

Capítulo III

La disciplina social en la cultura del *ius commune*. Elementos básicos

I. INTRODUCCIÓN. II. SOCIEDAD CORPORATIVA Y PERSONA. III. LA DISCIPLINA DE LA FAMILIA EN LA CULTURA DEL *IUS COMMUNE*. 1. Orden doméstico y tradición cristiana. 2. Sexo y matrimonio según Graciano. 3. El Concilio de Trento y la nueva disciplina de la familia. IV. DE LOS DOMINIOS A LA PROPIEDAD. 1. Situaciones reales y dominio dividido. 2. Amortización, primogenituras y patronato. 3. La Segunda Escolástica y la prehistoria del individualismo posesivo. V. OBLIGACIONES, PACTOS Y CONTRATOS. 1. Pactos desnudos y pactos vestidos. 2. Naturaleza y tipicidad de los contratos. 3. *Pacta sunt servanda*. Promesas y juramentos. 4. Causa y categoría general de los contratos. 5. Usura y antidora. 6. La prehistoria de la autonomía de la voluntad. VI. DISCIPLINA Y CONTROL SOCIAL: LA JUSTICIA PENAL DE LOS SIGLOS XIII A XVIII. 1. Fundamentos religiosos de la cultura punitiva y de la solución de conflictos. 2. Configuración de la cultura procesal y de los aparatos de justicia. 3. Elementos sustanciales de la cultura penal de los siglos XIII a XVIII.

I. INTRODUCCIÓN

Persona, matrimonio, propiedad, contrato, juicio, prueba o crimen son vocablos que nos resultan familiares. Enuncian instituciones, modos de pensar los sujetos y sus relaciones en sociedad. Los sentidos que encierran estas palabras son construcciones jurídicas: artificios generados y producidos en las coordenadas de una determinada cultura. La cultura del *ius commune* dotaba a estas instituciones de unos sentidos muy distintos de los contemporáneos. Por ejemplo, en el momento en que se redacta este *Manual*, “matrimonio” puede designar en España (y en otros países) la unión de dos personas del mismo sexo. Esto sería inconcebible en la cultura del derecho común para la que, como regla general, cualesquiera manifestaciones de la sexualidad que no tuvieran como finalidad la procreación de la especie, eran consideradas como pecados *contra natura*, en un tiempo en que pecado y delito se equiparaban. El legislador contemporáneo ha *querido* asociar un nuevo sentido a un viejo término para extender a estas uniones el régimen jurídico que, hasta entonces, se predicaba exclusivamente de las uniones entre varón y mujer. Ahora bien, esto último tampoco hubiera sido posible en la cultura del *ius commune*, donde se tenía como indisputable y evidente lo que ahora mantiene solamente un sector de la sociedad: que las instituciones son elaboraciones conformadas por una determinada tradición que desvelan a su vez un orden *natural* de origen *divino*. Como ya se ha visto en el capítulo antecedente, además de esta supuesta “naturaleza”, de matriz cristiana y carácter vinculante, para los poderes políticos de la época, las distintas categorías —matrimonio, contrato, pacto, crimen— tenían un origen *doctrinal*, toda vez que fueron resultado de la intensa

labor jurisprudencial que caracterizó a la cultura del *ius commune*. Estos dos rasgos distintivos, si por un lado nos permiten situar estas categorías jurídicas en una cronología extensa que arranca en el siglo XI y persistirá hasta el siglo XVIII (aunque no se pretende afirmar que no hayan sufrido transformaciones durante un período tan amplio), por otro lado, también nos impiden analizarlas como instituciones de lo que hoy llamaríamos *derecho privado*, *derecho procesal* o *derecho penal*.

No se tratará aquí, por tanto, de una presunta evolución lineal del *derecho privado* o de otra de las disciplinas jurídicas contemporáneas, entre otras razones porque la división entre *ius publicum* y *ius privatum* para la cultura jurídica del *ius commune* no se traducía en un criterio material de distinción entre ramas del ordenamiento. En este sentido, un mismo discurso como, por ejemplo, el relativo a las facultades del padre de familia como gobernador de la casa, tenía una dimensión *privada* pero también *política* o *pública*, pues no era la misma la casa del príncipe, que la administrada por un abad, o la gobernada por un mercader. Pero en todos estos casos el discurso jurídico establecía una analogía con el arquetipo del padre de familia. Análogamente, el concepto de *dominio dividido*, que expresaba una realidad completamente distinta a la del actual *derecho de propiedad individual*, no sólo servía para asegurar los diversos modos de explotación de la tierra, sino que aportaba también la cobertura jurídica necesaria del régimen señorial. O el *mayorazgo*, como ejemplo de sucesión de un patrimonio a través del primogénito varón, cuando se predicaba de la familia del príncipe, revelaba una gran virtualidad política, y dejaba, por tanto, de ser una mera institución sucesoria de derecho privado. ¿Y qué decir, en fin, de la significativa dimensión política del pacto y del contrato?

Así, tomando en cuenta algunas premisas básicas para el estudio de estas instituciones —su ya aludida dependencia de un orden divino, la imposibilidad de trazar una línea de continuidad con las categorías del derecho contemporáneo, o la elaboración doctrinal de los juristas del *ius commune*— se analizarán algunos institutos que nos permitan reflexionar sobre maneras muy diferentes, respecto de las nuestras, de pensar los *sujetos* (II. Sociedad corporativa y persona); la *organización familiar* (III. La disciplina de la familia en la cultura del *ius commune*); los vínculos entre sujetos y *cosas* (IV. De los dominios a la propiedad); las relaciones intersubjetivas, derivadas de hechos o establecidas mediante manifestaciones de su “voluntad” (V. Obligaciones, pactos y contratos); y los mecanismos y dispositivos generados para la conservación y restauración del orden que sostenía estas relaciones en el interior de la sociedad política europea premoderna (VI. Disciplina y control social: la justicia penal de los siglos XIII a XVIII).

