierro, la misma establecida para quien tuvo acceso carnal con ella sin que mediara sacramento, las Partidas castigarán el matrimonio de los clérigos con mayor severidad que el ordenamiento visigodo: el culpable, además de perder el beneficio, resultaba excomulgado hasta que abandonara a su cómplice e hiciera penitencia; en cuanto a su pretendido cónyuge, si era vasalla de la iglesia caía en servidumbre de la misma; si ya se trataba de una sierva, se ordenaba su venta y la adscripción del precio para servicios eclesiásticos⁸. La prole engendrada en monja o religiosa y, en general, en cualquier mujer que hubiera formulado voto de castidad, se consideraba a veces incestuosa, título que reciben en una ley de Partidas⁹ y que Gregorio López esclarece, en glosa a otro precepto, a través de un razonamiento de

7. *F. de Jaca* E45; A165: “...demonstran que sos payres peccaron greument en genrar a ells...”.

8. *Fuero Real* 4,82: “Qualquier home que por fuerza, ó a placer, con muger de Orden casare a sabiendas despues que fuere bendicha así como es costumbre, sea tornada al Monasterio donde salió, so grande penitencia, así como semejare a su Obispo, o a su Abadesa: y él sea echado por siempre jamas de la tierra, e no se pueda escusar por decir que ninguno no los acusa: e tan ayna como el Rey lo supiere por el Obispo, o por el Abadesa, o por otro home qualquier, faga facer esto que es sobredicho...”. *Partidas* 1641: “De los Clerigos que casan a bendiciones auiendo Ordenes Sagradas, que pena deuen auer ellos, e aquellas con quien casan.—Casandose algún Clerigo que ouiesse Orden Sagrada, non deue fincar sin pena: ca deuenlo de vedar de oficio, e toller el Beneficio que ouiere de la Eglesia, por sentencia de excomulgamiento, fasta que la dexe, e faga penitencia de aquel yerro. E la mujer si fuere vassalla de la Eglesia, e sopiere que es clerigo aquel con quien cassa, deuela meter el Obispo en seruidumbre de la Eglesia; e si el por si non lo pudiere fazer, deuelo dezir al Rey... E si fuere sierua, deuela vender, e el precio della deue ser metido en pro de la Eglesia, donde es el Clérigo que lo fizo...”.

9. *Partidas* 4,17,2: “...E otrosi non son en poder del padre, losijos que son llamados en latin, incestuosi; que quier tanto dezir, como aquellos que han los omes de sus parientas fasta el quarto grado, o en sus cuñadas, o en las mugeres Religiosas...”. Pasa a *O.O.R.R.* 815,5.

indole teológica¹⁰. Sin embargo, la relación sacrílega conserva su entidad de delito autónomo y es objeto de una regulación más detenida en este mismo cuerpo legal; se distingue entre el acceso carnal consentido y la violación, tipificada como figura delictiva diferente; en caso de unión voluntaria, si el culpable fuera hombre libre sufría una condena pecuniaria que podía alcanzar a la mitad de su patrimonio; si villano, se le azotaba públicamente y sufría el destierro en una isla desierta durante cinco años, pena seguramente teórica, recibida del Derecho romano y sin aplicación virtual en Castilla; a lo más se convertiría en destierro ordinario. Cuando el corruptor era siervo o criado de la casa “deue ser quemado por ende”. Cualquier persona podía actuar como acusador e interponer la denuncia oportuna en los cinco años siguientes a la comisión del acto, o dentro de los treinta, si medió violencia¹¹.

Las Leyes de Toro clasificaron las relaciones sexuales de los clérigos, religiosos y monjas, a afectos de sus consecuencias, como otros tantos supuestos comprendidos dentro del “dañado y punible ayuntamiento”¹².

10. Glosa *Religiosas a Partidas* 7,19,1: “Tria peccata committit accedens ad monialem; incestum quia sponsa Dei est, qui est pater noster. Item adulterium, quia sponsa alterius corrumpit. Item sacrilegium, quia est res sacra...”.

11. *Partidas* 7,19,2: “Quien puede acusar al que yoguiere con alguna de las mugeres sobredichas.—Aquellos, que diximos en el titulo ante deste [De los que yazen con sus parientas, o con sus cuñadas], que pueden acusar a los que fizieren pecado de incesto, en aquella manera misma, e fasta aquel tiempo, e ante aquellos Judgadores, pueden acusar a los que fazen pecado de luxuria con muger de Orden, o con biuda que biue honestamente, o con muger virgen, assi como de suso diximos; e si les fuere prouado, deuen auer pena en esta manera. Que si aquel que lo fiziere fuere ome honrrado, puede perder la meytad de todos sus bienes, e deuen ser de la Camara del Rey. E si fuere ome vil, deue ser açotado publicamente, e desterrado en alguna Isla por cinco años. Pero si fuesse sieruo, o siruiente de casa, aquel que sosacare, o corrompiere alguna de las mugeres sobredichas, deue ser quemado porende: mas si la muger que algun ome corrompiesse non fuesse Religiosa... que le non deuen dar pena porende...”.

12. *Leyes de Toro* 9: “...Y queremos y mandamos, que entonces se entienda, y diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, salvo si fueren los hijos de Clerigos, o Frayles, o Freyles, u de Monjas profesas, que en tal

B) UNIONES SEXUALES ENTRE CONSANGUÍNEOS Y AFINES.

El matrimonio entre personas ligadas con vínculo de parentesco aparece en el *Liber Iudiciorum* como un acto contrario a la santidad del sacramento; en el supuesto de que llegara a celebrarse, el Código sanciona a los contrayentes en los mismos términos que hemos visto establecidos para castigar los casamientos con mujeres consagradas al servicio de Dios¹³. El Derecho romano-cristiano recogido en el *Breviario* había contemplado, por otra parte, supuestos de relaciones incestuosas que llega a condenar con la pena de muerte; quedaban prohibidas las uniones entre cuñados, tíos y sobrinos¹⁴.

La situación no es la misma en la Alta Edad Media, durante la cual desaparece por completo cualquier tipo de referencia a esta clase de uniones, tal vez porque su prohibición en los casos de próximo parentesco fuera tan razonable que no tuviera sentido prohibir algo que repugnaba a toda la comunidad. Por otra parte, era asunto éste que, frente a lo que sucedía con el adulterio, foco

caso aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte: mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan el primero en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesión de los hijos de los Clerigos”.

13. Vid. nota 3.

14. *Lex Romana Visigoth* (Cod. Theod. 3 12,1): “Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem aut in eius amplexum non ut patruus aut avunculus convolaverit, capitalis sententiae poena teneatur”. 3,12,2: “Etsi licitum veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis ducere fratris uxorem, licitum etiam, post mortem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium, abstineant huiusmodi nuptiis universi, nec aestiment, posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari, nam spurius esse convenit, qui nascentur”; 3,12,4: “Tanquam incestum commiserit, habeatur, qui post prioris coniugis amissionem sororem eius in matrimonium proprium crediderit sortiendam; pari ac simili ratione etiam si qua post interitum mariti in germani eius nuptias crediderit adspirandum: illo sine dubio insecuturo, quad ex hoc contubernio nec filii legitimi habebuntur, nec in sacris patris erunt, nec paternam ut sui suscipient hereditatem”.

de rencillas y origen comprensible de desórdenes y venganzas, quedaba en cierto modo fuera del alcance del legislador y mucho más del recopilador de normas consuetudinarias; más en contacto que la autoridad civil con tales problemas debió de estar la iglesia en cuyo ámbito se desarrollaría, sin duda, la lucha contra estas uniones irregulares. Los fueros locales pasan por alto estas situaciones, y su silencio puede interpretarse como indicio del carácter puramente privado que revistieron, sólo relevante a nivel de la conciencia individual.

Ordenamientos posteriores, con resonancias canónicas, desenterraron para el Derecho el concepto de unión incestuosa, que aparece recogido en el Fuero Real y en el de Soria¹⁵; el casamiento entre personas unidas por parentesco en grado prohibido por la Iglesia resulta nulo, y el culpable, o los dos si ambos conocían tal circunstancia, debían ingresar en religión¹⁶. La unión con la mujer del padre o con su concubina se castiga, respectivamente, con las penas establecidas para sancionar la traición y la alevosía; la unión con la mujer o concubina del hijo y del hermano, con el destierro perpetuo y la pérdida de los bienes¹⁷. Los Derechos bajo-

15. *Fuero Real* 3,5,10: "Defendemos que ninguno no pueda mandar de sus cosas a ningun Heregè... ni fijo que hiciese en adulterio, ni en parienta..."; *F. de Soria* 304: "Ninguno non pueda mandar de sus cosas a ninguno que sea herege... ni a fijo que fiziesse en adulterio ni emparienta...".

El *Fuero Juzgo*, por otra parte, vuelve a actualizar la vieja regulación visigótica: vid. 3,5.1 y 2. Lo mismo aconteció con respecto a las uniones sacrílegas y canterinas, para castigar las cuales tradujo dos correspondientes pasajes del *Liber Iudiciorum*.

16. *Fuero Real* 4,8,1: "Ninguno no sea osado de casar con su parienta, ni con su cuñada, fasta el grado que manda Sancta Iglesia, ni de yacer con ella: e quien contra esto ficiere a sabiendas, el casamiento no vala, y ellos scan metidos en sendas Ordenes para facer penitencia por siempre: e si el uno lo supiere y el otro no, el que lo sopiere haya la pena...".

17. *Fuero Real* 4,8,3: "Si alguno yoguiere con muger de su padre, faganle como a traidor: e si yoguiere con la barragana, faganle como a alevoso: e si yoguiere con muger de su hermano, o con su barragana, o con aquella que sopiere que su padre, o su hermano ha yacido: e si el padre yoguiere con la muger del fijo, o con su barragana, el Rey despues que lo supiere, echelos de la tierra por siempre: e sus bienes hayanlos sus herederos...".

medievales más elaborados adoptan la regulación romano-canónica, de mayor amplitud que la visigoda, en cuanto el supuesto de hecho no se limita sólo a los matrimonios entre parientes, sino que se extiende a todo acto sexual entre ellos, aun aislado y ocasional. Así, en Tortosa se distingue, marcando una indubitada escala de gravedad moral, entre “fill nefandissim”, el habido por un hombre en su hija, nieta, biznieta, madre o abuela, y “fill de incestus”, producto de la unión entre parientes colaterales hasta el quinto grado¹⁸; uno y otro son considerados indignos, pero ninguna pena castiga la conducta de sus progenitores; en otro pasaje, el Código de la ciudad identifica ambas categorías denominando indistintamente “incestuosos o nefandis” al nacido de la relación carnal entre dos parientes¹⁹.

El cuarto grado es el establecido en las Partidas para calificar de incestuosas las relaciones sexuales, criterio que adquiere carta de naturaleza en el Derecho castellano; como hemos apuntado más arriba, se identifican con ellas las entabladas con alguna mujer religiosa; el legislador exterioriza sin contemplaciones el criterio que le merecen los nacidos en estas uniones: “Ca estos atales no son dignos de ser llamados fijos: porque son engendrados en grand peccado”²⁰. Con cierto confusionismo terminológico, este mismo cuerpo legal los califica también de “fornezinos”, en una clasificación más amplia que comparten con los nacidos de adul-

18. *Código de las Costumbres de Tortosa* 65,4: “Si algu en son testament estableyx hereu fill seu, qui sia de adulteri o de incestus o nefandissim, ço es qu’el aja haut de filla de neta o de besneta, o de qualque us placia del deuaylant grau, o del pujant, axi com es mare o auia, etc., o del costat grau, axi com germana, neboda, cosina germana, e prima, o altra parenta tro al quint grau, ço es del grau collateral...”.

19. *Código de las Costumbres de Tortosa* 6,5,4: “Los fills qui non deuen succeir a lur pare ni a lur mare... son aquest, adulterins e incestuosos o nefandins...”.

20. Vid. nota 9. *Partidas* 7,181: “Yazer ome con su parienta, o cuñada es pecado que pesa mucho a Dios, e que tienen los omes por muy gran mal, e llamanlo en latin, incestus; que quiere tanto dezir, como pecado que es fecho contra cantidad; e cae en este pecado el que yaze a sabiendas con su parienta fasta el cuarto grado, o con cuñada, que fuesse muger de su pariente fasta en esse mesmo grado”. En 4,2,13 se mantiene la identidad con el incesto del acceso carnal con religiosa.

terio "...e estos non son llamados naturales: porque son fechos contra ley, e contra razon natural"²¹. La relación es conceptuada con una expresión que se repetirá más tarde hasta hacerse clásica: "vedado ayuntamiento"²², y se castiga con la pena establecida para el adulterio cuando no hubiera mediado matrimonio; existiendo éste, con el destierro y la pérdida de la honra y hacienda, a más de azotes es en el caso de ser villano el culpable²³.

En Valencia, los Fueros se remiten al ordenamiento canónico en lo relativo al cómputo de grados de parentesco que califica de incestuosa una relación sexual²⁴.

C) EL ADULTERIO.

A diferencia de lo que hemos visto con referencia a las uniones en que intervienen religiosos y a las que entablan los parientes en

21. *Partidas* 4,15,1: "... E los fornezinos, que nascen de adulterio, o son fechos en parienta, o en mugeres de Orden...".

22. *Partidas* 6,3,4: "... Nin puede establecer por heredero a ninguna persona que fue nascida de dañado coitu que quiere tanto dezir, como de vedado ayuntamiento, assi como de parienta, o de muger religiosa". La expresión se repite en las *Leyes de Toro*: vid., por ejemplo, nota 12 y en el *Fuero de Viscaya* 20,11.

