LA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO HISTORICO DEL REINO DE NAVARRA *

JOSE MARTINEZ GIJON

1. Dos textos históricos, que proceden respectivamente del Fuero General de Navarra y del Libro de los enxiemplos del Conde Lucanor et de Patronio, del infante don Juan Manuel, bastante cercanos en el tiempo, del siglo XIII, el primero, del XIV, el segundo, pero de naturaleza diferente, jurídica el más antiguo, literaria el más moderno, dan pie a la redacción de este trabajo.

Reproduzcámoslos antes de seguir adelante:

Fuero General de Navarra, 4, 1, 7. «Qué pena an yfanzones et villanos quoando parten, et quoad es casamiento.—Ynfazón ninguno maguer que se parta de su muger, non deve calonia ninguna: todo ombre peytero sis parte de su myller, deve I buy, et est buy deve ser de logar dont est ombre et esta muyller son. Imbien á los mas cercanos III bustos, et esleyan de cada busto los milores dos buyes, et estos VI buyes dessar los meyllores dos, et los peyores de los meyanos, quoades escuyllieren, peyten al seynor. Todo pechero qui desta guisa se departirá de su muyller, de glesia no avia mandamiento. Et el rey don Sancho, et el obispo don Pedro de Paris, seyen-

* Ponencia presentada en el Seminario de profesores, jueces y magistrados, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra en colaboración con la Audiencia Territorial de Pamplona, el 23 de noviembre de 1984.

do ensemble ,vinieron marido et muger por partir con lures creaturas. Sobre esto rogó el obispo don Pedro de Paris al Rey que non sofriere en esta tierra tales casamientos que eran á perdicion de las almas. El Rey sobre esto puso dia de aver acuerdo con sus ricos ombres, et con los cavaylleros, et con los yfanzones, en Pamplona; et avido el conseio dixieron que lur fuero non desarian de todo, maguer si ninguno oiese misa ó prisiere sortieyllas por mano de capeyllan otorgaron que fuese casamiento, et estos atales que fuesen á fuero de elesia. Si la glesia dixiere por casamiento, atorgaron que fuese casamiento, maguer reteniendo fermes et fiadores de arras segun lur fuero»¹.

Libro de los enxiemplos del Conde Lucanor et de Patronio. Ejemplo XLIV. «De lo que contesçió a don Pero Núñez el Leal et a don Roy Gonzáles Çavallos et a don Gutier Royz de Blaguïello con el Conde don Rodrigo el Franco.

—Señor conde —dixo Patronio—, el conde don Rodrigo el Franco fue casado con una dueña, fija de don Gil García de Çagra, et fue muy buena dueña, et el conde, su marido, asacol falso testimonio. Et ella, quexándose desto, fizo su oraçión a Dios, que si ella era culpada, que Dios mostrasse su miraglo en ella; et si el marido le assacara falso testimonio, que gelo mostrasse a él.

Luego que la oraçión fue acabada, por el miraglo de Dios, engafezió el conde su marido, et ella partióse dél. Et luego que fueron partidos, envió el rey de Navarra sus mandaderos a la dueña, et casó con ella, et fue reyna de Navarra». (Edición de José Manuel Blecua, Madrid, 1969, págs. 217-222).

Ambos textos merecieron de mi discípulo Enrique Gacto, dentro de un trabajo más amplio sobre *El divorcio en España. Evolución histórica*, las siguientes conclusiones:

«A medida que en España se va produciendo la recepción del Derecho canónico, iniciada a fines del siglo XII, se advi-

1. Se acepta, desde «Todo pechero...», la puntuación que figura en la transcripción que José María LACARRA nos ofrece de este capítulo, en *Sobre el matrimonio y otros arcaísmos entre vascos, navarros y aragoneses*, en «Cuadernos de Historia de España», 65-66 (1981), pág. 452. Dicho capítulo del Fuero General de Navarra no figura en el Fuero reducido, aunque haya sido tenido en cuenta para rectificarlo. Tampoco ha sido recogido en los *Fueros del Reyno de Navarra, desde su creación hasta su feliz unión con el de Castilla*, y *Recopilación de las Leyes promulgadas desde dicha unión hasta el año de 1685...*, por el licenciado don Antonio CHAVIER (Pamplona, 1686).