II. SOCIEDAD CORPORATIVA Y PERSONA

Cuando decimos que la concepción corporativa de la sociedad era un rasgo constitutivo de la cultura jurídica precontemporánea, estamos haciendo referencia a un orden de creencias en el que la idea de comunidad primaba sobre la de individuo. No se trataba simplemente de una primacía valorativa, sino más bien de una suerte de “verdad” de orden ontológico, que derivaba de la convicción de que los individuos sólo eran, sólo existían, en tanto que partes de un agregado colectivo. La clave aquí radicaba en una lectura organicista de la comunidad política a través de la cual los teólogos medievales convirtieron a la iglesia, a partir de la imagen del *corpus Christi*, en un “*corpus mysticum ecclesiae*” y los juristas a cada comunidad en un “*corpus reipublicae mysticum*” (Kantorowicz). Los conceptos que en este discurso determinaban la existencia de una comunidad política (*persona ficta*, *universitas*) expresaban la unidad esencial que vinculaba a sus miembros y la consecuente personificación de la misma. Por su parte, la noción orgánica (*corpus*) permitía esquematizar la composición interna de la comunidad según un orden “natural” de jerarquías que distinguía a los diversos componentes en función de su misión dentro del todo, fijando, a la vez, sus diferencias cualitativas y el carácter necesario e irreductible de cada uno.

Así, junto con la noción de “orden trascendente”, la concepción corporativa de la sociedad integraba el núcleo esencial del imaginario de la cultura jurídica del *ius commune*. Los conceptos que denotaban la existencia corporativa (*universitas*, *corpus*) eran aplicados a las diversas manifestaciones asociativas en una escala que hacía posible que aquél esquema de unidad, integración y jerarquía, tuviera su reflejo especular en los diferentes rangos (*i.e.* familia, ciudad, reino, imperio). La íntima cooperación de estos elementos permitía conciliar la diversidad derivada de la personalidad orgánica con la que era concebida cada comunidad, con la armonía de un orden único y total, integrador, a su vez, de todas las comunidades: de este modo, se hacía compatible la fragmentación política propia del mundo medieval con la idea de una totalidad compuesta, armónica y jerarquizada, identificada con la noción de “*ordo universalis*”.

En torno al año 1000, circulaba ya en Occidente el tópico de una división tripartita de la sociedad. El criterio funcional para la distinción de sus componentes distribuía a los miembros de aquella sociedad en tres grupos, órdenes, o estados, encargados, según un plan divino, de desarrollar unas actividades igualmente imprescindibles: los que oraban, los que batallaban y los que cultivaban o laboraban la tierra. Esta tripartición elemental del orden social mantuvo sus efectos en el terreno de la representación política hasta finales del siglo XVIII, cuando fue definitivamente cancelada por las Revoluciones. Sólo quedó la rémora de la presencia de representantes de la nobleza y el alto clero en algunas instituciones parlamentarias como el Senado. En este larguísimo periodo se fue construyendo, y repro-

duciendo, el discurso que sentaba una jerarquía de órdenes sobre la base de una jerarquía funcional. Clero y nobleza fueron conceptuados como primer y segundo estado frente a lo que se consideraría como el tercer estado, por la mayor dignidad de las funciones que desempeñaban: eran los encargados, respectivamente, de procurar la salvación de la comunidad en el otro mundo y de conservarla y defenderla en este. La cultura del *ius commune* desarrolló una antigua metáfora antropomórfica de la sociedad, a través de una imagen que recogía esta jerarquía de órganos, armónicamente dispuestos en el “cuerpo” político. En esa imagen, el Príncipe se situaba en la cabeza, como rector de un organismo que también tenía “brazos”, pues así se consideraban y denominaban las representaciones de clero, nobleza y tercer estado, en las instituciones parlamentarias.

En otras imágenes corporales de aquella sociedad, se apreciaba, sin embargo, más crudamente la jerarquía asociada a la mayor dignidad de ciertas funciones. El tercer estado podía ser el “estómago” (o los “pies”) destinado a mantener a los otros estados, literalmente, mediante el trabajo, pero también través del tributo del que estaban exentos los otros dos estamentos. La jerarquía de la función estamental se traducía jurídicamente en “privilegio” (etimológicamente, “ley privada”), cuyo efecto alcanzaba a todo aquel que compartía o pertenecía al mismo estamento, y gozaba, por tanto, del mismo *status*.

En la cultura del *ius commune*, la división social no se ceñía a esta tripartición estamental. En una sociedad esencialmente, esto es, constitutivamente desigualitaria, el discurso jurídico daba cobertura al reconocimiento de una pluralidad de grupos humanos, dotados de particulares estatutos, titulares de privilegios, que reproducían una arquitectura corporativa. El privilegio era entonces concebido de una manera funcional, esto es, era un instrumento para mantener la función de cada una de las piezas que conformaban aquella sociedad. El elemento que insuflaba vida a todos estos cuerpos consistía cabalmente en la capacidad de darse su derecho, y con ello de acrecentar y hacer valer sus privilegios entre los que lógicamente estaba también el procesal del “fuero”, que implicaba la garantía de ser juzgado por sus propios jueces, en el interior de cada corporación. Veremos en el tema siguiente que en esta capacidad de decir el derecho (*iurisdictio*) se cifraba entonces lo que hoy denominamos poder político.

En este contexto, y a partir de estos fundamentos, puede afirmarse que el sujeto de derecho, esto es, la unidad de medida del orden jurídico y político en la cultura del derecho común no era el individuo. Quiere decirse con esto que en aquel tiempo la titularidad de derechos (entendidos como privilegios o facultades) pero también de poderes (que diríamos hoy políticos) se predicaban de un sujeto entonces necesariamente colectivo. El individuo, entendido como mero soporte físico o biológico, era visible al derecho sólo en cuanto pertenecía o se incardinaba en un ente colectivo (cuerpo, colegio, universidad, estamento, linaje, etc). En consecuencia, la condición subjetiva de cada uno frente al derecho dependía de esa adscrip-

ción colectiva y variaba según ella, aunque, eventualmente, se pudiese pertenecer simultáneamente a más de una. De este modo la protección del derecho llegaba a los sujetos individuales a través del tamiz de esa pertenencia colectiva y por ello el estatuto jurídico de cada uno variaba según se fuera noble, señor, vasallo, clérigo, militar, mercader, artesano, labrador, hermano de la mesta, etc.