23. *Partidas* 7,18,2: "Al que yoguiesse con su parienta, o con su cuñada, puede acusar cada ome del Pueblo, fasta aquel tiempo, que diximos que puede ser acusado de adulterio el que lo fiziere: e puedelo fazer ante el Judgador del lugar do fue fecho el yerro, o delante aquel que ha poder de apremiar el acusado: e deue ser fecha la acusación deste pecado, en aquella mesma manera, que diximos, que pueden fazer la del adulterio. Otrosi, puede ser acusado deste yerro todo ome que lo fiziere, fueras ende moço menor de catorze años, e la moça menor de doze"; 7,18,3: "Con parienta o con cuñada faziendo algun ome pecado de luxuria a sabiendas, non se auiendo ayuntado a ella por razon de casamiento, si le fuere prouado en juyzio por testigos que sean de creer, o por su conocimiento, deue auer pena de adulterio. Esta mesma pena deue auer la muger, que a sabiendas fiziere este pecado. E si por aventura, alguno casasse a sabiendas con su parienta, quel pertenesciesse fasta al grado sobredicho, e se ayuntase a ella carnalmente, si fuere ome honrrado deue perder la honrra, e el lugar que tenia, e ser desterrado para siempre en alguna Isla... E si aquel que fiziesse el casamiento fuere ome vil deuenle dar açotes publicamente, despues desterrarlo para siempre...".

24. *Fori Antiqui Valetiae* 91,4: "Habentes filios et filias de consanguinea vel infra gradum ab ecclesia prohibitum... illum filius non hereditet...".

grado próximo, las adúlteras sí han resultado expresa y reiteradamente condenadas por un gran número de ordenamientos jurídicos incluidos aquéllos que por su brevedad no acogen entre sus preceptos más que las normas mínimas imprescindibles para mantener la convivencia; es posible que a ello contribuyera no tanto el deseo de defender al matrimonio en cuanto sacramento, intención que sí aparece claramente formulada más tarde, como la necesidad de prohibir con penas graves aquellas situaciones que, con facilidad, podían promover alteraciones o desencadenar violencias. No sería, pues, una razón de moralidad, presente también con igual fuerza en las restantes relaciones ilegítimas cuya regulación se omite en estos textos, sino de pura y simple utilidad, de mantenimiento del orden social externo.

Las penas con que se castigó este delito alcanzaron desigual intensidad según las zonas y el momento histórico en que fueron dictadas, pero como constante nota común destaca el diferente rigor con que resultaron sancionadas las infidelidades matrimoniales en función del sexo del cónyuge delincuente: el adulterio del marido se considera con mucha mayor benevolencia, acaso porque su conducta no provocaba problemas relacionados con la *commixtio sanguinis*, como los que, sin duda, podían derivar del comportamiento irregular de la mujer casada²⁵. Veamos a continuación los dis-

25. En esta línea se pronuncia la *Partida* 7,17,1: "Adulterio es yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada, o desposada con otro. E tomo este nombre de dos palabras de latin alterius et thorus, que quieren tanto dezir, como ome que va, o fue al lecho de otro; por quanto la muger es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, e non el della. E porende dixeron los Sabios antiguos, que maguer el ome casado yoguiesse con otra muger que ouiesse marido, que non li puede acusar su muger ante el Juez seglar sobre esta razon; como quier que cada vno del pueblo (a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro) lo puede fazer. E esto touieron por derecho, por muchas razones. La primera, porque del adulterio que faze el varon con otra muger non nace daño, nin deshorrta, a la suya. La otra, porque del adulterio que faze su muger con otro, finca el marido deshorrado, recibiendo la muger a otro en su lecho e demas, porque del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo estraño heredero en vno con los sus fijos; lo que non auernia a la muger del adulterio que el marido fiziesse con otra: e porende pues que los daños e las deshorrtras, no son

tintos supuestos de infidelidad conyugal que han contemplado los textos normativos:

1. En primer lugar nos referiremos a aquellos preceptos que contemplan como presupuesto de hecho un adulterio que podríamos llamar "simple", en cuanto no se precisa que haya una situación de amancebamiento estable o habitual, y lo sancionan cuando existe una prueba indubitada, esto es, cuando la mujer casada o el esposo que convive con su cónyuge resultan sorprendidos en flagrante delito; quizá pueda entenderse que *a fortiori* sería castigado en estos lugares el adulterio continuado, desde el momento en que fuera manifiesto; la sorpresa del culpable por otra parte, parece estar haciendo referencia a la licitud de la acción vindicativa del ofendido, más que a la consideración antijurídica del acto; en todo caso, y salvo algún supuesto de manifiesta publicidad, derivada precisamente de una reiteración de actos, la única prueba vendría dada por el hecho de sorprender al cónyuge adúltero en la comisión del delito.

a) En algunos lugares la mujer es sancionada con una pena económica, de diferente alcance, o bien con penas infamantes, a veces alternativamente, pudiendo escoger el reo entre las dos.

Así, en la región catalana, los Usatges establecen la multa que debe satisfacer la mujer del payés que comete adulterio, multa que partirán por mitad el señor y el marido cuando éste no hubiera aprobado la conducta de la adúltera, o que percibirá en su totalidad el señor si el marido dio su consentimiento, tácito o expreso, a la relación ilegítima²⁶. Cuando el comportamiento de la mujer estuviera condicionado por la coacción violenta de su cónyuge, quedaba

yguales, guisada cosa es, que el marido aya esta mejoría, e pueda acusar a su muger del adulterio, si lo fiziere, e ella non a el; e esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier que segund el juyzio de Santa Iglesia non seria assi".

26. *Usatges de Barcelona* 110: "*Similiter de rebus*. Semblantment de las cosas o de las possessions dels cuguços, si la cugucia es feta los marits no volents, ells e lurs senyors, per eguals parts, hauran tota la part de las mullers adúlteras. E si per ventura ço que Deu no vulla, ab volentat o ab manament o ab consentiment del marit sera feta la cugucia, daquells aytals hajan los senyors lur dret entegrament".

eximida de pena y podía optar por la separación matrimonial²⁷. La costumbre de otorgar al marido una compensación económica a cargo del patrimonio de la esposa infiel se constata ya en el siglo x, a finales del cual un hombre dona al Monasterio de San Cugat del Vallés distintos bienes inmuebles, cuya propiedad detenta “per vocem de uxori mea... qui mihi fuit tradita in placito pro sua culpa, per adulterium quod illa fecit cum omo nomine Plachero...”²⁸. En Miravet, los culpables de adulterio podían redimirse de la vergüenza pública (recorrer desnudos las calles de la villa mientras eran azotados), pagando una multa de sesenta sueldos²⁹.

En Aragón, el castigo de la adúltera consiste en la pérdida de las arras³⁰; un precepto distinto contempla el caso de que fuera sorprendida in fraganti, y entonces únicamente se mencionan los azotes o la multa de los sesenta sueldos y la pérdida de los vestidos, una sanción que veremos repetida en muchos lugares, simbólicamente infamante, acaso relacionada con la exposición pública de los delincuentes desnudos; en este supuesto se penaría el escándalo, confluyendo con esta pena la establecida de forma general por el precepto anterior, en el plano de la relación familiar: la pérdida de las arras³¹. La pérdida de la dote es la sanción con que también se castigaba en Jaca a las adúlteras³².

27. *Usatges de Barcelona* 111: “*Si autem muliere*. E si las mullers no fan aço per voluntat lur mas per paor o per manament de lurs marits, sens culpa siens de lurs marits e de lurs senyors, e sens tota perdua de propis bens. E si a las ditas mullers plaure, separen se de lurs marits, axi que no perdan lur dot ne lur sponsalici”.

28. *Cartulario de San Cugat del Vallés* I, 270. 11 de marzo del 997.

29. *Constituciones Baiuile Miraveti* 22: “*Et si aliquis captus fuerit in adulterio cum uxore alterius, currant ambo, homo et mulier, per omnes plateas ville nudi verberando vel det pro pena dominacioni ille vel illa que noluerit currere villam LX solidos*”.

30. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Fueros de Aragón* 23: “Toda muller que faze adulterio pierda las arras, que nuncha las pueda demandar”.

31. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Fueros de Aragón* 308: “De aquellos que son presos fendo adulterio et stupro.—Si el casado o la casada seran presos fendo adulterio, pierda los bestidos et peyte de calonia LX ss. Si casado sera preso con casada, peyte CXX ss. et pierdan sus bestidos. Mas en mano sia del rey que peyten la calonia o sian açotados. Et si por bentura no poran pagar, sian açotados”.

b) Con un castigo mucho más riguroso, aplicando la pena capital, se combatió en otras partes el adulterio de la esposa. Así en Llanes, donde el fuero se muestra implacable no sólo con los culpables, sino además con aquellas personas que se atrevieran a prestarles ayuda³³, o en Miranda de Ebro³⁴; en Coria se establece una regulación similar. En Plasencia se faculta al marido que sorprende a los adúlteros para que mate a ambos o sólo a uno, pero asume la responsabilidad ordinaria del homicida si hace justicia en un momento posterior³⁵; en Usagre y Cuenca, bajo la misma condición de sorprenderlos in fraganti, puede darles muerte, pero incurre en sanción si sólo mata al cómplice³⁶.

32. *F. de Jaca* A154: "De muller que a marit si fara adulteri con altre.— Si alguna muyller que aya marit fara adulteri con oltre omne, per que per so uoluntat lexa son marit... los dotz que li auia promes ella ni altre por ella no pot iames demandar per nuylla raçon".

33. *F. de Llanes* 14: "E aquel que con muger de bendiçion fuere fallado, mueran anbos, e, sy fuyeren, non les valga la iglesia, nin palaçio ninguno, e non les anpare ninguno. E sy algunos los anpararen, ayan la tal pena como ellos".

34. *F. de Miranda de Ebro* 34: "... Y si lo hubiera sorprendido cometiendo adulterio con su muger velada, dondequiera que sea, mate a ambos, o a uno si mas no pudiera; y si el otro fuere capturado, sea quemado; y el marido no sea tenido como enemigo ni peche homicidio ni salga de la villa, sino que los alcaldes declararán al tal libre, y el merino hará se le de tregua...".

35. *F. de Coria* 59: "Qui fallar ome con su muger o con su parienta fasta segunda, si ovier marido de bendiçiones o a juras, matelos anbos sin calonna ninguna, e non ixca por enemigo. E si matara el varon e non la muger, peche el coto e ixca por enemigo"; *F. de Plasencia* 68: "Todo omme que su mugier fallare en adultero sila matare non peche calonna ni salga por enemigo, otrossi sea se alque faze el adulterio con ella matare o ferido fuere. Si dotra guisa la matare, peche las calonnas et exea por enemigo".

36. *F. de Usagre* 66: "Tod ome que fallar otro con su mulier o con su parienta, usque ad secunda, si habuerit uirum ad benedicciones uel ad iuras, matelos ad ambos sine calumpnia, et non exeat inimicus. Et si occiderit uirum et non mulier, pectet CCC. morauetis, et exeat inimicus, si eum non potuerint abere. A los parientes del muerto pectet estos CCC. morauetis. Si parientes non ouieren, el conceio lo tome et lo meta en fazer el castiello"; *F. Cuenca* 11,28: "De eo qui uxorem suam deprehenderit in adulterio.—Quicumque uxorem suam cum aliquo adulterantem inuenerit, et eam occiderit, non pectet calumpniam, nec exeat inimicus. Similiter si adulterum

En Estella, el marido puede matar al culpable si lo sorprende de noche con su mujer; cuando ésta fuera hallada de día cometiendo el delito por un extraño, debían ser entregados al señor o al merino³⁷. El Fuero de Ayala establece también la pena de muerte para los adúlteros, además de una pena pecuniaria que el peón culpable debía satisfacer al señor³⁸.

c) Tanto el Fuero Real como el Ordenamiento de Alcalá dejaron al arbitrio del esposo ultrajado la pena con que quisiera castigar la infidelidad; quedaba autorizado a matar a los culpables con la expresa condición de no perdonar a uno; en el primer código, cuando el marido no ejercitaba esta facultad, los delincuentes que-

occiderit aut ipse adulter uulneratus euaserit. Si aliter eam occiderit, pectet calumpnias, et exeat inimicus. Similiter si adulterum occiderit aut ipse adulter uulneratus euaserit. Si aliter eam occiderit, pectet calumpnias et exeat inimicus. Similiter si adulterum occiderit aut uulnerauerit, et uxorem non, utique calumpnias pectet". (= *F. Baesa* 251; *F. Béjar* 322; *F. Teruel* 479; *F. Zorita* 252; *F. Alarcón* 236; *F. Alcaras* 428). El antecedente, en *Liber Iudiciorum* 34,4: "Si adulterum cum adultera maritus vel sponsus occiderit, pro homicidio non teneatur". La necesidad de matar a los dos culpables, exigida también en Coria (vid. nota 35), aparece sancionada con carácter general en el Fuero Viejo de Castilla, 116, en una fazaña que castiga con la muerte al marido que mutiló al cómplice de su mujer, sin castigar a ésta.

37. *F. de Estella* 21: "Si maritus aliquem nocte cum sua uxore ceperit, et illum interfecerit, calumpnia non est ibi. Sed si ab aliquo die in adulterio deprehensa fuerit, et maritus clamorem seniori ville aut merino fecerit inde, senior aut merinus absque marito per censum laxare non debet, sed iusticiam de ambobus facere"; en el proyecto de reforma del s. XIII se varía la regulación, permitiendo al marido matar a la esposa infiel en todo caso, y al vecino acusarla, sin distinguir ya si la sorpresa se produce por la noche o durante el día, y asignándose al acusador, a título de recompensa, los vestidos de los adúlteros: 22: "Si aliquis vicinus Stelle capit aliquem hominem de nocte uel de die facientem adulterium cum uxore sua, si maritus interficit ambos, non est ibi calumpnia. Et propter hoc parentes uxoris siue adulteri non debent insidiari ei pro inimico. Et si aliquis vicinus Stelle capit uxorem vicini sui de die uel de nocte facientem adulterium cum aliquo vicino Stelle, et poterit hoc probare per testes, mulier det de calonia regi LX. solidos, et adulter similiter LX. solidos, et insuper uestes, et sint ille uestes illius vicini qui cepit illos in adulterio".