na un forcejeo entre éste, que trata de desterrar el uso del divorcio, y la práctica generalizada en la sociedad, fortalecida por una tradición de varios siglos de antigüedad. Algo de esto se adivina en un oscuro pasaje del *Fuero General de Navarra*, obra del siglo XIII que recoge el Derecho tradicional del reino y en el que asoma la presión de la jerarquía eclesiástica cerca del rey para que éste impusiera una cierta disciplina en la materia, lo que no consigue por la oposición de la nobleza, económicamente beneficiada por el uso del divorcio.

El texto (F.G.N., 4, 1, 7) reconoce en primer lugar que los nobles pueden separarse de sus mujeres sin ninguna traba; los villanos también pueden separarse, pero deben pagar a su señor, cada vez que lo hagan, un buey, seleccionado conforme a un procedimiento que el Fuero detalla con minuciosidad. En cierta ocasión, se presentó un matrimonio dispuesto a divorciarse ante el rey don Sancho, que tenía a su lado al obispo don Pedro de París; enterado éste del asunto, *rogó al rey que non sofriere en estas tierra tales casamientos, que eran a perdición de las almas*. El rey trató el tema con sus caballeros y éstos, al parecer, accedieron a que cuando sus vasallos se casaran solemnemente (*oiesen misa o prisieren sortieyllas por mano de capeyllán*), *estos atales, que fueren a fuero de egleſia*, es decir, que se atuviesen a lo establecido por el Derecho canónico; cuando no se cumplieran estas ceremonias, entonces no demasiado frecuentes, se mantendría la costumbre hasta entonces seguida.

El infante don Juan Manuel, en el Libro de los enxiemplos del Conde Lucanor et de Patronio, nos presenta un caso de divorcio por lepra del marido doblemente interesante porque manifiesta de una parte la posibilidad de utilizarlo la mujer y, en segundo lugar, la conversión en causa de disolución vincular de lo que la Iglesia había concebido, desde la época romana, como simple motivo que justificaba la separación de la pareja, pero sin ruptura del matrimonio. Una prueba más de que la costumbre medieval operó de forma expansiva en este punto...»².

Más recientemente, Francisco Salinas Quijada se ha ocupado del tema, afirmando que «el matrimonio en Navarra siempre fue indisoluble, y también en la época medieval». A su juicio, en «los fueros navarros sólo aparece la separación de los cónyuges, y la partición

2. En «Historia 16», año III, n.º 27, julio 1978, págs. 30 y 31.

de sus bienes». Y, con referencia a la ley 4, 1, 7, del Fuero General de Navarra, opina que en ella se contemplan unas uniones concubiniarias, que eran las que podían deshacerse con el pago de un buey³.

Opiniones, la de E. Gacto y la de F. Salinas, como puede verse, contrapuestas, y sobre las que hemos de pronunciarnos. ¿Existió en Navarra el divorcio vincular? Resultará para ello aconsejable no circunscribir el estudio a los textos reproducidos, entendiendo que ha de ser útil extender la investigación al conjunto de los textos legales navarros —no muy amplio, desde luego—, que pueda arrojar alguna luz sobre el tema disolubilidad/indisolubilidad del matrimonio, incluyendo en ellos el Fuero reducido, de 1528, a pesar de carecer de fuerza legal, en cuanto que habrá de mostrarnos cómo han sido entendidos en el siglo XVI algunos capítulos del llamado Fuero antiguo o Fuero General de Navarra⁴.

Un índice del contenido del aún inédito Fuero reducido, puede consultarse en el tomo II, págs. 199-221, reedición de 1966, de la obra de José María Zuaznavar, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación de Navarra*.

De igual modo, la consulta de la bibliografía, clásica y moderna, sobre la historia del matrimonio, del canónico principalmente, nos ayudará a centrar la cuestión que nos ocupa⁵.