Los individuos que quedaban fuera de cualquier posible adscripción carecían entonces de subjetividad jurídica, no tenían persona. Porque entonces las personas se tenían, no se eran. Persona, de acuerdo con su sentido originario, era máscara que daba sentido a un sujeto. Sin tener persona el individuo era para el derecho mero soporte físico, sólo carne: esto ocurría a los esclavos, y por esto eran tratados por el derecho como cosas. Esto no obsta para que otros saberes de la época como la medicina o la teología pudieran ocuparse de los cuerpos de los individuos. Para este último saber, tan imbricado con el derecho, el cuerpo era el receptáculo de un alma, cuya individualidad era innegable. Precisamente la posesión de un alma era lo que distinguía los cuerpos jurídicos colectivos de los seres individuales humanos. Pero el alma no pertenecía al hombre y, por ello, el hecho de tener alma no convertía necesariamente al ser humano en individuo titular de derechos. Veremos más adelante algunas repercusiones de estas creencias para el derecho que redundaban en la preocupación por la salvación del alma a toda costa.

Una persona, para el derecho, podía llegar a designar más de una existencia física. La pluralidad de personas en una sola entidad no era algo tan incomprensible en aquel tiempo: la religión enseñaba que la persona divina podía ser una y trina. Así también sucedía en el caso del heredero respecto del causante. Uno y otro formaban una sola persona a pesar de la muerte física del segundo. Es más la distinción entre “cuerpo” y “estado”, como especies de entes colectivos radicaba precisamente en que el primero venía definido como agregado de personas en un solo lugar (bajo una sola cabeza) y el segundo era una de las múltiples condiciones en la que una persona podía ser considerada para el derecho.

Otro ejemplo de la falta de correspondencia entre la “existencia física” de un ser humano y su reconocimiento como “persona” para el derecho, era la figura de la *muerte civil*. Era esta figura una sanción accesoria, construida sobre una institución romana (*capitis diminutio*), impuesta al condenado por determinados crímenes, que tenía el necesario efecto de invalidar cualquier actuación, y particularmente la de disponer por testamento de sus bienes —aunque el alcance de lo que podían hacer válidamente estos muertos vivientes era objeto de discusión en la jurisprudencia (Vallejo)—. Muertos civiles eran también los religiosos, hombres y mujeres, que se consagraban a Dios, pronunciando votos de obediencia, pobreza y castidad. El momento de emisión de estos votos se asimilaba en la cultura del derecho común al último suspiro. *Monachus pro mortuo habetur* (Azo). Dar por muerto al religioso profeso era la solución que en el discurso jurisprudencial se

había hallado para evitar el automático paso a la Iglesia del patrimonio que el ordenado *in sacris* pudiera obtener tras su consagración. Los muertos vivientes también podían resucitar. Así acaecía en el caso de exención o conmutación de la pena principal, respecto del primer tipo; o cuando el clérigo “colgaba los hábitos” en el segundo. Un signo de quiebra de esta concepción que separaba la existencia física de la personalidad, podemos empezar a apreciarlo en un momento de crisis de la cultura del *ius commune*. En 1747 una ordenanza sobre sustituciones en Francia cambió en el caso de los religiosos la, según Pothier, “marchita” expresión de “muertos civiles” por la de “incapaces a efectos civiles”.

En esta experiencia jurídica la adscripción de un individuo a uno de aquellos colectivos se producía generalmente al margen de su voluntad. La posesión de determinadas cualidades supuestamente provistas por la naturaleza era en última instancia el criterio que definía la pertenencia: la sangre en el caso del estamento de la nobleza o la vocación para el del clero. Por ello, este orden de creencias tenía como primera y más evidente consecuencia la de generar una sociedad política en principio resistente a la movilidad social.

Además, fruto de esta concepción, se entendía que existía una necesaria correspondencia entre la apariencia de las personas y esas cualidades naturales. Esto explica que en aquella cultura jurídica se estipulasen minuciosamente todos los signos exteriores que probaban la pertenencia de un individuo a uno de esos colectivos. La utilización de estos signos llegaba habitualmente a ser objeto de litigio, pero también se imponían a determinadas personas para indicar la posición que ocupaban en aquella jerarquía social. Eran, así, cuestiones de no poca relevancia la precedencia de miembros de una u otra corporación en una procesión, el derecho de portar armas, el de permanecer cubierto en presencia del monarca, o el de usar determinada vestimenta.

En segundo lugar, en el mismo sentido, se daba por supuesto que los componentes de cada uno de esos colectivos se conducían conforme a las cualidades que se predicaban del colectivo al que pertenecían. Era inconcebible que alguien en principio incardinado en un cuerpo, o del que se presumía un determinado estado, no se condujera conforme a las cualidades, y cumpliera con las obligaciones, con que se identificaba a los miembros de esa corporación, o que se predicaban de ese “estado”. Cuando eso acontecía, no había otra salida que la de estimar que aquel individuo nunca había pertenecido a la corporación de la que se había supuesto que era miembro, o declarar que en realidad, y contra lo que se había presumido, era otro su “estado”. Y, así pues, la necesaria restauración del vínculo entre esencia y apariencia justificaba, por ejemplo, el ennoblecimiento de quien, nacido en principio plebeyo, había demostrado su verdadera naturaleza a través de sus extraordinarios servicios. La concesión —o la pérdida— de títulos honoríficos era, por tanto, uno de los diversos mecanismos de flexibilización interna que al-

bergaba este orden social, cuya complejidad no se puede reducir, en ningún caso, a una imagen estática, a pesar de su aparente inmovilidad.

III. LA DISCIPLINA DE LA FAMILIA EN LA CULTURA DEL *IUS COMMUNE*

1. *Orden doméstico y tradición cristiana*

En la cultura del Antiguo Régimen, el *orden doméstico*, como ya se ha subrayado, no se identificaba con el ámbito privado que hoy entendemos como un espacio de libertad y autonomía individuales. Dirigido por el cabeza de familia, que a semejanza del *paterfamilias* romano ejercía la autoridad marital, paternal y señorial sobre los individuos que habitaban la órbita de la residencia, el espacio doméstico de entonces escapaba a la jurisdicción de las potestades públicas y sus procedimientos para la composición de intereses contrapuestos. En principio, los eventuales enfrentamientos se deberían solucionar internamente, mediante la actuación del *pater*, pues se presuponía la inexistencia de pretensiones contrarias en el seno de la familia. Aunque sea muy discutible la predominancia del modelo de la familia extensa en toda la geografía europea a lo largo de la Baja Edad Media y de la Edad Moderna, es cierto que la regulación de este tipo de núcleo familiar, compuesto por el patriarca, su esposa, su descendencia y otras personas emparentadas que compartían una residencia, y que incluía a criados y servidores, fue objeto de una amplia literatura, conocida como *oeconomica* (del griego οἶκος, casa; y νόμος, norma), dedicada al tratamiento de la disciplina doméstica (Frigo). Otro aspecto esencial de la particular disciplina de la casa en el Antiguo Régimen, que la distingue del núcleo familiar contemporáneo, es su sustrato religioso. Como ha destacado Clavero, la *oeconomia* a la que aquí nos referimos era un orden social que se identificaba con una religión y una moral de base, en un contexto donde la religión constituía un ordenamiento primario, anterior al derecho, de la cual éste dependía y con la cual contaba para equilibrar y neutralizar los conflictos en una sociedad profundamente jerarquizada.