38. *F. de Ayala* 19: "... E qualquier que tomare muger casada que muera por ello, seyendo tomados ambos. Qualquier peon que ficiese fijos

daban sometidos a él, y, del mismo modo, la mujer y el cómplice quedaban a su merced cuando sólo se habían celebrado los esponsales³⁹; la Ley de Alcalá le permitía acusar ante el juez a uno o a los dos culpables, y en el caso de probarse el hecho, aquél entregaba el reo con sus bienes al marido ofendido⁴⁰. Las Leyes de Toro no castigan la muerte de los adúlteros cuando se haga “justamente” y “los tome in flagranti delicto”, manteniendo la vigencia del Fuero Real en punto al destino de las personas y bienes de los delincuentes, con la única modificación de imponer como obligatoria la acusación en juicio de los dos culpables, no de uno sólo⁴¹.

d) Otros textos, los Usatges, el Fuero de Plasencia y el de Cuenca castigan el adulterio de la mujer aunque no resulte probado por una evidencia inmediata; en ellos se adoptan penas arbitrarias para sendos casos de adulterio presunto. Los Usatges confieren tras-

en muger agena que pague el Omecillo al Señor e mueran ambos, se fueren tomados en uno”.

39. *Fuero Real* 47,1: “Si muger casada ficiere adulterio, ella y el adulterador, amos sean en poder del marido, e faga dellos lo que quisiere, e de quanto han: asi que no pueda matar al uno, e dexar al otro... e si por aventura la muger no fue en culpa, e fuere forzada, no haya pena”; 47,2: “Si muger desposada derechamente casare con otro o ficiere adulterio, el y ella, con sus bienes, sean metidos en poder del esposo, así que sean sus siervos: mas que no los pueda matar: e otrosi, de sus bienes que faga lo que quisiere...”.

40. *Ordenamiento de Alcalá* 21,1: “... que toda mugier que fuere desposada por palabras de presente con ome, que sea de edat de catorce annos compridos, e ella de doce acabados, e ficiere adulterio, si los el Esposo fallare en uno que los pueda matar por ello si quisiere a amos a dos, asi que non pueda matar el vno, e dejar al otro, pudiendolos matar a entrambos. Et si los acusare a amos a dos o a qualquiere dellos, que aquel contra quien fuere judgado, que le metan en poder del Esposo, que faga del e de sus vienes lo que quisiere...”. Vid. sobre su Aplicación Galo SÁNCHEZ, *Datos jurídicos acerca de la venganza del honor*, en *Revist. de Filolog. Esp.* 4 (1917), 293

41. *Leyes de Toro* 80: “El marido no pueda acusar de adulterio a uno de los adúlteros seyendo vivos: mas que ambos adultero y adultera los haya de acusar, o a ninguno”; 82: “El marido que matare por su propia autoridad al adultero y la adultera, aunque los tome in flagranti delicto, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote... salvo si los matare o condemnare por autoridad de nuestra justicia...”.

cendencia jurídica a la simple sospecha de engaño que alimente el marido, y arbitran un procedimiento probatorio basado en el juramento y la ordalía para deducir la inocencia o culpabilidad de la mujer; comprobada ésta, ella es entregada "in manu mariti" con todo su patrimonio⁴². En Plasencia y Cuenca la mujer se salva jurando con doce convecinas, pero si no lo hace, al marido le asiste el derecho de abandonarla sin pena⁴³.

e) Un sistema procesal-penal minuciosamente regulado sanciona en las Partidas el adulterio de la mujer casada, con una serie de disposiciones que resultan más severas para el cómplice que para ella misma. Una norma permite que el marido pueda matarlo cuando lo descubre in fraganti, pero no así a la mujer, que debe ser sometida a juicio⁴⁴. Cuando sospecha el engaño y no puede probarlo, ha de prevenir solemnemente al presunto culpable, con-

42. *Usatges de Barcelona* 112: *Mariti uxores*. Los marits poden reportar lurs mullers de adulteri, si u saben, o per suspita; e ellas se deuen purgar per lur avagant, per sacrament e per batalla, si aquí seran manifets indicis o signes competents. Muller de cavaller per sacrament e mes avant per cavaller. Mullers de ciutadans e de burgesos e de nobles balles per pedon Muller de pagesos per caulera ab lurs propias mans. Si la muller venç. retenga la son marit honradament e esmen li totas las messions que ella a son amics hauran fetas en aquell plet e en aquella batalla e lo mal de bataller; e si sera vençuda, venga en man de son marit ab tot quant haura".

43. *F. de Plasencia* 135: "Titulo dels adulterios.—El marido que sospecha ouiere quil pone cuernos su mugier, et prouar non lo pudiere iure con XII. uezinas et sea creyada, et si complir non lo pudiere pueda la lezar sin colona"; igual *F. de Cuenca* 11,50.

44. *Partidas* 7,17.13: "Como vn ome puede matar a otro que fallasse yaciendo con su muger.—El marido que fallare algund ome vil en su casa, o en otro lugar, yaziendo con su muger, puedelo matar sin pena ninguna... Pero non deue matar la muger, mas deue fazer afrenta de omes buenos, de como lo fallo; e de si meterla en mano del Judgador, que faga della la justicia que la ley manda. Pero si este ome fuere tal, a quien el marido de la muger deue guardar, e fazer reuerencia, como si fuesse su señor, o ome que lo ouiesse fecho libre, o si fuesse ome honrrado, o de gran lugar, non lo deue matar porende; mas fazer afrenta, de como lo fallo con su muger, e acusarlo dello ante el Judgador del lugar; e despues que el Jusgador supiere la verdad, deuel dar pena de adulterio". La ley siguiente autoriza al padre para matar a quien adultera con su hija, y a ésta misma, con la condición de no perdonar a ninguno de los dos; se castiga al pa-

minándole a no dirigir la palabra a su esposa; si hace caso omiso de la advertencia, puede acusarle ante los tribunales e incluso, en determinadas circunstancias, darle muerte⁴⁵; el castigo del delito probado era riguroso: la muerte para el cómplice y penas corporales, económicas y de privación de libertad para la mujer⁴⁶

dre que mata solamente a uno de los culpables, y al marido que mata a la muger, o al cómplice si no lo sorprende en la ejecución del delito y no ha cumplido el requisito de la previa advertencia a que hacemos referencia en la nota siguiente: condena a perpetuidad, en las "laores del Rey", al villano que mata a un noble; destierro por cinco años en una isla a quien mata a un igual, y la misma pena de destierro, más breve, para el que mata a un inferior.

45. *Partidas* 3,14,12: "Como el pleyto criminal non se puede probar por sospechas, si non en cosas señaladas.—... derecha cosa es, que el pleyto que es mouido contra la persona del ome, o contra su fama, que sea prouado, e aueriguado por prueuas claras como la luz, en que non venga ninguna dubda... Pero cosas y a señaladas, en que el pleyto criminal se prueua por sospechas, maguer non se auerigue por otras prueuas. E esto seria, quando alguno que ouiesse sospecha de otro, que le faze, o quiere fazer tuerto de su muger, e lo afrontare tres vezes, por escritura que sea fecha por mano de Escriuano publico, e ante testigos, diziendole, que se quite del pleyto della, e castigando aun a su muger, que se guarde de hablar con aquel ome. Ca si despues desso lo fallasse con ella en su casa, o en la de la muger, o en la del otro, que quiere fazerle deshonrra; o en huerta, o en casa apartada de fuera de Villa, o de los arauales; puedelo matar sin pena ninguna, maguer non se pudiesse prouar, que ouiesse fecho yerro con ella... mas si los fallasse hablando apartadamente en la Eglesia, despues que tal afrenta le ouiesse fecho... puede el marido prenderlos a amos a dos, e darlos al Mayoral de la Eglesia, o a los Clerigos que se acertassen y... fasta que venga, el Judgador, que los demande al Obispo, e que los tome, para darles la pena que merecen... Otrosi dezimos, que si en otro lugar qualquier los fallare apartados en vno, luego el marido deue fazer afruento de tres testigos, de como los falla hablando en vno; e de si prenderlos, e darlos al Juez del lugar e el Judgador puede, e deueles dar pena de adulterio; maguer otra prueua, o otro aueriguamiento non diesse contra ellos...". El procedimiento se reitera en *Partidas* 7,17,12.

46. *Partidas* 7,17,15: "Que pena meresce el ome, o la muger, que faze adulterio; e como se pueden perder la dote, e las arras, e como se pueden cobrar.—Acusado seyendo algun ome, que ouisse fecho adulterio, si le fuesse prouado que lo fizo, deue morir porende mas la muger que fiziesse el adulterio, maguer le fuesse prouado en juyzio, deue ser castigada, e ferida publicamente con açotes, e puesta, e encerrada en algún Monas-

f) El adulterio "simple" del varón casado se contempla en un número menor de ordenamientos y su castigo se limita, por regla general, a una sanción de tipo económico. Así, en Aragón, se sanciona la infidelidad del esposo con una pena idéntica a la establecida para la mujer casada: pérdida de los vestidos y pago de sesenta sueldos; eventualmente se prevé también la posibilidad de los azotes, al arbitrio del oficial o del rey⁴⁷; la misma multa y el abandono de los vestidos estuvo vigente en Jaca⁴⁸. En los pueblos navarros de la Novenera se fija en medio homicidio la pena del hombre que adultera⁴⁹.

g) En algunos textos se contienen sanciones en contra del cómplice de la mujer adúltera; en Navarra, por ejemplo, el Fuero General condena a los adúlteros al pago de medio homicidio, y una serie de textos castellanos autoriza la desheredación de los parientes que hayan cometido adulterio con las mujeres de sus consanguíneos⁵⁰.

terio de dueñas; e demas desto deue perder la dote, e las arras, que le fueron dadas por razon del casamiento, e deuen ser del marido. Pero si el marido la quisiere perdonar despues desto, puedelo fazer fasta dos años. E si le perdonare el yerro, puedela sacar del Monasterio, e tornarla a su casa: e si la recibiere despues asi, dezimos, que la dote, e las arras, e las otras cosas que tienen de consumo deuen ser tornadas en aquel estado que eran ante que el adulterio fuesse fecho. E si por aventura non la quisiesse perdonar, o si muriesse en ante de los dos años, estonce deue ella recibir el abito del Monesterio, e seruir en el a Dios. para siempre... Pero si la muger casada fuese prouado que fiziesse dulterio con su sieruo, non deuc auer la pena sobredicha, mas deuen ser quemados ambos a dos uo- rende...".

47. Vid. nota 31.

48. *F. de Jaca* A65: "D'om qui aura muyller e sera pris ab altra.— Aquel qui aura muyller e sera pres ab altra muyller fazent adulteri peyte per calonia .LX. ss. e perda sas uestiduras".

49. *F. de la Novenera* 178: "De ombre casado que aiga con otra.— Todo ombre que muiller aya a bendicion et con otra muiller sea preso que iaga con eylla que prouado sca, deue al rey medio homizidio...".

50. *Fuero General de Navarra* 4,3,10: "Que calonia ha fidalgo que faz creatuars de villana casada.— Si fidalgo con villana casada faz creaturas por fuerza o por grado, deve peytar meyo omizidio entegro sis provare..."; 4,3,11: "... Otrossi marido et muyller villanos casados ensemble si alguno deylos fiziere creatura en otro lugar, non deve ser

h) En Aragón se contempla el supuesto del adulterio doble, es decir, la relación sexual de un hombre casado con una mujer casada que no es su esposa: a veces se resuelve aplicando el doble de la pena fijada para castigar el adulterio sencillo; otra solución más drástica, adoptada en Albarracín y Teruel, establece la pena de muerte para los adúlteros⁵¹.

2. Las situaciones de adulterio estable, esto es, de convivencia habitual del hombre o mujer casados, separados o no del domicilio conyugal, con personas que no fueran sus legítimos cónyuges, han merecido la atención de un mayor número de ordenamientos jurídicos, lo que resulta fácilmente comprensible en cuanto ellas podían originar alteraciones en la vida de la comunidad de mayor trascendencia que las derivadas del adulterio ocasional.

Resulta significativo el hecho de que la convivencia habitual de la mujer en adulterio haya sido castigada, por regla general, con mucha mayor benignidad que los casos examinados hasta ahora. Podría pensarse que ahora se hace referencia a la mujer que ha contraído matrimonio en otro lugar y se establece más tarde en la población del fuero, ocultando su condición y relacionándose adulterinamente con algún vecino; tal circunstancia supone la inexistencia de escándalo en tanto no se ponga de manifiesto la presencia de un vínculo matrimonial anterior; ante la sociedad, su relación sería calificada de barraganía, situación lícita, no de matrimonio secreto porque si así fuera, al descubrirse la existencia del anterior vínculo incurriría en la pena de bigamia. No hay, por

rezebido... et demas deve meyo homicidio..."; 4,3,12: "Que calonia han villanos trobados en adulterio.—Todo villano o villana que es preso en adulterio, deve por calonia meyo homizidio". Aparte de las sanciones establecidas en otros lugares para castigar al cómplice de la mujer, especialmente ligado al marido y que falta doblemente al deber de fidelidad, podemos considerar, vgr. *Usatges de Barcelona* 40: "Qui se sciente. Qui scientment ociura son senyor..., o li adulterara sa muller..., si provat o convençut nes, deu venir en ma de son senyor ab tot quant per ell tenga... car gran bausia es"; vid. también todos los preceptos citados en E. GACTO, *La filiación...*, cit., 5 y ss., nota 2.