2. La causa eficiente del matrimonio se identifica con el sentimiento de quienes lo contraen. La regla 'consensus facit nuptias'

3. *La insolubilidad del matrimonio en el Derecho civil navarro*, en «Ius Canonicum», vol. XXIV, n.º 47 (1984), págs. 403 y 401.

4. La edición del Fuero reducido se prepara en la actualidad por el Prof. Sánchez-Bella y otros especialistas. Los manuscritos del mismo se conservan en el Archivo General de Navarra, en la Diputación. Son dos, uno del siglo XVI y otro del XVII. Agradezco a la colaboradora del prof. Sánchez-Bella, la licenciada en Derecho María de las Mercedes Galán Lorda, que haya puesto a mi disposición los capítulos del Fuero reducido que podrían ser de interés para este trabajo.

5. A. ESMEIN, *Le mariage en Droit Canonique* (New York, reimpresión de 1968); G. LE BRAS, *Mariage*, en «Dictionnaire de Theologie Catholique», IX (París, 1926), cols. 2043-2318; Eutiquiano SALDÓN, *La insolubilidad del matrimonio en la Patrística*, Tomás RINCÓN, *Indisolubilidad y consumación en los siglos IX-XIII*, y Eloy TEJERO, *Indisolubilidad y consumación en los siglos XIV al XVI*, en «Ius Canonicum», vol. XI, n.º 21, enero-junio 1971, págs. 113-156; Tomás RINCÓN, *La doctrina sobre la insolubilidad del matrimonio en el primer milenio cristiano*, en «Ius Canonicum», vol. XIII, n.º 25, enero-junio 1973, págs. 91-136. Se ha utilizado también el volumen *El vínculo matrimonial, ¿divorcio o insolubilidad?*, ed. por La B.A.C. (Madrid, 1978), en el que colaboran diversos especialistas, cuyos trabajos citaremos en el lugar adecuado. Ver sobre este vol. Juan FORNÉS, en «Ius Canonicum», XVIII, 35 y 36 (1978), págs. 443-470.

ha sido básicamente recogida en los Fueros de Pamplona derivados del de Jaca y también en el Fuero General de Navarra. En un capítulo, que se repite en ambos fueros, de índole procesal, se ha contemplado el caso de la mujer que pretende conseguir que su matrimonio sea declarado nulo en juicio, argumentando que tomó marido «non uolent», permitiéndose, como excepción, que en tales pleitos puedan testificar las mujeres conjuntamente con los testigos varones⁶.

La inclusión de dicha regla en el Fuero General de Navarra no debió resultar pacífica, puesto que chocaba con la obligación que pesaba sobre la doncella, hija de infanzón, prevista en el mismo Fuero, 4,1,2, de aceptar forzosamente por marido al menos al tercer esposo que le hubiese sido propuesto por el consejo de parientes paternos y maternos⁷. «Se trata de algo —escribe Rafael Gibert, valorando el contenido de la norma navarra— excepcional en el ámbito de lo jurídico, pero no, acaso, en la realidad de lo social, de la que desde antiguo, se intenta extirpar». En efecto, ha de aceptarse esa valoración, si se compara el contenido de la norma del Fuero General de Navarra con la que sobre el mismo punto nos ofrece el de Viguera y Val de Funes, que sanciona la libertad de la hija para elegir la persona con la que quiere contraer matrimonio, reconociendo al padre, sin embargo, la facultad, cuando aquélla hubiese actuado sin el consentimiento de éste, de privarla de las acostumbradas aportaciones de bienes con las que los padres ayudaban a las hijas cuando se casaban⁸.