Siendo indisociables, en esta cultura, religión y derecho, no se comprendería la regulación de la familia, que el discurso de los juristas del derecho común contribuyó a perfilar y a consolidar, sin conocer sus bases más profundas en la tradición cristiana. El ideal de la familia cristiana tiene en la obra de Agustín, obispo de Hipona (aprox. 354-430), uno de sus máximos exponentes. La enseñanza agustiniana de la transmisión del pecado original por medio de cualquier relación carnal, y de la consecuente necesidad del bautismo en la infancia (que salió vencedora contra la herejía de Pelagio, la cual negaba la doctrina del pecado original y la gracia divina), es una de las bases fundamentales de esta tradición. Si

es cierto que el cristianismo ha compartido con otras culturas de su entorno una profunda misoginia, también se puede afirmar que uno de sus rasgos distintivos es indudablemente la consagración de un modelo asexuado en la cima de la jerarquía social. Como ha destacado Guerreau-Jalabert al analizar la relación entre las representaciones del cuerpo y las estructuras sociales en el cristianismo medieval, “la representación del ser humano es conformada por un orden social en el que ha sido sacralizado un modelo de relaciones que idealmente hace abstracción de la reproducción sexuada, un modelo sobre el que descansa la institución dominante que es la Iglesia”.

Para este modelo, que cristaliza una jerarquía entre lo espiritual y lo carnal, los estados ideales de virginidad y celibato son moral y socialmente superiores al estado de matrimonio. Los tres bienes del matrimonio, según Agustín en su *De bono coniugali*, serían la prole, la fidelidad y el sacramento (es decir, la reproducción de la especie y la educación de los hijos, la fidelidad —que evita la concupiscencia de los cónyuges, socialmente perturbadora— y la indisolubilidad divina del sacramento). A pesar de encontrar un acomodo en esta rígida jerarquía, el coito marital siguió planteando serios problemas teológicos y jurídico-canónicos y fue objeto de un estricto tratamiento doctrinal, toda vez que amenazaba alejarse de la finalidad estricta de la reproducción (p. ej., la prolongación del acto sexual para la búsqueda del placer —“con fines libidinosos”— era considerada pecado venial, siendo el pecado más grave y mortal en la jerarquía de las ofensas sexuales la práctica de la sodomía con la propia esposa). La finalidad reproductiva orientaba, además, las condenas eclesiásticas a los métodos contraceptivos (como el coito interrumpido y el aborto) y a otras prácticas frecuentes en la Antigüedad, como el abandono y venta de niños recién nacidos, que igualmente contravenía la imagen ideal de la familia nuclear compuesta por los progenitores y sus hijos, representada en la abundante iconografía de la Virgen con el niño. En el caso del aborto, su gravedad derivaba sobre todo de la creencia de que las almas de los niños no bautizados terminarían en el limbo, privados de la salvación eterna. Prohibido en un pasaje del Decreto (C. 32, q.2, c. 7), que declaraba “fornicadores, y no cónyuges” a los esposos que administraban venenos para abortar, las Decretales de Gregorio IX pasaron a calificar de homicidas a los que utilizaban métodos contraceptivos por “causas libidinosas” (Decretales, 5, 12, 5). También acorde con esta finalidad procreativa, prevista en el Génesis, estaba la regulación de una edad mínima para casarse, en un contexto donde los matrimonios de niños de tierna edad concertados por sus padres constituía una práctica social difundida.

Otra de las grandes aportaciones de Agustín y de otros escritores de la patrística, en conformidad con la doctrina del pecado original y la responsabilidad de Eva en la caída del paraíso, fue la construcción de la categoría “mujer” como un ser espiritualmente inferior, a quien se atribuía biológicamente un apetito sexual insaciable y una capacidad de placer infinitamente superior a la del hombre. A

diferencia de la Antigüedad clásica, que atribuía al varón el impulso sexual, el cristianismo medieval, alimentado por tendencias diversas en la tradición médica, materializó en la mujer la imagen del pecado, como un ser frágil, carnal, inconstante y más próximo a la animalidad, mientras la masculinidad representaría idealmente el espíritu y la razón. La estrecha vinculación entre *acto sexual* y *reproducción de la especie* contribuyó también a descartar completamente otras representaciones sociales sobre la sexualidad muy difundidas en el mundo antiguo, como la que concebía el acto sexual entre un varón adulto y otro más joven una forma sublime de amor, superior a las relaciones con mujeres (las cuales gozaban de un *status* inferior en las sociedades misóginas de la Antigüedad). Como destaca Dover, en la educación de los niños, que normalmente crecían segregados de las niñas, no existía una representación negativa del contacto carnal con otros varones; mucho menos la idea de una necesaria antinomia entre la hetero y la homosexualidad como la que se conoce en las sociedades contemporáneas.

La representación social del matrimonio monógamo como un vínculo indisoluble entre varón y mujer, orientado a la reproducción y como única instancia de las relaciones sexuales legítimas, es el resultado de una larga construcción cultural e histórica, que no se asentó sin resistencias sociales ni sin ambigüedades en el seno de la propia tradición cristiana. Uno de los principales motores en este recorrido histórico fue innegablemente la actuación de la Iglesia, que a partir de la reforma gregoriana (s. XI), pasa a intervenir decisivamente en el espacio doméstico y en su formación, al reservarse la jurisdicción sobre las causas matrimoniales y al legislar ampliamente sobre temas familiares. Así, podríamos distinguir básicamente dos etapas fundamentales en la historia jurídica del matrimonio y la familia en la época del derecho común: la primera, iniciada con las reformas gregorianas (coincidiendo con la formación y consolidación de los grandes linajes de base territorial), correspondería a la llamada canonística clásica (es decir, desde Graciano hasta el siglo XIV), marcada por la impronta del consensualismo en materia matrimonial, por la imposición de obstáculos al divorcio y por el fortalecimiento de los vínculos de parentesco espiritual. La segunda fase se abre con el Concilio de Trento que, entre otras medidas, consagró el matrimonio sacramental, público y solemne, inaugurando una nueva era en la disciplina moral y sexual de la comunidad cristiana.