51. Vid. nota 31; *F. Teruel* 486: "De omne casado con muger casada. De cabo mando que, si baron casado con muger casada en Teruel adulterio fizieron et prouado fuere, amos ensemble sean quemados". Igual *C. P. Albarracín*, pág. 163.

tanto, atentado contra el honor de ningún vecino de la localidad ni, consiguientemente, un marido ofendido que pudiera estar facultado por el fuero para tomar venganza por sí mismo.

Pero resulta, quizá, más verosímil, imaginar que mientras en los apartados anteriores hemos estado analizando supuestos de infidelidad de esposas que viven con su marido y faltan a sus deberes, aquí nos encontramos con mujeres separadas de hecho de sus respectivos cónyuges, incluso permaneciendo ambos en el círculo de la misma comunidad vecinal, y que han constituido una nueva familia de hecho, es decir, no legal; no puede hablarse entonces de infidelidad porque se ha roto el matrimonio, al menos de hecho, y tal vez de común acuerdo (o por el uso que el marido hace de la facultad que el Derecho le reconoce para repudiar a la mujer, v. gr., la situación prevista en Plasencia y Cuenca a la que hemos aludido en el apartado *d*). El ordenamiento jurídico castiga entonces no la transgresión de unos deberes que ya no existen, sino una falta menor —y de ahí la menor entidad de la pena—, un simple comportamiento inmoral que trata de desterrarse. Esta explicación es válida también para el adulterio permanente del marido, aunque es preciso apuntar que esta cuestión es compatible con la convivencia del esposo y su cónyuge en el mismo domicilio conyugal: en efecto, la conducta irregular del hombre casado aparece tipificada como antijurídica en algunos ordenamientos que, sin embargo, pasan por alto toda referencia a las uniones adulterinas transitorias; pudiera ser una actitud encaminada a proteger la familia y el matrimonio, declarándolo incompatible con unas relaciones que, de ser admitidas, vendrían a consagrar una verdadera poligamia de hecho.

Las penas con que los distintos ordenamientos han sancionado estas conductas antijurídicas en la Alta Edad Media se reconducen a dos tipos: la corporal de flagelación, en la que juega también un importante papel represivo la vergüenza pública en que incurren los culpables, derivada de la forma solemne en que se ejecuta, y la pena de destierro, en la que podría estar presente la idea de evitar que la relación volviera a entablarse en el futuro. Para épocas posteriores, en Valencia y Castilla, las penas adquieren un matiz pecuniario, combinándose en ocasiones con otras de tipo corporal.

Los fueros de la familia Cuenca-Teruel contemplan separada-

mente los supuestos de concubinato del hombre y la mujer casados: en el primer caso, tanto el adúltero como su compañera sufren el castigo; ambos son flagelados a un tiempo, sanción que se aplica también en Valencia⁵²; en Zorita, sólo la concubina es azotada, mientras el adúltero incurre en la pena de destierro⁵³; parecida solución se arbitró en Brihuega, donde la concubina, tras recibir el castigo usual, era arrojada de la villa, mientras el adúltero había de permanecer un año en el destierro⁵⁴. En otras ocasiones, la sanción es económica: así se deduce de un documento del siglo x que contiene una sentencia señorial, tal vez ajustada arbitrariamente a la conducta escandalosa del reo, un hombre que tiene que ceder todas las posesiones que detentaba en el término como castigo a una serie de adulterios por él cometidos⁵⁵. En el siglo xv se establece una pena combinada en Daroca —azotes en público para la concubina y multa de doscientos sueldos para el hombre

52. *F. de Cuenca* 11,37: "De coniugato qui concubinam palam tenuerit.—Vir qui uxorem nuptam habuerit, siue in concha, siue in aliis, partibus, et concubinam palam tenuerit, ambo ligati fustigentur." (= *F. Baesa* 259; *F. Plasencia* 100 *F. Béjar* 335; *F. L. Teruel* 375; *F. Teruel* 488; *C. P. Albarracín*, pág. 163 *F. Albarracín*, pág. 59; *F. Alarcón* 245 *F. Alcaraz* 4, 38.); P. J. TARAZONA, *Instituciones dels Furs y Privilegis del Regne de Valencia*, Valencia 1580, 377: "...Y home casat no tinga concubina en su casa, ni fora de aquella... sots pena los dos de açots: y si es home honrrat, o dona honrrada, pague xixenta morabatins, y estiguen dos anys bandejats de la ciutat y son terme".

53. *F. de Zorita* 261: "Del omne casado que touiere amiga.—Otroquesi, si el marido que su muger ouiere, siquier en Zorita siquier en otras partes, et paladina ment touiere amiga, deue seer echado dela uilla: ella deue seer fostigada".

54. *F. de Brihuega* 99: "Por omne que toviere barragana aviendo mugier velada.—Tod omne que toviere barragana, aviendo mugier velada, echenlo de la villa por i anno, et ella sea fostigada, et echen la de la villa".

55. L. SERRANO, *Cartulario del Infantado de Covarrubias*, pág. 35: Zite Piniólez cede a doña Urraca cuanto posee en Ceballos de Buelna en pena de ciertos crímenes por él cometidos, 7 de mayo del 979: "...cum mea uxore nomine Offrisia, quem habuit dotata et arrata, sic me miscuit in adulterio vel fornicatione cum alia muliere nomine Gota, filia Pantaleonis et post inde miscuit me cum mea nuera nomine Zitiella et feci eam pregne muliere de filio meo nomine Tellu...".

casado—⁵⁶. Una pena pecuniaria se fija en Valencia para castigar el adulterio habitual del ciudadano honrado junto con el destierro durante dos años⁵⁷. Para Castilla, el Ordenamiento de Montalvo recoge una disposición de las Cortes de Briviesca de 1387 en la que se castiga al varón casado que mantiene concubina con la pérdida de la quinta parte de su patrimonio hasta un total de diez mil maravedises, cantidad que se ponía a disposición de uno o dos parientes de la concubina, con la finalidad de que la sirviera de dote en el caso de que “ella quisiere casar, y facer vida honesta”⁵⁸. En la Novísima Recopilación el total de la multa impuesta al marido adúltero que abandona a su esposa para vivir con la concubina puede llegar a alcanzar la mitad de su patrimonio⁵⁹.

La sanción ordinaria que los fueros establecen para castigar el

56. T. CAMPILLO, *Documentos históricos de Daroca y su comunidad*. Zaragoza 1915, 233. Año 1444: Privilegio en el que la reina confirma, para cinco años, las constituciones siguientes, que le presenta la comunidad de Daroca: “Item, que si algun vecino casado, que viviere en la ciudad o en sus términos, tuviese públicamente una manceba, pagase en el acto de ser descubierto 200 sueldos, y ella azotada en público sin remisión alguna...”.

57. Vid. nota 52.

58. *G.O.R.R.* 8,15,3: “La pena de los hombres casados que tienen mancebas.—Ordenamos, que ningun hombre casado, no sea osado, de tener, ni tenga manceba publicamente; y qualquier que la tuviere de qualquier estado, y condición que sea, que pierda el quinto de sus bienes hasta en quantia de diez mil maravedis para la nuestra Camara, por cada vegada que ge la fallaren: y que la dicha pena sea puesta por los Alcaldes en poder de un pariente, o dos de la muger, que sean abonados, que los tengan de manifesto; para que si ella quisiera casar, y facer vida honesta, que la dicha pena sea dada por bienes dotales al marido que con ella casare... o si quisiere entrar en Orden sea dada la dicha pena al Monasterio...o... si se provare vivir honestamente en este año... que le sean dados los dichos maravedis, para que dellos se pueda mantener...”.

59. *Nov. Recop.* 12.26,2: “Mandamos, que qualquier hombre que muger casada agena sacare, y la tuviere publicamente por manceba, seyendo requerido por el Alcalde o por el marido que la entregue a la Justicia, y no lo quisiere facer, y le fuere probado, demás de la pena del Derecho, pierda la mitad de los bienes, y sean para la Camara: y ansimismo sean la mitad de los bienes para la Camara, del hombre que tuviere muger a ley y bendición de la santa madre Iglesia, y toma manceba, y vive con ella juntamente en una casa, y no en casa con su muger”.

adulterio habitual de la mujer casada es el destierro y los azotes, sin que, por lo general, la pena alcance al concubinario⁶⁰. La Novísima Recopilación sanciona, sin embargo, únicamente al cómplice de la adúltera en el mismo sentido que al casado que mantiene concubina⁶¹.

3. Nos queda por examinar la bigamia, un tipo especial de relación estable adulterina que, por su carácter sacrílego, ha sido perseguida con implacable rigor. La diferencia con la situación anterior estriba en que mientras los supuestos analizados en el apartado precedente pueden tener su origen, como hemos visto, en la existencia de otras tantas familias constituidas de hecho, previa la ruptura más o menos regular del primer matrimonio, la bigamia significa un intento por parte del hombre o la mujer casados que, separados del cónyuge, hacen vida marital con otra persona, de legitimar la nueva unión de hecho mediante un segundo matrimonio.

La unanimidad de los ordenamientos alto-medievales en su represión es casi absoluta: la pena de muerte para el hombre o la mujer que contrae matrimonio por segunda vez, constante jurídicamente el anterior, y, a veces, cuando la circunstancia fuera conocida por la parte libre de vínculo, aplicada a ambos⁶². Sólo en

60. *F. de Cuenca* 11, 36: "...Si mulier virum alibi habuerit... si dominum fecerit, fustigetur per plateas, et per omnes calles civitatis, et eiciatur a civitate" (= *F. Baza* 259; *F. Plasencia* 100; *F. Béjar* 334; *F. Zorita* 260; *F. L. Teruel* 374; *F. Teruel* 487; *C. P. Albarracín*, pág. 163; *F. Albarracín*, pág. 58; *F. Alarcón* 244; *F. Alcaraz* 4,37). T. CAMPILLO, *Documentos* cit. en nota 56: "...Que si alguna muger casada mantenía públicamente relaciones ilícitas con algún hombre, fuera también azotada..."; excepcionalmente, en Valencia se castiga también al cómplice de la adúltera: P. J. TARAZONA, *Instituciones*, cit. 377: "...y dona casada o solta no tinga per concubinari home casat, sots pena les dos de açts: v si es home honrrat, o dona honrada, pague xixanta morabatins, y estinguen dos anys bandejats de la ciutat y son terme".

61. Vid. nota 59.

62. *F. de Cuenca* 11,36: "De bigamo qui duas insimul uzores habuerit. Quicumque in aliis partibus uxorem nuptam habuerit, et priore vivente aliam in concha duxerit precipiteutr. Si mulier virum alibi habuerit, et in concha alii nupserit, conburatur..." (= *F. Baza* 269; *F. Plasencia* 100; *F. Béjar* 232; *F. Zorita* 260; *F. L. Teruel* 374; *F. Teruel* 487; *C. P. Albarracín*, pág. 163; *F. Albarracín*, pág. 58; *F. Alarcón* 244; *F. Alcaraz* 4,35).

Zorita el bigamo era arrojado fuera del término municipal⁶³. Durante la Baja Edad Media aparecen otras sanciones menos duras: en Valencia, junto a la correspondiente sanción canónica que deberían aplicar los jueces civiles, los culpables eran condenados a pagar una multa de mil sueldos, fijándose de forma subsidiaria la acostumbrada pena de exposición a la vergüenza con los públicos azotes, y además el destierro perpetuo⁶⁴.

En Soria y los lugares de vigencia del Fuero Real se generaliza una pena que tiene indudables precedentes en el Derecho visigodo: la mujer que contrae matrimonio con un hombre casado pasa a poder de la primera esposa con todos sus bienes, si no tiene descendencia legítima, y aquélla puede disponer de ellos y de su persona, con la sola prohibición de atentar contra su vida. Cuando la segunda mujer ignoraba la condición del marido se le reconoce el derecho a partir con él los bienes gananciales. Ninguna disposición penal existe para castigar la conducta del varón⁶⁵.

En el Derecho territorial de León y Castilla, sí se encuentra duramente castigada la bigamia del hombre: las Cortes de Valladolid de 1322 se refieren a la pena canónica usual con que los arzobispos condenaban a los bigamos: multa de trescientos maravedises, y piden que se suprima porque conforme a Derecho, el reo debía perder todos sus bienes en favor de sus descendientes legítimos o

63. *F. de Zorita* 259: "...Otroquesi, tod aquel que en otras partidas casado fuere, e muger touiere, et la primera muger uiba fuere, et con otra en termino de Çorita casamentare, deue seer echado dela uilla".

64. P. J. TARAZONA, *Instituciones*, cit., 387: "Qui pendra dos mullers, o dos marits, scientment, essent tots vius, vltra la pena que li donara la Esglesia, la qual se deu executar per la Cort pague a la Cort mil sous; y si nols pora pagar, correaga la ciutat açotantlo y cridant sia dit son delicte, y sia bandejat per tots temps y pot esser punit sens esperar que lo jutge Ecclesiastich conega dels matrimionis...".