6. *Fueros derivados de Jaca. Pamplona*, 266. «De testimoni de muyllers.—La testimoniança de les muyllers deue ser recebuda en matrimoni, en simonia et en comparage, car si alguna muyller diz contra son marit que ela non uolent lo prengui por marit [et], por prouar la uertat, tray per testimonis uarons et muyllers mescladament deuant lo bispe, recebuz deuen estar...»; *Fuero General de Navarra*, 2, 6, 12. «En quoaes casos vale la testigoanza de la muyller, et si alguno que li diga que no es fijo daqueyll por cuyo es tenido, et lo quieren desheredar, cómo et con quoaes deve provar.—La testimoniança de las muyllers recebida deve ser en testimoniança de matrimonio, et en simonia et conpadrage, por fuero; quar si alguna muyller propone contra su marido, et dize que eylla non queriendo lo recebió por marido, et á provar la verdat aduze delant su obispo varones et mugeres convenientes, recibidos deven ser...».

7. *Fuero General de Navarra*, 4, 1, 2. «Si algun yfanzon quisiere casar su fija por escossa, et ha prezio con otro varon, el padre prenga dos de los parientes suyos et deylla prosmanos, al mas III, et diga á eylla con estos parientes: Casarte queremos con fulan que es conveniente pora ti. Eylla bien puede desitar á eyll et á un otro quel prometan por marido, mas el tercero que eyllos li querrán dar, por fuerza ha de prender, et el tercero que aduzen el padre et los parientes, que case con eylla...».

8. Rafael GIBERT, *El consentimiento familiar en el matrimonio según el*

La cuestión que nos ocupa habría de experimentar una mayor complicación, al no ser infrecuente, en el siglo XVI, que los reyes navarros intervinieran en «casar algunos contra la voluntad de sus padres y madres» (Fuero reducido, 3,1,1). Nos encontramos pues ante una normativa o ante una práctica que contradecía el principio 'consensus facit nuptias', de difícil cumplimiento cuando se trataba de aquellos matrimonios concertados contra la libre voluntad de elección de los cónyuges. El principio quedaba sin embargo protegido por el mismo Derecho navarro, al regular, admitiéndolos, los pleitos matrimoniales en los que se demandaba una declaración de inexistencia del matrimonio sobre la base de la ausencia misma del consentimiento (Fuero General de Navarra, 2,6,12).

Un tratamiento del problema, clarificador y equilibrado, encontramos en el Fuero reducido. Sus artífices rechazan cualquier intervención regia en los matrimonios de los navarros, consagran el principio de libertad de elección de los contrayentes, y aún cuando exigen igualmente el consentimiento familiar, su cumplimiento es posible sin infringir el aludido principio. La elección del cónyuge se concibe como el resultado concorde de la voluntad de los que han de contraer matrimonio y de la de sus familiares, y ha desaparecido la obligación que el Fuero General de Navarra, 4,1,2, imponía a la doncella, hija de infanzón, de aceptar necesariamente como marido al menos al tercero que le fuera ofrecido por la familia, lo cual se entiende como pretensión de derogar dicha norma, al figurar en el margen izquierdo del manuscrito del siglo XVII del Fuero reducido la siguiente nota: «Hoc capitulo derogat c. 2. tit. 1, lib. 4, Fori Veteris...», al mismo tiempo que otra nota se ocupará de precisar el carácter del consentimiento familiar: «Non tamen est substantiae ad matrimonium voluntas patris nec matris»⁹.

Derecho medieval español (Notas para su estudio), en «Anuario de Historia del Derecho Español», 18 (1947), pág. 755; VANTRUYS, *Étude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants* (París, 1899); *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 321. «Non dar ren a fija que casa sin voluntat de sus parientes.—Et ningun omne no es tenido de dar sus bienes a su fija por casamiento, si casare sin voluntat de su padre»; el mismo Fuero en 392: «Non vender heredit de casamiento.—Otro sí, ni la muger ni el marido non pueden vender heredit que les ayan dado en casamiento sus parientes sin otorgamiento del padre e de la madre o de hermano o de otros parientes más cercanos de la rayz de la heredit, ésto por amejoramiento, e que pongan los dineros en otro logar tan provechoso».