2. *Sexo y matrimonio según Graciano*

El pensamiento de la patrística encontraría eco en las construcciones de los canonistas, desde los primeros escritos anónimos sobre el matrimonio hasta la obra de Graciano y sus sucesores. Así, no deberían sorprendernos ni las consideraciones del Hostiense sobre la incontinencia sexual femenina, ni la “presunción jurídica de la maldad de la mujer” recordada por el canonista Giovanni Nevizzani

en su *Silva nuptialis*, ni la glosa ordinaria al Decreto cuando expresaba que delitos como el adulterio eran evidentemente mucho más reprobables si los cometía una mujer (*Glos. ord. C.12, q.2, d.p.c.58 ad v. capituli, apud* Brundage). Todavía hacia finales del siglo XVIII y principios del XIX, juristas como Asso y De Manuel o Juan Sala recordaban que en España sólo al marido se le permite acusar a su mujer de adulterio (Nueva Recopilación 8, 19, 2), aunque el derecho anterior lo hubiese permitido también al padre, a los hermanos, tíos y abuelos. La disciplina jurídica del matrimonio es, además, otro buen ejemplo de la tarea de selección y construcción de los juristas del derecho común sobre el material justiniano, adaptándolo a la tradición cristiana y dejando de lado la normativa romana que no servía a la realidad social de la época, como la referente al divorcio.

Pese a unos cimientos comunes proporcionados por la patrística, no se puede afirmar que durante estos largos siglos haya habido homogeneidad o unanimidad entre los canonistas sobre el control de la sexualidad y la regulación del matrimonio; más bien lo contrario, teniendo en cuenta además la ya mencionada naturaleza *tópica* del discurso jurídico de la época. No había, por ejemplo, una doctrina única sobre un aspecto tan esencial como la formación del vínculo matrimonial. Por una parte, juristas como Graciano afirmaban que el matrimonio se iniciaba con la promesa o esponsales (*matrimonium initiatum*) pero no se perfeccionaba realmente hasta la cópula (C. 27, q.2, c. 16), reflejando la mentalidad popular de la época. Sólo a partir de la consumación carnal se tendría un matrimonio *ratum et perfectum*, de naturaleza sacramental y por tanto indisoluble. Se alimentaba, con ello, una arraigada práctica social, muy extendida entre los pueblos germanos, que entendía el matrimonio como un proceso que se desarrollaba en varias etapas, y no un acto único identificable en el tiempo.

Por otra parte, teólogos como Pedro Lombardo tendían a minimizar la importancia de la cópula, acercándose así a la concepción romana, según la cual bastaba el intercambio del consentimiento para que el matrimonio surtiese todos los efectos jurídicos y patrimoniales (aunque uno de los cónyuges falleciese antes de la consumación carnal). Al sostener que el mero consenso era suficiente para la formación del vínculo, amparándose en los textos justinianos (*nuptias non concubitus sed consensus facit*: D. 1, 17, 30; Cod. 5, 17, 8; Instit. 1, 9, 1), Pedro Lombardo establecía una distinción entre la promesa o esponsales (*sponsalia per verba de futuro*) y el consentimiento efectivo (*sponsalia per verba de praesenti*, o fórmulas en el tiempo presente, como “Acepto a F. como esposa”, y viceversa). Esta distinción, o sea, la consagración del consenso como único requisito del vínculo matrimonial, permitía a los teólogos solucionar un problema tan relevante como el que suscitaba la validez del matrimonio de la Virgen María con José. El papa Alejandro III, discípulo de Lombardo, consagró la solución del mero consenso en algunas decretales, aunque una distinción posterior, introducida por Inocencio III, volvería a establecer el valor de la conjunción carnal. Pese a no ser

requisito imprescindible para la formación del vínculo, la verificación de la cópula sí servía como un medio de prueba irrefutable para afirmar la existencia del consenso; es decir, se establecía la presunción de la existencia de matrimonio si se podía determinar que había habido promesa (*verba de futuro*) seguida de *copula carnalis* libremente consentida (la cual equivaldría, así, a la manifestación de la voluntad de casarse, ya que la Iglesia no presumía la mera voluntad de pecar de los prometidos). Las promesas falsas se encuentran en el origen de numerosos litigios: muy frecuentemente las doncellas “seducidas” o sus familiares acudían a los tribunales para que se reconociese el enlace con el varón que rechazaba la condición de esposo.

El principio jurídico del consensualismo, vigente en materia matrimonial (y que evidentemente convivía con la ya aludida costumbre social de los matrimonios concertados) generaba, por tanto, la dificultad práctica, en numerosos casos, de distinguir la mera promesa del vínculo matrimonial efectivo. Los propios términos —matrimonio y *sponsalia*— figuran como intercambiables en muchas fuentes jurídicas y procesales, como subraya Seidel Menchi. No habiendo una forma preestablecida, las maneras de contraer matrimonio variaban enormemente, desde las más solemnes y públicas, acompañadas de contratos detallados sobre la dote y el régimen económico, resultado de largas tratativas entre las familias de los novios, hasta las más espontáneas e impulsivas, celebradas en un balcón durante una escapada nocturna o en la mitad de una carretera durante un viaje. No obstante, de una precisa delimitación del vínculo matrimonial dependía nada menos que la posición social y jurídica y las pretensiones sucesorias de los hijos, los cuales se clasificaron como legítimos o ilegítimos hasta fechas muy recientes: en España, hasta 1981 se mantuvo la discriminación legal a los hijos nacidos fuera del matrimonio. En el Antiguo Régimen, sin embargo, los ilegítimos no conformaban una categoría unívoca, sino que se distinguían, por ejemplo, entre los hijos *naturales* y los *espúrios* o *bastardos*. *Naturales* eran aquellos cuyos padres no estaban impedidos de casarse en el momento de la cópula o del nacimiento, y que podían ser legitimados posteriormente (véanse las varias formas de legitimación descritas en Partidas 4, 15, y en la ley 11 de Toro, presente en la Nueva Recopilación 5, 8, 9). “Bastardo”, todavía a mediados del siglo XIX era definido como “el hijo que no ha nacido de legítimo matrimonio, bien provenga de una concubina o prostituta, bien de adulterio o incesto, o por último bien sea nacido de un matrimonio contraído contra las leyes o fuera del termino natural” (*Diccionario de derecho canónico arreglado a la jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna*, 1859).