65. *Fuero Real* 3,64: "...y esta que se a sabiendas casa con marido ageno, sea metida con todos sus bienes, si fijos legitimos no hobiere en poder de la muger que aquel marido habie: e faga della. y de sus bienes lo que quisiere, fuera que la no mate"; "Si home que hobiere muger, e casare con otra, e hobiere fijos della, si esta con quien casa no supiere que era casado, estos hijos sean herederos, y ella haya la meytad de los bienes que ganaren de consuno...". En el mismo sentido, *F. Soria* 324; el precedente, en *Liber Iudiciorum* 3,4,1 y 2.

del reo, si faltaban aquéllos⁶⁶. La Ley de Briviesca de 1387 estableció que el reo de bigamia sería marcado en la frente con un hierro candente⁶⁷; dos siglos más tarde, las Cortes representaban al rey la conveniencia de imponer la pena capital a los bigamos, considerando excesivamente benévola la sanción de Briviesca, a cuya causa atribuían la proliferación de este delito, pero la iniciativa no prosperó⁶⁸.

II. LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS ILEGITIMOS

Los textos normativos más antiguos hacen referencia, por regla general, solamente a los hijos adulterinos, guardando un significativo silencio sobre las restantes categorías. Abundando en consideraciones ya expuestas, el hecho puede interpretarse como síntoma de que las filiaciones sacrílega e incestuosa no representaban

66. *Cortes de Valladolid* de 1322, 92: "Otrossy por que dizen que en algunas tierras ay omnes que casan dos vegadas sseyendo biua la muger primera que les demandan los procuradores delos arçobispos trexientos mr. acada vno de pena et que esto es contra prejuçio del Rey nuestro sennor que estos atales que casan dos vegadas commo ssobredichor es, que deuen perder quanto an e deue sser de ssus fijos o nietos. Et ssinon oviere fijos nin nietos que deue sseer del Rey e non de arçobispo nin de otro ninguno".

67. *Cortes de Briviesca* de 1387. Ordenamientos de Leyes, 3.14; "Muchas vezes acaesçe que algunos que son casados o desposados por palabras de presente, ssyendo sus mugere o esposas biuas, no temiendo a Dios nin ala nuestra justiçia se casan o desposan otra vez; e por que esta es cosa de grant pecado e de mal ensiemplo, ordenamos e mandamos que qual quier que fuere casado o desposado por palabras de presente se casare o desposare otra vez. que demas delas penas en derecho contenidas, quele fierren en la frente con un hierro caliente que sea fecho asennal de 9". Pasa a *O.O.R.R.* 5.1.3.

68. *Cortes de Segovia* de 1532, pet. 79; "Item, suplicamos a vuestra magestad, que porque la pena de la ley del Ordenaminto real contra los que se casan dos vezes es liuiana, atenta la immoralidad del delicto, y mucho malos hombres se atreuen a casar dos vezes en ofensa de Dios nuestro señor, y de su sacramento, y en perjuycio de las mugeres virgines y biudas de sus deudos, que vuestra magestad mande poner la pena de muerte contra los que cometieren el dicho delicto.—A esto vos respondemos que mandamos que se guarden las leyes de nuestros reynos que sobre esto hablan, y aquellas se executen".

ningún problema de suficiente entidad en la vida de las comunidades medievales por lo que las posibles soluciones no plasman en sus ordenamientos jurídicos respectivos; sólo el Derecho visigodo repara en ellos; entonces conservaba todavía la legislación un elevado grado de tecnicismo, y la influencia de la Iglesia sobre ella era lo bastante fuerte como para utilizarla en algunos puntos concretos de instrumento de regeneración moral.

Pero la regresión jurídica que caracteriza a nuestra Alta Edad Media borró las huellas de toda elaboración normativa anterior y sólo hubo lugar en los preceptos de la época para aquello que realmente debía ser regulado para garantizar un mínimo de seguridad y orden en el marco de las comunidades a las que iban destinados. En una sociedad no tan puramente cristianizada como el legislador o el clérigo que redacta los documentos, la filiación que hoy llamamos sacrílega no planteaba ninguna dificultad, su concepto no encerraba ninguna valoración peyorativa y en ningún aspecto esencial se diferenciaban de los legítimos o naturales; los incestuosos, por su parte, a lo sumo podían representar un problema de índole doméstica, condenable desde el punto de vista moral, pero que se desenvolvía en el seno de la familia sin trascender al mundo del Derecho; * sólo la prole engendrada en una unión adúltera recibe un tratamiento especial, porque las implicaciones jurídicas de las relaciones entre sus padres resultaban evidentes, a caballo entre la traición y la injuria del cónyuge inocente. Sería necesaria la influencia del Derecho romano-canónico, en los primeros años de la Baja Edad Media, para que la legislación volviera a encontrar el cauce por el que había discurrido varios siglos antes.

A) LA CAPACIDAD HEREDITARIA

Los ordenamientos locales de la Alta Edad Media refieren una cierta incapacidad hereditaria, sea absoluta o sólo parcial, exclusivamente a los hijos adúlteros. Veamos los términos en que tal limitación se impone, teniendo en cuenta que no es posible recons-

(*) Hay que valorar, por otra parte, el aislamiento de los pueblos en esta época y su escasa población, determinantes de una forzosa endogamia. Los vecinos naturales de cada núcleo debían estar unidos en una gran ma-

truir la posición jurídica de los hijos incestuosos, de los que no se encuentran alusiones en los ordenamientos peninsulares de esta época; por otra parte, y en lo que respecta a los de clérigo, el gran número de lugares donde se reconoce su perfecto derecho a suceder a sus padres nos inclinó a considerarlos en el mismo plano que a los naturales ⁶⁹.

1) *Inhabilitación de los ilegítimos para recibir cualquier bien de sus padres, abintestato o por testamento*

Esta postura de rigidez extrema caracteriza a los fueros más antiguos, que presentan correspondencias mutuas en varios grupos; todos ellos se refieren exclusivamente a los adúlteros cuando hablan de hijos ilegítimos. En Daroca se afirma el derecho de los descendientes a recibir la herencia de sus mayores, "exceptis adulterinis" ⁷⁰. La norma se refiere a la sucesión intestada, pues los adúlteros pueden recibir una parte del patrimonio por legado o donación, como veremos luego. En Teruel y Albarracín se sanciona también la recíproca sucesión entre hijos y padres, con la salvedad de los adúlteros, "quia qui non debet nasci non debet ut forum precipit hereditare" ⁷¹. La compilación privada de Derecho aragones se refiere al hijo *super seminat* para excluirle tanto de la sucesión testada como de la legal; su redactor se pregunta cómo es posible que pueda aspirar a disfrutar de una parte del patrimonio quien no debió haber nacido y concluye con una reflexión que nos recuerda vagamente el Derecho visigodo: de no tratarse de un

yoría por vínculos de parentesco, máxime dada la forma de computar éste. Por ello, muchos hijos naturales (de soltero y soltera, barragana o no) debían ser incestuosos; y tal vez muchas parejas no llegaran al matrimonio al no poderlo contraer fácilmente por razón de parentesco.

69. Vid. los textos que les reconocen una plena capacidad hereditaria en E. GACTO *La filiación*, cit., 42-43, nota 84 y pág. 163, nota 394.

70. T. MUÑOZ ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas* I, 538; *F. de Daroca*: "Omnes parentes hereditent suos filios, et e converso, exceptis adulterinis filiis, quos praediximus non debere hereditare".

71. *F. L. Teruel* 6: "Quod pater hereditet bona filii, et filius bona patris.—Pater hereditet bona filii, et filius bona patris, nisi filius uel filia factus fuerit in adulterio quia qui non debet nasci, non debet, ut forum precipit. hereditare...". En igual sentido *F. Teruel*, 4, y *C. P. de Albarracín*, pág. 6.

cristiano, sus hermanos —se entiende los legítimos— bien podrían venderlo y repartirse el precio ⁷².

En otros lugares se les deshereda tajantemente, sin que los redactores de los respectivos fueron hayan sentido la necesidad de motivar razonadamente las causas de este trato discriminatorio: es el caso de los *fornecinos* de Molina de Aragón, de los hijos del hombre que teniendo mujer velada los engendra en otra, como se expresa en Brihuega y en Fuentes de la Alcarria, de los *malfechos* de Alcalá de Henares y tal vez también de los *cocovinos* de Ledesma ⁷³. Pero los términos utilizados por estos textos no nos permiten decidir sin riesgo de error si se trata de una incapacidad para suceder abintestato que puede resultar subsanada por volun-

72. *Compilación privada de Derecho Aragonés* 32. "De homine qui habet muliere ad benedictionem, aut de muliere que habet uirum ad benedictionem, et habent filios unus de alio et qual se uult de illis fecerit filios vel filias in alia muliere aut cum alio homine, iste habet nomen filius super seminatus et non debet hereditare patrem suum neque partire cum aliis germanis, qui qui non debuit nasci quomodo debet accipere partem? Et si non esset pro illa christianitate que est in eo debent uendere illum alii germani quia non fuit de coniuge". Cr. *Liber Iudiciorum* 3,5,2.

73. *F. de Molina de Aragón*, cap. 11; pág. 76: "Qui oviere fijo que non fuere de muger velada, fagal fijo en conceio et si non lo ficiere, non herede. Fornecino non herede." La expresión fornecido, derivada de fornicio o unión sexual extramatrimonial tiene aquí un sentido restringido, como se deduce de la primera parte de la norma. Hace referencia a un tipo de filiación tratada con dureza especial, lo que hace suponer que comprendería a aquellos hijos engendrados en una cópula reprobada por la comunidad: en adulterio, sin duda ninguna, y acaso también en incesto, al menos en parentesco vertical y primer grado del colateral, uniones que llevaban implícita la comisión de un pecado de mayor gravedad que el cometido al unirse con persona extraña y libre; en contra de la inclusión de los incestuosos en esta categoría podría alegarse el paralelismo con los fueros que transcribo a continuación, donde sólo se atiende a los adúlterinos; *F. de Alcalá de Henares* 277: "Todo filio malfecho non herede. E quomodo es malfecho: sil ficiere el padre, su mulier aviendo a bendición, en otra muger..." Nada se establece para el supuesto de que hijo fuera engendrado en mujer casada. *F. de Brihuega* 311: "Qui fiziere fijo con otra mugier.—Tod ome de briuega que oviere muger velada, et fijo fiziere en otra: aquel fijo no herede..."; igual, *F. de Fuentes de la Alcarria* 182. Vid. *F. de Ledesma* 136 y sus posibles interpretaciones en E. GACTO, *La filiación*, cit. 161 y ss.

tad de los padres o si, por el contrario, en ninguna forma estaban capacitados para recibir bienes de ellos.

Una original formulación encontramos en *Viguera*, donde el fuero incapacita para suceder al hijo de mujer casada y padre soltero, o al engendrado en un adulterio doble. Tal casuismo acaso deba entenderse considerando que allí no era conceptuado adúlterino, y en consecuencia se reputaba hábil para heredar, el hijo de padre casado cuando la madre no se encontraba ligada por vínculo matrimonial, aunque también pudiera ser la causa de tan precisa regulación el hecho de recogerse en el fuero normas procedentes de *iuditia*, que conservan así un matiz casuístico al no haber sido objeto de un tratamiento inductivo que las elevara a un grado de mayor generalidad⁷⁴.

La recepción de las ideas romanas apenas pudo afectar en estos lugares a la condición de los hijos adúlterinos, pero, en cambio, supuso la equiparación con ellos de otras especies de ilegítimos que hasta entonces no habían visto disminuída su capacidad al no haber sido objeto de una regulación jurídica especial: incestuosos y sacrílegos. Aquéllos, sin embargo, continúan mereciendo la mayor atención del legislador.

En *Estella*, la proyectada reforma del Fuero elaborada en el siglo XIII les privaba de cualquier bien, mueble e inmueble, que hubieran recibido de sus padres, incluso si la transmisión se había reforzado con alguna garantía⁷⁵. La misma incapacidad debían experimentar en *Cataluña*, territorio de tradición romana; en un documento de *San Cugat del Vallés* redactado el año 1226, un testador reconoce que no puede dejar nada a sus hijos "spurii et ex damnato coitu procreati", si bien se declara deudor de una impor-

74. *F. de Viguera y Val de Funes* 476: "De fijo de fornicio.—Omne que fuere de fornicacion de padre soltero e de casada, o de dos casados que no sean de una bendicion, non debe heredar, mas herederan los parints mas cercanos de los padres".

75. Proyecto de reforma del *F. de Estella* del s. XIII, 39: "...sed si quis habet forte filium vel filiam in adulterium genitum vel genitam penitus nichil habeant de bonis patris sui et matris neque de mobili neque de hereditate et si forte pater aut mater fecisse aliquod donatium filio sic genito non ualeat eis neque de mobili neque de hereditate quamuis habeant de illo donatio bonas fermes".

tante suma de dinero de la que ellos y su madre aparecen como acreedores, acaso en un supuesto de simulación fraudulenta⁷⁶. En Tortosa, el código de la ciudad sancionó la nulidad de toda manda que el padre dejase a sus descendientes adulterinos o incestuosos⁷⁷, aunque, como veremos más adelante, se muestra más benévolo con respecto a la herencia materna.

En la extremadura castellana, Soria, Plasencia y las ciudades de vigencia del Fuero Real se produce una equiparación completa de adulterinos, incestuosos y sacrílegos, que son declarados incapaces no ya sólo para heredar, sino incluso para recibir donaciones de sus padres⁷⁸. Una inhabilitación semejante, impuesta en términos generales y referida a la sucesión paterna se consagra

76. J. RÍUS SERRA, *Cartulario de San Cugat del Vallés* 3,416; 24 de febrero de 1226: "Item fateor et sollempniter recognosco quod habuit et recepi doudecim milia solidos monete quaternalis a Maria filia Petri Mone-der quos ei et filiis quos ex ea habui volo et mando reddi et solvi post obitum meum... de rebus vero sive bonis meis non possunt nec volo eis aliquid dimitere eo quod non sunt legitimi filii mei. Immo sunt spurii et ex dampnato coitu procreati nam licet in faciem Ecclesie de facto contraxerim cum dicta Maria mater eorundem non tenuit de iure matrimonium inter me et ipsam eo quia ipsa habebat maritum legitimum vivum sicut ego bene scio et recognosco coram Deo et hominibus. Verum intuitu pietatis dimitto eis equis porcionibus quingenteos aureos quos habeant...".