9. *Fuero reducido*, 3, 1, 1. «Como el rey no debe compeller a ninguna persona a contraer matrimonio contra su voluntad.—Por quoanto el matrimonio segun ley debe ser libre y no apremiado, y ninguno contra su voluntad deber ser constreñido a casar con quien no es su voluntad, y los reyes algunas

Desde el siglo XIII, si prescindimos de la solución del Fuero reducido, que careció de vigencia, no se produce en Navarra una nueva normativa sobre la cuestión —libertad para contraer matrimonio y de elección del otro cónyuge, y necesidad de obtener al mismo tiempo el consentimiento familiar— hasta las Cortes de 1780-1781, en las que el reino pide se convierta en ley una pragmática real de 23 de marzo de 1766. La frecuencia de los matrimonios entre personas socialmente desiguales, la conveniencia de proteger el honor y el decoro de las familias, y de salvaguardar la obediencia que los hijos deben a los padres, y el mismo bien común, son los motivos invocados por las Cortes navarras en la petición, que también se hallan en el texto de la pragmática, y que justifican su articulado, declarándose en ambos que su contenido no afecta a la plena validez de los matrimonios celebrados sin el consentimiento familiar, los cuales la Iglesia «no anula ni dirime», aunque los «deteste», como «opuestos al honor, respeto y obediencia que deben los hijos prestar a sus padres en materia de tanta gravedad, e importancia» (texto de la pragmática), lo que significaba reconocer «su sustancia» y declarar «ilesa su subsistencia» (texto de la petición).

A tenor de la pragmática, cuyo contenido hemos de resumir, y sin entrar tampoco en exponer las normas particulares sobre los matrimonios de los infantes, grandes de España, consejeros, ministros togados y militares, los menores de veinticinco años deben obtener para celebrar lícitamente los esponsales, el consentimiento del padre y, en su defecto, y por este orden, el de la madre, abuelos por ambas líneas, parientes más cercanos en número de dos, tutores o curadores, que habrá de ser aprobado por el juez. Los mayores de esa edad, cumplen con dicho requisito solicitando el consejo paterno. La negativa familiar se admite cuando el matrimonio que se pretende celebrar atente gravemente al honor de la familia, o perjudique al Estado, descartándose como motivos que la justifiquen la irracional voluntad paterna dirigida a imponer a los hijos un estado diferente al matrimonial, o a que se unan en matrimonio con personas determinadas en contra de su libre voluntad. Por ello se admiten los recursos de los interesados, ante la jurisdicción ordinaria y ante el Consejo,

veçes entienden en casar algunos contra la voluntad de sus padres y madres, nos queriendo dexar a cada uno en su libre albedrio, mandamos que aqui adelante nengun regnicola nuestro no aya de ser ni sea compelido de contraher matrimonio contra su voluntad, antes queremos y mandamos que los matrimonios y casamientos ayan de ser y sean al albedrio y libre voluntad de los que an de contraher matrimonio, y de su padre y madre y parientes más çercanos».

Chancillería o Audiencia, que han de tramitarse sumariamente, en secreto y breve plazo. Los infractores de la norma son declarados incapaces para solicitar la dote, la legítima y para suceder *ab intestato*, considerándose su modo de actuar como causa de desheredación, en base a la ingratitud demostrada hacia sus ascendientes¹⁰. La pragmática, en orden a exigir su cumplimiento en la esfera eclesiástica, y dirigiéndose a esta jerarquía, le recuerda sutilmente que observándola cumplen con lo dispuesto por Benedicto XIV en su Breve o Encíclica¹¹.

La pragmática en cuestión, convertida en ley de Navarra el 14 de enero de 1781, a petición de los tres estados del reino, no debió producir los efectos apetecidos, ni en Navarra ni en el resto de la Monarquía. Por ello, una nueva pragmática pretende remediar la situación creada por la del año 1766, que había dado lugar, a juicio de los navarros, a innumerables recursos y a muy diferentes interpretaciones, al ser muy escasamente precisas las justas causas que legalmente podían justificar la negativa familiar. La nueva pragmática, del 28 de abril de 1803, llega a ser ley del reino de Navarra el 10 de septiembre de 1817, a petición de los tres estados, que no se olvidan de recordar, a diferencia del texto castellano, que el principio básico, que sobre la materia no podía ser conculcado, era el canónico, que consagraba «la justa racional libertad de los matrimonios»¹². Recuerdo que no era simplemente reiterativo, a la vista

10. Referencias no exhaustivas a la desheredación en el Derecho navarro, en José MARTÍNEZ GIJÓN, *Alimentos en favor de los ascendientes en el Derecho medieval de Navarra*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 50 (1980), pág. 209.