La Iglesia, al intentar consagrar el matrimonio como única forma de legitimación de los hijos, identificando la imagen de la familia ideal como la constituida por los progenitores y su prole, contribuyó a la supresión de formas de filiación frecuentes en la Antigüedad y en la Alta Edad Media, como la adopción o el re-

conocimiento de los hijos nacidos del concubinato, y a la supresión de prácticas como el divorcio en caso de esterilidad de la mujer, las segundas nupcias o el levirato (la ley mosaica según la cual la viuda sin hijos debería casarse con el hermano de su marido). Con estas medidas (tradicionalmente interpretadas como el mero reflejo de un cambio ético), sumadas a otras como la configuración del celibato clerical, la Iglesia lograba limitar la presencia de potenciales herederos entre los laicos, favoreciendo así su propia acumulación patrimonial (Goody).

Debido al principio consensual abundaban los conflictos derivados de los llamados *matrimonios clandestinos*, contraídos sin publicidad y en muchos casos sustrayéndose a la autoridad paterna. Al permitir la formación del matrimonio válido con el mero consenso, sin una forma predeterminada, es cierto que la Iglesia y la doctrina canónica abrían un campo de evasión de los hijos a la autoridad paterna. El consentimiento paterno no era, en ningún caso, un requisito para la formación del vínculo válido, aunque los padres dispusiesen de otros remedios jurídicos para castigarles, como la desheredación, la negación o restricción de la dote, conforme al caso y a la costumbre local. Esta aparente libertad de los novios (que muchas veces ha sido sobrevalorada por la historiografía apologética católica), sin embargo, tenía que ser ejercida dentro de unos límites, impuestos por la política exogámica de la Iglesia, en su esfuerzo de controlar las alianzas matrimoniales, especialmente de la nobleza. Esta política exogámica, basada en una noción muy amplia del incesto, se articulaba a través de unos sistemas de parentesco que, aun no identificándose con los lazos de consanguinidad, constituían dinámicas sociales de gran relevancia para los núcleos familiares en este período.

La más emblemática forma de parentesco artificial o espiritual (*cognatio spiritualis*) nacía con el bautismo, entendido como un nuevo y más puro nacimiento, libre del pecado original, que vinculaba al ahijado a sus padrinos, formando una red social con los emparentados de unos y otros, y generando una serie de impedimentos matrimoniales. El otro sistema de parentesco derivaba del principio de la *unitas carnis* que ligaba una pareja de esposos, entendida como una única sustancia espiritual, y que extendía a los consanguíneos y a los afines los vínculos de parentesco, y con ello los impedimentos matrimoniales hasta el séptimo grado canónico (es decir, hasta los hijos de primos segundos), dentro de la lógica de una amplísima concepción del incesto (que tenía su base en el Levítico, 18, 6; y 20). Por presiones diversas, el cómputo de los grados de parentesco fue finalmente reducido en el IV Concilio de Letrán (1215) del séptimo al cuarto grado, aunque seguía siendo notablemente extensa, haciendo que un notable número de personas que convivían en el mismo espacio tuviesen prohibido contraer matrimonio. Esta amplia red de parentesco artificial ponía a la Iglesia en el centro de un complejo sistema de dispensas matrimoniales, que si por un lado contradecían el principio de la indisolubilidad propio de la tradición cristiana, por el otro le permitían un considerable control en la política de alianzas. Como ya se ha destacado, sólo a

partir del siglo XI, con el arraigo de la nobleza al territorio, se fortalece la concepción de la familia como linaje y la concentración del patrimonio a través de sistemas de primogenitura. Autores como Goody identificaron esta estrategia de erosión de los derechos de los colaterales y grupos parentales extensos con el afán, por parte de la Iglesia, de control sobre la nobleza y acumulación patrimonial, si bien otros estudiosos matizan que por detrás de esta política estaba también la concepción del matrimonio como *seminarium caritatis* o fuente de caridad, es decir, como una forma de prevenir guerras y conflictos a través de la extensión de la política de alianzas, que también interesaba a las élites nobiliarias (Guerreau-Jalabert).

Otra consecuencia del principio consensual era la dificultad práctica de distinguir, en muchos casos, los *concubinatos* de los matrimonios, frecuentemente apelándose a la figura del matrimonio clandestino para legitimar las situaciones extramatrimoniales. El concubinato se reguló además en las fuentes romanas, donde no tenía la misma consideración de inmoralidad y estaba destinado a las relaciones entre personas de estratos sociales distintos (a quienes estaba vedado el matrimonio según el *ius civile Romanorum*). El derecho canónico medieval asumió una posición ambivalente respecto del concubinato: por un lado, Agustín de Hipona no lo había condenado tajantemente, y Graciano consideraba el concubinato una forma inferior de matrimonio, asimilando de cierta forma el *status* de la concubina al de la mujer casada para la legitimación de los hijos (D.34, d.p.c.3; C.32, q.2, d.p.c.5 y c.6). En este sentido, las Partidas de Alfonso el Sabio también regulaban con detalles la situación de la llamada *barragana*, haciendo referencia a una realidad social frecuente (P. 4, 14). Incluso entre el clero era una práctica común, como revelan las menciones y condenas constantes de los concilios hasta el siglo XVI. Por otro lado, la sospecha de inmoralidad que recaía sobre el coito marital se acentuaba indudablemente en el caso de la relación concubinaria, por su carácter provisional (C. 32, q.2, c.5) (Brundage). Sin embargo, el concubinato y sus efectos jurídicos no merecieron una condena inequívoca hasta el Concilio de Trento, cuando se estableció el carácter sacramental e indisoluble del matrimonio público y solemne.