77. *Código de las costumbres de Tortosa* 684: "Los fills que non deuen succeir a lur pare, ni a lur mare, jas sia ço que sien stablits hereus en testaments, e la heretat los deja esser toлта, e deja esser dels pus pruyxmes del testador, si son aquets, adulterins e incestuosos o nefandins. deu los esser toлта, sens tot contrast, axi com a persones no dignes, e que no poden auer ni pendre per lexa ni per heretat de lur pare ni de lur mare."; 6,5.4: "Si algu en son testament estableyx hereu fill seu, qui sia de adulteri o de incestus o nafandissim... o a algu d'aquests aytals sobredits fara alguna lexa; aytal substitucio o legat no val, ans los pus pruyxmes del defunt li u poden tot tolre, axi com a persona no digna, e han actio contra eyl e demanda".

78. Vid. nota 15. La expresión "muger de otri" debe ser un error de transcripción y habrá que leer "muger de orden", como dice *F. de Soria*. lo contrario sería aceptar una redundancia, pues el adulterio se ha citado antes ya. A no ser que se entienda, lo que no es verosímil, que el hijo hecho en adulterio es sólo el de padre casado en cuyo caso el empleo de las palabras "muger de otro" trataría de cerrarles también el camino hasta la herencia a los hijos de madre casada. Nos inclinamos por la primera interpretación porque aparte el paralelismo con el precepto de Soria no se en-

también en las Partidas y el Fuero de Vizcaya. Si el padre les hiciese alguna donación o legado, los legítimos y, en su defecto, los naturales, podrían revocarlo, facultad que se reconoce asimismo a los ascendientes; si en el plazo de dos meses no utilizaban esta prerrogativa, los bienes cedidos a los ilegítimos aprovechaban al rey⁷⁹.

En el Derecho territorial de Castilla y León en la Baja Edad Media debió, en efecto, generalizarse el principio de incapacidad hereditaria de los hijos ilegítimos; por lo que respecta a los de clérigo, que tan favorable tratamiento habían recibido hasta entonces, parece que fue así. Un privilegio otorgado por Alfonso X en el año 1262 a los clérigos del obispado de Salamanca les permite, a título excepcional, nombrar herederos a sus descendientes⁸⁰; su

cuentra en el *F. Real* otra norma que determine la situación de los hijos de mujer religiosa aparte el ya citado 4,8,2, donde se les alude de pasada.

79. *Partidas* 6,3,4: "Quien non puede ser establecido por heredero.— "...Nin puede establecer por heredero a ninguna persona que fue nascida de dañado coitu, que quiere tanto dezir, como de vedado ayuntamiento, assí como de parienta, o de muger religiosa."; 6,13,10: "Quales fijos non son legitimos, nin naturales e que non pueden heredar los bienes de sus padres.— Nascido seyendo alguno de fornicación o de incesto o de adulterio; este atal non puede ser llamado fijo natural ni deue herdar ninguna cosa de los bienes de su padre: a si atal fijo como este diesse el padre alguna cosa de lo suyo los otros fijos legitimos que fueren de aquel padre mismo pueden reuocar la donación e la manda. Fueras ende si el Rey le confirmasse la donacion...E si fijos legitimos non ouiere puedenla reuocar los hermanos del padre deste fijo atal o su auuelo o su auuela. E si tales parientes no ouiessen que la reuocassen o si los ouiere, fuessen tan negligentes que non quisiessen demandar fasta dos meses lo que fuesse dado a tal fijo como este estonce deue ser del Rey."; *Partidas* 1,6,41 y 4,21,3 desentierran un viejo texto conciliar visigodo, declarando la incapacidad para suceder del engendrado en matrimonio sacrílego, quien además caerá en servidumbre de la iglesia, aunque pueden heredar a su madre. *F. de Vizcaya* 20,11: "...Y si... ouiere hijos, que haya havido el home casado de alguna muger, o la muger casada de algun home en vida del marido legitimo, o el marido en vida de la muger legitima, o otros incapaces, que los tales hijos, o hijas, engendrados en dañado ayuntamiento, no puedan suceder, ni heredar en vida, ni en muerte, en bienes algunos del Padre: Salvo, si fuere legitimado por su Alteza".

80. VILLAR Y MACÍAS, *Historia de Salamanca*, I, 399: "Sepan cuantos este privilegio vieren et oyeren cuemo nos don Alfonso...damos et otor-

condición queda definida en 1380 por la ley que dicta en Soria Juan I, en la que les prohíbe heredar bienes de sus padres clérigos o de los parientes de éste, así como recibir mandas, donaciones o ventas, y se revocan todas las cartas y privilegios concedidos hasta entonces ⁸¹. En un formulario castellano del siglo xv aparece la institución como herederos fideicomisarios de dos hijos de un clérigo de Valmaseda y en él se manifiesta que “todo fue hecho en fraude e perjuisimiento e contra las leyes e hordenaciones de los mis Reynos que sobre este caso fablan, por quanto los fijos de los clérigos son incapaces e indignos e inabiles para heredar ansi por sucesiones de sus parientes o titulo de institucion como en otra qualquier manera, por lo cual los dichos bienes pertenescen a mi e a la mi camara...”, si bien al final se transmiten por merced regia

gamos a todos los clerigos del obispado de Salamanca, que puedan facer herederos a todos sus fijos et a todas sus fijas, et a todos sus nietos, et a todas sus nietas, et en ayuso todos cuando dellos descendieren, por linea derecha, en todos sus bienes, asi muebles como raices, despues de sus dias, et mandamos et defendemos, que ninguno sea osado de venir contra este privilegio para equebrantarlo nin para menguarlo en ninguna cosa, et a quielquier que lo ficiese habria la nuestra ira et pecharnosye en coto mil maravedis, al querelloso todo el daño doblado...”.

81. *Cortes de Soria* de 1380, 8: “Otrosy que nos pidieron por merçet que en algunas çibdades e villas e lugares delos nuestros rregnos han cartas e preuillejos quelos fijos delos clerigos, que ouieren ensus barraganas, que heredasen sus bienes o de otros quales quier sus parients, asy commo si fuessen nascidos de legitimo matrimonio... e quelas tales cartas que son dadas contra Dios en contra Derecho: e pidieronnos por merçed que mandasemos quelas tales cartas e preuilegios quelos dichos fijos de los clerigos tienen enesta rrazon, que non gozasen dello.— A esto respondemos que nos plaze, e tenemos por bien quelos tales fijos de clerigos que non ayan nin hereden los bienes de los dichos sus padres nin de otros parientes, nin ayan qual quier manda o denaçion o vendida queles sea fecha agora nin de aqui delante; e quales quier preuillejos o cartas que tengan ganadas o ganaren de aqui adelante en su ayuda e contra esto que nos ordenamos, mandamos que non valan nin se puedan dellos aprouechar nin ayuadr, ca nos los rreuocamos e damos por ningunos.” Pasa a las *O.O.R.R.* 1,3 22 y 5 3,2 y a la *Nov. Recop.* 10 20, 4 y 5.

a uno de los hijos⁸². La misma incómoda posición les deparaban los Furs de Valencia⁸³.

Las Leyes Nuevas plantean el tema de la sucesión del adulterino en forma narrativa para declarar de forma general su incapacidad hereditaria⁸⁴. Una evidente relación temática aproxima este texto a otros aragoneses que vamos a examinar después, en los que la situación del hijo no resulta, sin embargo, tan perjudicada.

2. *Reconocimiento a los progenitores de la facultad de transmitir bienes a la prole ilegítima "miserecordiae causa"*

Es una posibilidad admitida en Daroca donde, junto al precepto que hemos señalado antes, en el que se prohibía la sucesión intestada de los adulterinos, se inserta otro en el que se manifiesta que pueden recibir por expresa voluntad de sus padres una cantidad de dinero no superior a cien sueldos⁸⁵. En Alfambra, por

82. L. CUESTA, *Un Formulario medieval castellano del s. XI*. Madrid 1947, pág. 66.

83. *Fori Antiqui Valentiae* 87,5: "Interpretatio domini regis: hoc intelligatur [la posibilidad de heredar a falta de parientes legítimos] in filio burdo naturali nato de soluto et soluta, qui non sit ex consanguínea natus vel ex complexu nephario, vel incestu".

84. *Leyes Nuevas* 23: "Otrosi si un ome e una mugier avien un fijo, e este ome aviendo su mugier de bendicion fizo una fija en otra mugier, e finó el marido, e la mugier, e fincó por heredero el fijo de bendicion, e despues murió el fijo de bendicion, e los parientes mas propincos entraron lo suyo por herencia, e agora viene aquella fija fornecina e demanda la buena daquel su hermano, e dize que ella deve heredar, e los parientes propincos dicen, que fija que asi fue fecho que non debe heredar; manda el rey, que tal ome o tal mugier como este, que asi sea fecho en adulterio, padre ni madre que nol puedan heredar. Et si este que asi fue fecho en adulterio muriere sin herederos, e oviere hermanos daquel padre o daquela madre, non pueda heredar los sus bienes por propincos". Es *Pseudo Ordenamiento de Alcala*, 26.

85. MUÑOZ ROMERO, *Colectión de Fueros*, cit. I, 536, *F. de Daroca*: "Si quis vir, habens legitimam uxorem, genuerit filium, vel filiam, ex alia adultera, ille filius non sit haeres cum aliis nec hereditet in rebus patris. Pater vero si voluerit possit illi dare usque ad C solidos, hoc idem fiat de muliere conjugata."

el contrario, el *fornezino* sucede *abintestato*, bien que en una cantidad simbólica, cinco sueldos (la misma suma con que en Aragón el padre aparta al hijo *legítimo* de la herencia cuando quiere dejar ésta a los demás hermanos, o a uno sólo), a condición de que el padre lo haya reconocido como hijo suyo; nada se establece sobre la sucesión testada, lo que no puede interpretarse como indicio de incapacidad⁸⁶.

Soluciones en esta misma línea fueron adoptadas generalmente en Aragón por los ordenamientos bajomedievales; así, el Fuero de Jaca, con referencia a adulterinos y sacrílegos los aparta expresamente a la sucesión testada y de la legal, pero admite que reciban lo que los padres, liberalmente, quieran donarles en vida⁸⁷. En otras versiones de este mismo ordenamiento jurídico, que presentan un gran parecido formal y de contenido con un precepto de la recopilación de Derecho aragonés y con la norma antes citada de las Leyes Nuevas, se confirma la precaria situación del adulterio, que no participa de la sucesión del padre ni de la madre si ellos, voluntariamente, no le dejan algo "misericordia motus", "per cosiment et per pietat", en documento público. Los hermanos legítimos rechazan las posibles pretensiones del adulterino apelando a una expresión paralela a la utilizada por el redactor de la compilación privada: "tu in peccatis es natus et nascere non debuisti, ideo nulla racione potes aut debes esse heredem in hereditatem quam requiris"⁸⁸. Un último argumento bíblico refuerza la legitimidad de esta concepción⁸⁹.

Los Fueros de Aragón recogen la misma regulación para adul-

86. *F. de Alfambra* 72: "Tot omne bort que conoxido es de su padre si es fornezino prenga V. solidos por part et si no es fornezino parta con sus hermanos."

87. *F. de Jaca* A² 1: "...Encara los fills feyzt en adulterio non puscan demandar dels bens de so payre o de son mayre. Mas si aquel atal payre per sa merce dementre que es uiu uolra donar alguna cosa de sos bens o assignar ad aquel fill nat en adulteri aya. n poder ..." (= B108 C42, E45. Estos dos últimos preceptos y la versión A1'5 extienden la misma regulación a los hijos de clérigo).

88. *F. de Jaca* A14, B223, C44, E47; *Recopilación de Derecho Aragonés*, 12.

89. *Recopilación de Derecho Aragonés* 12: "Non enim est heres filius ancillae cum filio libere."

terminos y sacrílegos, con la sola precisión de que la donación o el legado con que los padres pueden favorecerlos durante su vida ha de ser establecido por el padre seglar, de forma que el padre o madre religiosos de ningún modo pueden transmitir nada a sus descendientes ilegítimos⁹⁰. Si la donación no fuese moderada y viniera a superar lo que es usual en estos casos, queda *ipso iure* inválida y favorece a los herederos⁹¹

La efectiva vigencia de estos principios podemos comprobarla en el curso de un proceso que relata Sessé: un tal Valerio instituyó heredero, en calidad de hijo, a un sujeto del mismo nombre, y el testamento fue impugnado por un consanguíneo del testador, fundándose en la calidad de adulterino del heredero, engendrado por el testador en una mujer casada; en consecuencia “state lege regni non potuit testator aliquid relinquere praesertim in testamento filio suo adulterino”, sino, a lo más, dejarle algo en vida “propter misericordiam”, por lo cual, el demandante solicitaba la anulación del acto de última voluntad y la subsiguiente apertura de la sucesión intestada, que le favorecía como pariente más cercano. La razón más fuerte —expresa Sessé— que militaba en contra de la pretensión del pariente era que si el heredero había nacido durante el

90. G. TILANDER, *Los Fueros de Aragón* 5,234: “De aquellos qui non son nados de bendición.— ...Et el fillo o la filla qui es nascido en adulterio non puede conseguir part en los bienes del padre o de la madre por ninguna manera, empero non uieda el fuero que non pueda dar el padre o la madre a tal fillo o a tal filla de lures bienes en lur vida...” La versión latina comienza: “nati autem in adulterio vel ex religioso...”; *Vidal Mayor* 6,17; SAVALL Y PENEN, *Fueros, II. Observantiarum Regni Aragonum* 6, *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum* 25: “...Sed in adulterio natis. vel aliter ex coitu damnato, vel natis ex religioso. Nihil potest dare in morte, sed dum vivit causa misericordiae dare potest eis pater laycus...”

91. SAVALL Y PENEN, *Fueros, II. Observantiarum Regni Aragonum* 5, *De natis ex damanto coitu*, 1 y 2: “Pater non potest legare in testamento filio nato de adulterio aliquid de bonis suis, etiam de his quae reliquerit pro anima sua ad pias causas. sed tamen in vita sua potest dare aliquid quod est arbitrarium, et quod dicit Forus de religioso, idem intelligitur de presbytero quia ad paria iudicantur. Item, de consuetudine filio, vel filiae natis in adulterio, pater dare potest in vita ad arbitrium sui moderate, sed si talis pater alias donaret ultra modum filio, vel filiae nato in adulterio non valeret imno illul applicaretur propinquioribus, ac si tali nihil donasset.”

matrimonio de la madre con otro hombre, jugaba en su favor la presunción de legitimidad derivada del matrimonio y así, considerado hijo del marido de su madre y tercero extraño al testador, éste podía instituirle.

Sin embargo, la presunción de legitimidad cede a la presunción contraria cuando, como en el presente caso, aparece reforzada por una serie de indicios reveladores, como el hecho de que la madre viviese separada del marido, como concubina en casa del testador, quien además consideraba hijo suyo al heredero, a quien había dado su nombre. La sentencia, con la que se declara plenamente de acuerdo Sessé, reconoció la procedencia de la demanda y provocó la apertura de la sucesión legal sobre la base de un doble razonamiento: si el heredero no era hijo del testador, el testamento resultaba nulo, viciado por error en la persona, ya que la institución se fundamenta en la creencia de que entre el instituido y el otorgante mediaba una relación filial; si, por el contrario, no existía error por ser el heredero hijo adulterino procedía también la anulación del testamento, contrario a la ley que prohíbe instituir a los ilegítimos⁹².

Una concepción similar arraigó en Navarra, cuyo Fuero General contiene diversas disposiciones sobre los hijos engendrados en relaciones adulterinas. Tanto si sus padres son nobles como villanos, la situación en que permanecen es de absoluto desamparo: privados de la sucesión intestada, se establece que no deben ser considerados hermanos por los hijos legítimos y se decartan también sus relaciones con los otros parientes; una serie de limitaciones jurídicas extrafamiliares termina por definir la condición de los adulterinos navarros⁹³. Otro precepto, que entronca con las soluciones vigentes en Aragón determina que no pueden heredar nada por testamento salvo lo que buenamente le dejase, "alguna cosa"⁹⁴. De la misma

92. Sesse, *Decisionum Sacri Senatus* I, dec. 34, 274 y ss.

93. *Fuero General de Navarra* 439: "Nuill ombre casado si forzare muyller casada o la levare por fuerza o por grado... si fiziere creaturas, non deven heredar en las heredades deylos." En Navarra, los ilegítimos no podían prestar fianza, garantía, juramento ni testimonio.

94. *Fuero General de Navarra* 4313: "Qué puede aver el que es nascido en adulterio.—Sobre esto dize el Fuero que desque sabido es qué ès én adulterio nascido, que ninguna cosa no deve aver de los bienes de su padre, si

condición de los adúlteros participan los incestuosos, habidos dentro del cuarto grado de parentesco cuando sus padres conocían el impedimento, y los sacrílegos; éstos pueden suceder sin limitación a su madre soltera y “testamentariamente al padre, aunque sólo en los bienes muebles que quisiera transmitirles”⁹⁵.

Un testamento de principios del siglo XII, redactado en Irache, nos permite comprobar que en la práctica, al menos cuando el padre carecía de descendencia legítima, como en el documento, el hijo ilegítimo —*spurius vel mancer*, expresa el testador con evidente imprecisión terminológica— puede llegar a recibir “terciam partem de omnibus hereditatibus et substanciis”, lo que a todas luces excede la cantidad permitida por el Fuero⁹⁶. Sí es, en cambio, perfectamente conforme a Derecho el testamento secreto suscrito por Carlos III en 1412; en él deja mandas en metálico a sus hijos bastardos y se contiene una referencia a los legados que había recibido una hermana suya, hija ilegítima del anterior monarca⁹⁷.

El Código de Tortosa, donde la influencia romana aflora tanto en el contenido como en la terminología, regula la sucesión de los ile-

el padre non deysare por su cosiment alguna cosa. Aquest mismo fuero de la muyller casada ni ha fillo o filla en adulterio”; en el *F. de las Encartaciones* 323 se expone la costumbre vigente en los valles de Salcedo y Gordejuela, que viene a coincidir con lo expuesto.

95. ALONSO, *Recopilación* I, 66, *Ordenanzas viejas* de 1624: “Item... ordenamos que si el clerigo o sacerdote adquiere bienes francos... no los puedan dejar a hijos de Sacerdocio procreados; pero a otros cualesquiera los puedan dejar, pero pueda heredar lo de su madre, si fuere suelta conforme a fuero”. Vid. también pág. 339. A los hijos de clérigo los descarta expresamente de la sucesión en los inmuebles paternos, aunque por motivos fiscales, la *Nov Recop.* 1,145. YANGUAS, *Diccionario*, v. *hijos*, opina que los adúlteros que él llama “campix”, o adúlteros dobles, puedan heredar a sus padres, cuando no existe descendencia legítima, en dos sueldos seis dineros y media peonada de tierra, abintestato; los “fornecinos” hijos de casado y soltera, heredaban, hubiera o no legítimos, en cinco sueldos y una peonada. Pero nos parece que este autor ha utilizado textos sólo aplicables a los naturales.

96. J. M. LACARRA, *Colección Diplomática de Irache*, I, 120; sobre la posibilidad de que el padre quiera referirse con estas expresiones al hijo natural, vid. E. GACTO, *La filiación*, cit., 170.

97. M. ARIGITA, *Cartulario de Santa María la Real de Fitero*, I, 411.

gítimos con los bienes maternos, y sanciona su carácter de herederos legales cuando la madre muera intestada, incluso cuando se trate del hijo “qui esset vulgo conceptus”⁹⁸, esto es, de padre desconocido o de padre cierto, pero que se finge ignorado para no herir los sentimientos morales de la comunidad. Un documento del siglo XIII redactado en San Cugat del Vallés, nos proporciona datos que confirman la situación de inferioridad de los ilegítimos catalanes con relación a los naturales. Se trata de un hombre que ha contraído matrimonio solemne con una mujer casada, conociendo este extremo; el matrimonio es, por tanto nulo, y la prole, como el propio testador afirma, “spurii et ex dampnato coitu procreati”. Su capacidad hereditaria frente al padre es definida por éste sin dejar lugar a dudas: “...de rebus vero sive bonis meis non possum nec volo eis aliquid dimitere...”, sin embargo de lo cual, e *intuitu pietatis* les lega una cierta cantidad de dinero garantizada sobre un inmueble⁹⁹. En Gerona, los espúreos podían recibir también algo de sus progenitores, como se deduce de un texto de las Consuetudines¹⁰⁰

En Castilla, el Libro de los Fueros contiene un tratamiento especial discriminatorio para la categoría de los hijos de abad, y supone quizá el momento en que los hijos de clérigo pierden la ventajosa condición que los asimilaba a los naturales para convertirse en ilegítimos; la casuística evidente de este precepto puede explicarse teniendo en cuenta el origen judicial de las soluciones contenidas en el Libro, pero no es aventurado pensar que refleja una situación común a los sacrílegos de distinta procedencia. No pueden estos heredar a sus padres ni abintestato ni por testamento, y sólo permite que reciban alguna pequeña cantidad de dinero

98. *Código de las costumbres de Tortosa* 6,8,5: “Ne aytall fill [el natural] no pot venir contra lo testament de son pare, jas sia ço que pusca venir a successio dels bens tots de la mare, morta entestata, si que sia aytal fiyl o altre, qui esset vulgo conceptus”.

99. Vid. nota 76.

100. *Consuetudines de Gerona*, 62: “Item servatur quod filius spurius habet rem emphiteoticariam ex donatione parentum vel ex legato vel alio simili titulo, dominus pro quo tenetur, tercium vel laudimium non habet (Consuetudo)”. (= *Usatges de Gerona* 91.)

“per alimosna”, limitada en su cuantía a no sobrepasar el importe usual de un legado en favor del alma¹⁰¹.

Las Partidas exceptuaron de la regla general, la sucesión de los hijos en los bienes de la madre, a los incestuosos y a los nacidos “ex damnato coitu”, esto es, de mujer religiosa e ilustre, a los que Gregorio López equipara los adulterinos¹⁰². A diferencia de la norma que regula la sucesión paterna, aquí no se alude a la nulidad de las donaciones y legados que la madre pueda establecer, lo que nos inclina a interpretar la ley como referida a la sucesión intestada; la madre podría favorecer en su testamento a estos descendientes.

La legislación de Toro excluyó de la sucesión legal y testamentaria a los ilegítimos en el patrimonio de la madre cuando concurrieran con hijos nacidos de matrimonio, permitiéndose que recibieran una parte o la totalidad del quinto de libre disposición; sin hermanos legítimos, sólo eran equiparados a los naturales, es decir,

101. *Libro de los Fueros de Castilla* 71: “Título delos fijos del abad.— Esto es por fuero: que ningun fijo de abad non deue heredar en lo de su padre, sy non fuere por alimosna qual de algo el abad por su alma. Mas, sy el muriere e non lo mandare ala ora dela muerte delo suyo o de ante, deuen lo heredar sus hermanos o los omnes mas propinquos parientes commo heredan de otro mannero”; algunas otras limitaciones, no ya de índole familiar sino social, embargarón la condición de estos ilegítimos: así por lo que respecta a los sacrílegos en general, que seguían la carrera eclesiástica, la imposibilidad de disfrutar un mismo cargo con su progenitor, o sucederle en él, sancionada por Carlos V y que se recoge en *Novi. Recop.* 1,13,4, o las trabas con que en Navarra se obstaculizaba su ingreso en los oficios mecánicos y en las artes liberales que no se derogan hasta principios del siglo XIX (ALONSO, *Recopilación* I, 136). También los sacrílegos vieron mermados sus derechos políticos en Guipúzcoa. no podían ser admitidos en los oficios públicos de la provincia, ni participar en concejos y juntas, o detentar cargos honoríficos.

102. *Partidas* 6,13, 11: “...todo fijo deue heredar en los bienes de su madre en vno con los otros fijos legitimos que nascen della, quier sea legitimo, o non. Fueras ende, si fuesse tal fijo como el que llaman en latin incestuoso... o fuesse otro que llaman en latin, natus ex damnato coitu...”; vid. glosa *natus ex damnato coitu*. Los de clérigo si heredan a la madre, como establecen *Partidas* 4,21,3: “...E aun les nasce a los fijos [de clérigo] otro embargo, del yerro quel padre fizo casando en esta manera; ca non deven heredar los bienes del padre, como quier que puedan heredar los de la madre”.

admitidos a la herencia en calidad de herederos forzosos cuando la unión de la que procedían no fuera, por lo que a la madre respecta, considerada como “dañado y punible ayuntamiento”, o lo que es lo mismo, que no hubiera incurrido, por iniciar la relación, en pena de muerte, ni aquélla se entablara con persona dedicada al servicio de Dios. De esta forma, parece que sólo quedan en disposición de herederos legales los hijos incestuosos en grado que hubiera permitido el matrimonio si hubieran recibido la dispensa necesaria, y los hijos adulterinos de mujer soltera y hombre casado. La situación de los restantes ilegítimos no varía de la que detentan cuando concurren con hermanos legítimos ¹⁰³. La misma regulación se adopta en Vizcaya ¹⁰⁴.

Con respecto a los hijos de clérigo, la Ley 9 de Toro se remite a la que en 1380 promulgó Juan I en Soria, inhabilitándoles para

103. *Leyes de Toro* 9: “Los hijos bastardos o ilegítimos de qualquier calidad que sean, no pueden heredar a sus madres *ex testamento* ni *ab intestato*, en casos que tengan sus madres o hijo, o descendientes legítimos, pero bien permitimos que les puedan en vida, o en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrian disponer por su anima, y no mas ni allende. Y en caso que no tenga la muger hijos, o descendientes legítimos aunque tenga padre, o madre, o ascedientes legítimos, mandamos que el hijo o hijos, o descendientes que tuviere naturales, o espurios por su orden y grado le sean herederos legítimos *ex testamento*, *et ab intestato*: salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar a sus madres *ex testamento*, ni *ab intestato*. Pero bien permitimos que les puedan en vida, o en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas de lo que podían disponer por su anima, y de la tal parte despues que la huvieren puedan disponer en su vida, o al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos, que entonces se entienda, y diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, salvo si fueren los hijos de Clerigos, o Frayles, o Freyles u de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte: mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan el primero en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesión de los hijos de Clérigos”.

104. *F. de Vizcaya* 20, 11: “...Y en quanto a la Madre, tampoco le puedan suceder, en vida, ni en muerte, fijos que haya havido Muger de Clerigo, o Frayle, ni de tal ayuntamiento, por el qual merecia pena de muerte natural: pero en este caso, el Padre, o la Madre para en alimen-

sucedan en los bienes de sus padres; la alusión contenida en la legislación de Toro resulta equívoca, y puede interpretarse tanto en el sentido de ratificación de la ley de Soria, como en el de extensión de su alcance a la sucesión materna, que es la que se trata en dicho precepto; discurrendo sobre ella, se establece, como hemos visto, que no pueden suceder los hijos de dañado y punible ayuntamiento, y la unión se conceptúa tal cuando la "madre por tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, salvo si fueren los hijos de clérigos o Frayles o Freyles u de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte: mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor Rey Don Juan el primero en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesión de los hijos de los clérigos" ¹⁰⁵.