3. El Concilio de Trento y la nueva disciplina de la familia

El régimen consensual implicaba, como vimos, el reconocimiento de la validez de los matrimonios clandestinos, generando inseguridad y numerosos conflictos familiares. La lucha de la Iglesia contra esta especie de enlaces ya se había manifestado en diversas ocasiones, como en el ya mencionado IV Concilio de Letrán (1215), cuando se hizo hincapié en la necesidad de la celebración del matrimonio *in facie ecclesiae*, como una garantía de publicidad. En la Península Ibérica, las autoridades eclesiásticas se enfrentaban, además, a la persistencia de los ritos

matrimoniales judíos y musulmanes entre las comunidades de cristianos nuevos. En el sínodo de Guadix de 1554, por ejemplo, se mencionaba, acerca de los moriscos, que “...no han perdido estos nuevamente convertidos las reliquias de su profana secta, la cual no hace más caso del santo matrimonio que si fuese un dañable concubinato, y así por leves causas pretenden apartarse y hacer divorcios por exquisitas maneras... y tan a escondidas y tan confusamente se conciertan los matrimonios entre algunos de nuestra diócesis, especialmente entre los nuevos cristianos, que en nuestras audiencias apenas se puede juzgar si son matrimonios de futuro o de presente o qué género de pacto sean...” (*apud* Aznar Gil).

La materia de los matrimonios clandestinos fue una de las más polémicas a que se enfrentaron los representantes eclesiásticos reunidos en Trento, surgiendo en torno a ella numerosas reivindicaciones y quejas. Evidentemente, este amplio movimiento de confesionalización y disciplinamiento de las conductas, conocido como *Reforma Católica*, al que ya nos hemos referido en el capítulo anterior, no podía dejar de poner en marcha dispositivos orientados al control de la familia y de la sexualidad, inaugurando una nueva fase de rigor que en muchos puntos contrasta con la laxitud de la canonística precedente. Así, en un debate repleto de obstáculos y lejos de la unanimidad (el clero francés, por ejemplo, se desgajó en parte de la disciplina matrimonial tridentina), durante la célebre sesión XXIV del Concilio, finalmente se llegó a la consagración del matrimonio como un sacramento y como un *contrato solemne*, por oposición al mero consensualismo que había predominado hasta entonces.

Bajo *contrato solemne* se entendía la imposición de una determinada *forma* para la celebración del vínculo, sin la cual el matrimonio era nulo: el intercambio de las palabras de consenso entre los cónyuges debería tener lugar en la presencia de un párroco y de al menos dos testigos. Se volvía a insistir en la necesidad de la publicación de los bandos en la puerta de la iglesia (igualmente recomendada desde el IV Concilio de Letrán), pero su ausencia no conllevaba necesariamente la nulidad del vínculo. La presencia obligatoria de un sacerdote que bendecía el enlace (coherente con la tendencia tridentina de reforzamiento del papel de los ministros de la Iglesia, que se intentaba fortalecer en todos los ámbitos) consolidaba el carácter *sacramental* del matrimonio, el cual tenía antecedentes en numerosas declaraciones y concilios anteriores (p. ej., la Profesión de fe de Inocencio III de 1210, el Concilio de Verona de 1184, el de Lyon de 1274, o el de Florencia de 1439, además de diversos sínodos hispanos). También los esponsales se revisten de solemnidad: a partir de Trento sólo serían válidos mediante contrato escrito y firmado por las partes, el párroco o dos testigos, no siendo ya posibles los matrimonios presuntos. Si antes de Trento el consenso hacía el matrimonio, después de Trento lo hace el párroco (Quagliioni).

Esta nueva configuración del matrimonio *sacramental, solemne, indisoluble*, corolario de una concepción que aseguraba el control de la Iglesia sobre la insti-

tución, seguía asegurando a los contrayentes un cierto margen de actuación frente al dominio paterno, cuyo consentimiento, aunque siempre deseable, no era al fin y al cabo un requisito *sine qua non* para la validez de este contrato solemne. Se contaba naturalmente con el ya mencionado sustrato religioso del orden doméstico, que aseguraba que casarse sin el consenso de los padres constituía pecado venial (pecado *mortal* si se trataba de una persona de estrato social inferior, según Tomás Sánchez); sin embargo, defendía el cardenal De Luca en su *Dottore Vulgare* que la hija que se casaba sin el consentimiento del padre tenía asimismo el derecho a la dote. En realidad, según Zarri, el Concilio de Trento no solucionó satisfactoriamente el problema de los matrimonios clandestinos, dejando una vía abierta para la continuidad de los litigios que envolvían su formación. En el decreto tridentino conocido como *Tametsi* se adoptó una posición ambigua: de una parte se prohibieron los matrimonios clandestinos (es decir, aquellos celebrados sin la presencia del párroco y los testigos), declarándolos nulos si no obedecían la forma prescrita, pero de otra parte se consideraban *válidos* los matrimonios de los hijos menores sin el consentimiento de sus padres, aunque estaban “prohibidos”. Se lanzaba un anatema a aquellos que afirmasen que los enlaces contraídos sin consentimiento paterno eran inválidos, y se aseguraba plenamente la validez a los matrimonios realizados hasta aquella fecha.

Esta persistente ambigüedad también se debe comprender en un contexto de creciente tensión con los poderes seculares, donde a la Iglesia le interesaba mantener las prerrogativas que ejercía a través de la jurisdicción eclesiástica. Así, por ejemplo, en las colonias americanas, con anuencia de las autoridades eclesiásticas, numerosos ministros de la corona recurrieron al matrimonio clandestino para sortear las prohibiciones regias que les impedían contraer matrimonio en su distrito. También para otros ámbitos geográficos investigaciones recientes han podido documentar ampliamente la persistencia de las viejas prácticas, a pesar de los pasos dados por la normativa canónica en el sentido de reducir el matrimonio a una forma solemne y a un acto único y público. La comprensión popular de que el matrimonio no se asociaba a un momento puntual en el tiempo sino que se desarrollaba en varias etapas —promesa, intercambio de anillos, banquetes nupciales, visitas a la casa familiar de la prometida, hasta el inicio de la convivencia común en una casa propia— persistió durante un largo período, situándose el definitivo arraigo de la forma tridentina en áreas como la toscana sólo a principios del siglo XIX (Lombardi). Durante el siglo XVIII, son numerosos los testimonios oficiales de que el problema perduraba, como revelan la bula *Satis vobis* de Benedicto XIV de 1741, o, en el espacio de la Monarquía Católica, la Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776 (Novísima Recopilación 10, 2, 9), que introduce la necesidad del “consentimiento” de los padres para todos los “hijos de familia” menores de edad, y del “consejo” para los mayores de veinticinco años.