Tratándose de la sucesión de los ilegítimos en los bienes de la madre, y establecida la regla general de incapacidad de los que proceden de dañado ayuntamiento, la posterior referencia a los sacrílegos sólo cabe entenderla como extensión a ellos del mismo régimen, a título excepcional en cuanto la unión de sus padres no constituye ayuntamiento punible en el sentido de la ley. Carece de sentido pensar que la norma se limita a reproducir la ley de Soria en su primitivo alcance, en primer lugar porque en la legislación de Toro no se contiene una regulación de la sucesión intestada de los hijos ilegítimos en los bienes paternos, que continúa rigiéndose, a nivel territorial, por la ordenación de las Partidas (ratificada, además, indirectamente la testamentaria en la ley 10), y, además, porque todo el contexto del precepto examinado contempla la situación del ilegítimo ante la madre ¹⁰⁶.

tos les puedan dar, y mandar a los tales incapaces, fasta el quinto de todos sus bienes, muebles, y rayzes. y no mas...: Pero si la Muger oviere hijos espurios de otra calidad, no de Clerigo ni Frayle, de tal ayuntamiento, porque merezca muerte, sino Hijos de otra suerte; que a los tales les pueda dar, y mandar todo lo suyo que oviere en mueble, pero no la raíz: Porque en ello han de suceder los profincos legitimos...".

105. Vid. nota 81.

106. Para Gregorio López, Avendaño, Acevedo, D. Pérez y otros, ninguna de ambas leyes observa el supuesto de la sucesión a la madre: la de 1380, con la expresión "si sus hijos heredasen sus bienes, e de sus padres" se refiere a los clérigos y a su consanguíneos, y la de 1505 se limita a re-

De acuerdo con esta explicación, que nos parece la correcta, los hijos ilegítimos suceden a la madre en la forma siguiente.

1) Hijos de dañado y punible ayuntamiento: nunca pueden, en ningún caso, recibir más de la quinta parte del caudal hereditario materno.

2) Ilegítimos que no hubieran sido engendrados en ayuntamiento punible:

a) Tratándose de hijos de clérigo, mujeres profesas, etc., sólo podrían obtener, como los anteriores, lo preciso para su subsistencia sin rebasar el quinto del patrimonio de la madre;

b) Los demás ilegítimos, a falta de hermanos legítimos de la misma madre, son reconocidos por la ley como herederos forzosos abintestato y ex testamento.

La mayoría de los tratadistas defienden una interpretación restrictiva de la ley y así entienden *stricto sensu* la alusión a los hijos ilegítimos, no incluyendo en ella a los nietos y descendientes, que podrán heredar¹⁰⁷.

Alvarez Posadilla mantiene una interpretación personal del alcance que hay que atribuir a la remisión que la ley 9 de Toro hace a la de Soria; la intención de la ley es, según él, atribuir a los hijos respecto a sus madres la misma situación que frente a sus pa-

producirla. Sólo caben dos excepciones al principio de libre sucesión del hijo sacrílego en los bienes maternos, pero ambas están previstas en la misma ley, y su fundamento no reside en la calidad de persona consagrada del padre, sino en confluir en la madre las circunstancias de ser casada o consanguínea del padre, o en ser su concubina pública. Para Gómez y Llamas en cambio, la ley de Soria prohíbe la sucesión del hijo clérigo exclusivamente en los bienes del padre, mientras que la de Toro se refiere también a la incapacidad para heredar en los bienes maternos. Es la versión que preferimos.

107. A. GÓMEZ, *Comentarii* 97 y ss., donde se ocupa de problemas derivados de la adjudicación de bienes al nieto menor: administración, usufructo, etc. La calidad de herederos forzosos de estos nietos no queda, sin embargo, claramente reconocida más que en el caso de que no concurren hijos legítimos, ni tampoco ascendientes; ALVAREZ POSADILLA, que se plantea la cuestión, dictamina que éstos son herederos forzosos testamentarios y legales, con prioridad sobre los ilegítimos y los descendientes de los nacidos en unión punible, quienes pueden ser instituídos, sin embargo, en el tercio de libre disposición. Tienen además preferencia sobre los colaterales del decuius: *Comentarios* I, 102-103.

dres les reconocía la ley de Soria y, llevando al extremo este paralelismo, puesto que esta ley prohíbe suceder por testamento, abintestato o actor inter vivos, estima que lo mismo le sucede ahora en relación a la madre y, consecuentemente, los hijos de clérigo quedan en una posición mucho más adversa que la de los restantes ilegítimos, pues ni siquiera pueden recibir las cantidades que la propia ley admite como lícitas en concepto de alimentos; la misma incapacidad que sanciona la ley de 1380 de beneficiarse con bienes de los parientes paternos ha de entenderse también extendida por la ley de Toro a los maternos¹⁰⁸.

La inhabilitación del ilegítimo para suceder en los bienes de los consanguíneos de sus padres les cierra la posibilidad de ser instituidos indirectamente a través de la sustitución pupilar; por lo que respecta a la fideicomisaria, los autores entienden que tampoco es admisible, en cuanto resultaría un fácil camino abierto al fraude¹⁰⁹. También se estudió la posibilidad de que el hijo heredara a través del contrato; la doctrina coincide en estimar su nulidad cuando es lucrativo el título y beneficiado el descendiente ilegítimo: los parientes estaban facultados para utilizar su derecho a impugnarlo, y en el supuesto de que no lo hicieran así en el plazo de dos meses, los bienes irían a parar al Fisco. El contrato oneroso, celebrado sin fraude, aunque válido en buena técnica jurídica y, a

108. ALVAREZ POSADILLA, *Comentariis* I, 98 y ss. Igual, Gómez y Matienzo. J. GUTIÉRREZ, en cambio, opina que el hijo de clérigo sucede a los consanguíneos maternos y viceversa, porque la ley de Soria, ampliada en cuanto a la herencia de la madre, prohíbe ésta, pero no se extiende a los parientes: *Practicarum quaestionum* II, qu. 102.

109. Gómez considera viable una sola manera de que el ilegítimo consiga poseer los bienes paternos, a través de una solución propuesta por BALDO: que el padre instituya heredero a un amigo, sin gravarle expresa ni tácitamente con la condición de restituir al incapaz, y que el heredero restituya voluntariamente, porque entonces el ilegítimo no sucede al padre, sino a un extraño, lo que la ley no le impide. Si el tercero instituido acepta la condición tácita o expresa de traspasar los bienes al hijo incapaz, pierde la herencia, o la parte que se comprometió a transmitir, en beneficio del Fisco: sobre ello, sufre las penas de confiscación de todos los bienes y de deportación. No puede, en cambio, ser estorbado en el disfrute de los bienes que quedan en su poder, aunque hubiera prometido extrajudicialmente traspasarlos al incapaz.

la vista de los principios generales del Derecho común, generador de todos sus efectos, como si se hubiera celebrado entre dos extraños, resultó sin embargo, prohibido por el Derecho positivo, para evitar engaños¹¹⁰.

B) ALIMENTOS

Todos los ordenamientos jurídicos que prestan alguna atención a la organización familiar en la Alta Edad Media predicán la obligación de los padres de alimentar a sus hijos sin que, dada la naturaleza de esta ayuda, imprescindible para la supervivencia de los favorecidos, sea posible restringir su vigencia al ámbito de la filiación legítima o natural. Los términos en que ha sido reconocido el derecho a los alimentos y los distintos sistemas arbitrados para hacerlo efectivo durante la Edad Media han sido estudiados en otro lugar¹¹¹

Los textos territoriales insisten en este derecho, comúnmente considerado como de Derecho natural y recogido en el ordenamiento canónico, de vigencia general en todos los territorios; algunos ordenamientos, incluso después de haber reconocido genéricamente a todos los hijos el derecho a recibir alimentos, cualesquiera que sea la unión en la que fueron engendrados, contienen referencias expresas en favor de los ilegítimos. Así, en Castilla, las leyes de Toro, como hemos visto, lo imponen obligatoriamente, aunque tasan su cuantía máxima, que en ningún caso pueden exceder de la quinta parte de los bienes del padre o de la madre; cuando la obligación se cumple mediante la asignación de una cantidad global o la entrega de un bien concreto, los ilegítimos podían disponer de ello mortis causa, regulación que se implanta en Vizcaya¹¹².

110. Vid. nota 81.

111. E. GACTO, *La filiación* 131 y ss. Allí también la distinción entre alimentos naturales y civiles.

112. *Leyes de Toro* 10: "Mandamos que en caso que el padre o la madre sea obligado a dar alimento a alguno de sus hijos ilegítimos en su vida, o al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligación no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes de la que podía disponer por su alma...: de la qual parte despues que la huviere el tal hijo, pueda en su vida o en su muerte facer lo que quisiere...". Igual *F. de Vizcaya*, 20.11.

En Aragón, el Vidal Mayor manifiesta el carácter obligatorio de los alimentos, con independencia de la facultad optativa reconocida en los Fueros a los padres para mejorar la condición de los nacidos de uniones ilegítimas por medio de voluntarias donaciones inter vivos¹¹³. Los autores catalanes, que insisten en la imposibilidad de que el ilegítimo suceda testamentariamente o abintestato a su padre, acuden al Derecho canónico para dejar constancia de la obligación de alimentarlo que éste ha de asumir¹¹⁴.

C) LEGITIMACIONES

Aunque teóricamente el origen de los ilegítimos los incapacita para beneficiarse de la legitimación¹¹⁵, es un hecho que ésta se les aplicó en determinadas circunstancias no siempre excepcionales, por lo general, a cambio de la prestación de un servicio económico. Tenemos así testimonios que acreditan la legitimación de hijos ilegítimos de toda especie.

En 1748 Antonio Navarro Montes de Oca, hijo sacrílego que había obtenido la legitimación pontificia, solicita el pase regio para el Breve en el que se le concedía y, al mismo tiempo, la legitimación real que le habilite "para que como si hubiese sido procreado y nacido de legítimo matrimonio y de padres legítimos para suceder ex testamento, ab intestato o en otra cualquier forma en todos y cualesquier bienes de el Presbitero su padre sin pena ni embarazo alguno y que se lo pueda éste dejar, por herencia, legado, o en otra cualquier manera y para que pueda obtener y ejercer en la República todos los oficios públicos y honoríficos della, alzando para todos las leyes reales que prohíben a los hijos de presbiteros la sucesión y herencia de los bienes de sus padres...". Informado favorablemente por el fiscal, alcanza su pretensión, por lo que satisface doscientos pesos de a veinte reales de vellón cada uno¹¹⁶.

113. G. TILANDER, *Vidal Mayor* 6,17.

114. TRISTANY, *Decisiones* III, 264 y ss.: causa entre Ludovico y Pedro Vilar de 24 de julio de 1592; causa entre María Angeles Sbert y José v Matías Sbert, de 11 de julio de 1682. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes* I, 225 y ss. FERRER, *Observationes* 625 y ss.

115. Vid. E. GACTO, *La filiación* cit., 93 y ss.

116. A.G.I. México 684. Año 1748.

En parecidas condiciones debieron de proliferar las concesiones de legitimación a los sacrílegos¹¹⁷.

En 1635 se expidió una carta de legitimación, que les permitiera gozar de la misma situación de los hijos de matrimonio, en favor de Diego, Francisco e Isabel de Aguilar, engendrados por su padre en Andrea de Velasco “que entonces era casada y que, habiendo enviudado entrambos, contrajeron matrimonio”¹¹⁸.

Otra carta de legitimación regularizó la situación de José Sagarzurieta, hijo de padres emparentados en tercer grado de consanguinidad que contrajeron matrimonio sin haber solicitado la correspondiente licencia y, una vez obtenida ésta, se concede mediante el pago de los correspondientes derechos¹¹⁹.

ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ

117. Del mismo tenor son las legitimaciones concedidas en 1748, a favor de Juan Francisco de la Cruz Sarabia, en 1750 a favor de José Gil de Hoyos, y en 1757 a Juan de Aguirre, que paga doscientos pesos fuertes: *A.G.I. Méjico*, 684. El 16 de septiembre de 1798 fueron legitimados Manuel y José de la Borda “sólo para que el dicho eclesiástico —su padre— los pueda instituir por herederos y ellos sucederle abintestato”, a cambio de cuarenta mil pesos fuertes; Juan José de Rueda y Aguirre, legitimado el 18 de diciembre de 1757; sirve con doscientos pesos de veinte reales de vellón cada uno; Manuel Ignacio de Zayas y Alemán solicitó la legitimación no para heredar, sino para gozar honores, privilegios y mercedes, lo que obtiene pagando doce mil reales de vellón, en 1795. *Indiferente General 16. Guatemala*.

118. *A.G.I. Indiferente General 16. Guatemala*. El servicio es notoriamente superior al exigido en las legitimaciones de sacrílegos: mil cien ducados; el 9 de octubre de 1816 se legitimó M.^a Santísima de la Torre, vecina de Puerto Príncipe, nacida en una situación semejante a la de los anteriores, mediante el pago de veinticinco mil ochocientos reales de vellón: *Ibidem*, y en las mismas circunstancias, el mismo año, M.^a de la Concepción Castellanos pagó al ser legitimada la cantidad de cuarenta mil reales de vellón; en 1811 fue legitimado Luis de Peñalver mediante el pago de veinticinco mil ochocientos reales. *Ibidem*.

119. *A.G.I. Indiferente General 16. Guatemala*.