La doctrina consensualista y la incertidumbre generada por los matrimonios clandestinos y en particular por aquellos contraídos sin el consentimiento paterno (asociada a una falta de definición acerca de la mayoría de edad) venía siendo igualmente objeto de críticas por parte de los protestantes, que no dejaron de atribuir todos estos males a la amplia jurisdicción ejercida por la Iglesia en la materia. Análogamente, la solución en el ámbito protestante se orientó hacia el matrimonio como un contrato *solemne*, aunque con caracteres distintos. Su celebración no sólo debería necesariamente contar con la presencia de los padres, los testigos, el ministro religioso y los oficiales seculares, sino que de la aprobación de la *auctoritas* paterna dependía la propia formación del vínculo matrimonial, desplazándolo definitivamente a la órbita doméstica y secular. Otra diferencia fundamental respecto de la solución tridentina reside en el rechazo de su naturaleza sacramental, caracterizándolo por tanto como un mero contrato, tan reversible y disoluble como los demás acuerdos de voluntades. Se preveían, así, cinco causas para el divorcio: impotencia, adulterio, abandono del hogar, apostasía o herejía, y conducta previa de la mujer, y en todos estos casos se aseguraba el derecho a contraer nuevo matrimonio una vez disuelto legalmente el vínculo anterior (algo que no sucedía en los casos extraordinarios de separación previstos en el derecho canónico, que no permitían las nuevas nupcias hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges).

Estos cambios, sin embargo, no se reducían a una distinta disciplina del matrimonio para gran parte de la cristiandad (lo que no era poco), sino que suponían un cambio de mayores dimensiones. Se operaba una verdadera quiebra en el paradigma asexuado de representación de lo social, encarnado por la Iglesia y su matrimonio simbólico-espiritual con Cristo. No olvidemos que los matrimonios de exmonjes que sucedieron a la reforma, además de una forma de contestación social, significaban una ruptura con las leyes divinas del parentesco y las complejas redes sociales de favores y vínculos que creaban: un matrimonio como el del exmonje Martín Lutero con la exmonja Catalina de Bora configuraba una forma gravísima de incesto espiritual. La nueva teología protestante formuló, en cambio, un ensalzamiento del estado marital, como un estado natural y depositario de virtudes, por oposición al celibato. Aseveraba Lutero que tener hijos era la más noble y preciosa obra, y era deber del padre y de la madre educar a su prole en la enseñanza de los Evangelios (Witte). Se produjo una consecuente valorización de las virtudes domésticas de la mujer, la cual también podía acercarse a Dios a través de la virtud del trabajo (la más relevante de las virtudes a que podía agarrarse la raza humana, ahora impotente ante la predestinación de la gracia divina).

Esta ruptura con la ya mencionada jerarquía de lo asexuado en la representación del orden social no implicó, sin embargo, una ruptura con la tradición misógina del cristianismo ni la introducción de un modelo de libertad para los hijos y demás sujetos que convivían bajo la autoridad del *pater*. En el virtuoso estado

marital de los protestantes, como entre los católicos, la principal finalidad seguía siendo la de matriz agustiniana, de reproducción, educación de la prole y prevención mutua de la incontinencia sexual. Si es cierto que, entre los protestantes, se acentuó la participación de la mujer casada en la vida doméstica, también se ha demostrado que la Reforma conllevó un fortalecimiento de la autoridad patriarcal y de las jerarquías en el espacio doméstico (Roper). Además, cabe subrayar que sólo muy tardíamente las mujeres fueron autorizadas a predicar en las iglesias reformadas (en Inglaterra, por ejemplo, en 1919), y que el divorcio, aunque legalmente permitido, siguió siendo socialmente indeseable y su frecuencia parece haber sido escasísima en los siglos posteriores a Lutero y Calvino (p. ej., véanse los datos mencionados por Stone para Escocia). Inglaterra, sin embargo, mantuvo una posición peculiar en materia matrimonial, una vez que, no habiendo acogido el Concilio de Trento, tampoco derogó el derecho canónico medieval, que siguió siendo aplicado en los juicios eclesiásticos ingleses después de la Reforma, hasta la promulgación, en 1753, de una normativa conocida como *Lord Hardwicke's Act*.

En términos generales, en lo que se refiere al papel social de la “mujer” y del “varón” (categorías históricamente contingentes, a pesar de la aparente universalidad de su soporte biológico), tanto católicos como protestantes compartían una misma concepción de fondo. Un indicio emblemático de esta visión compartida es el fenómeno de la *caza de brujas*, una asombrosa maquinaria judicial puesta en funcionamiento especialmente tras las reformas religiosas, y que estadísticamente parece haber sido bastante más intensa entre los protestantes. Según los preceptos de la demonología, un complejo de creencias alrededor del concepto de brujería que tenía en un pasaje del Decreto de Graciano sobre el vuelo nocturno de las brujas (C. 26, q.5, c.12) uno de sus textos de referencia, las mujeres, por su naturaleza frágil, eran más susceptibles de ceder al asedio satánico. En su inmensa mayoría las acusadas y enjuiciadas por brujería fueron mujeres, de edad avanzada, que vivían en soledad y desamparo. La persecución a esta clase de delitos, aunque resulte extraña a los estándares actuales, no debería sorprendernos en un contexto de tensiones religiosas, donde se atribuía a las brujas un rechazo sistemático de la fe cristiana (Levack). No debería sorprendernos, pues no sólo el delito de las brujas, sino otros elementos tan sobrenaturales como la concepción de una virgen o la presencia del cuerpo de Cristo en la hostia, encontraban en el discurso de entonces acomodo jurídico y trascendencia social.

IV. DE LOS DOMINIOS A LA PROPIEDAD

1. Situaciones reales y dominio dividido

El término dominio calificaba la relación más intensa que unía al sujeto con las cosas en la experiencia jurídica de la cultura del derecho común. Hablamos de *do-*