11. *Cortes de 1780 y 1781*, ley XXI, en «Cuadernos de las Leyes y Agravios reparados por los Tres Estados del Reino de Navarra», I (Pamplona, 1964), págs. 590-595. El texto pontificio al que se hace referencia en la pragmática castellana, bien podría ser la bula de Benedicto XIV, de 1741, en la que exhorta a los obispos a no autorizar los matrimonios secretos, sino después de una cuidadosa investigación dirigida a conocer si los contrayentes no se encuentran bajo la condición de los *fili familiae*, y si son libres de cualquier otro vínculo, cfr. A. ESMEIN, *Le mariage en Droit Canonique*, cit., II, págs. 198 y 199.

12. *Cortes de 1817 y 1818*, ley XLI, en «Cuadernos de Leyes y Agravios reparados», cit., II, págs. 263-266. El punto de vista de las Cortes, apuntado en el texto, es el siguiente: «...decimos: que sin intentar perjudicar a la justa racional libertad de los matrimonios tan recomendada por los sagrados Cánones, y con sólo el objeto de atender al honor, respeto y obediencia debidos a los padres, y a quienes hacen sus veces y tienen su lugar, de que desentendidos muchas veces los hijos, propasaban a contraer matrimonio sin esperar el consejo y consentimiento paterno con personas notablemente desiguales en desdoro y deshonor de las familias, y tal vez en perjuicio del buen

de la configuración que, en su forma y contenido, presentaba la pragmática de 1803, que pretendía zanjar la cuestión imponiendo a los hijos menores de veinticinco años y a las hijas menores de veintitrés la obligación de obtener el consentimiento paterno para contraer matrimonio, no teniendo que cumplir con ese requisito los que hubiesen alcanzado esas distintas edades, y haciendo desaparecer de su articulado el tema de la existencia o no de justas causas justificativas del disenso o negativa familiar a la celebración del matrimonio que se deseaba, puesto que quienes han de aprobarlo no están obligados a «dar razón a los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse a consentir en los matrimonios que intentasen». Dichas edades experimentan reducciones mínimas a medida que, en defecto del padre, el consentimiento ha de obtenerse de la madre (24 y 22 años), abuelo paterno o materno (23 y 21), tutores o el juez (22 y 20). E interesa subrayar, frente al recuerdo navarro y frente a la anterior pragmática, que en la de 1807 se impone su cumplimiento, sin excepción alguna a la jerarquía eclesiástica¹³.

De lo expuesto hasta ahora, se puede obtener la siguiente conclusión: en Navarra, no existiendo en alguna de las partes que contraen matrimonio, el libre consentimiento de celebrarlo, se entiende que tal matrimonio no ha existido en ningún momento. Los pleitos a que tal situación pudiera dar lugar, no cuestionan ni presuponen que el vínculo matrimonial se pueda disolver. Tan sólo que —probada la falta de ese consentimiento en alguno de los contra-

orden del estado...» (en pág. 263). Formalmente, se pretendía no atentar contra el contenido del decreto «Tametsi» del Concilio de Trento, 11 de noviembre de 1563, que rechazó la necesidad del permiso paterno para las uniones matrimoniales de los hijos, imponiendo penas a quienes negaran la validez de los matrimonios contraídos sin esa autorización, cfr. Sara ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el Decreto «Ne temere»*, en «Ius Canonicum», vol. XIII, n.º 25, enero-junio 1973, págs. 177 y 180.

13. «...Los Vicarios Eclesiásticos que autorizaren matrimonio para el que no estuvieren habilitados los contrayentes, según los requisitos que van expresados, serán expatriados, y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriación y en la de confiscación de bienes incurrirán los contrayentes: en ningún tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sin que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas, según los expresados requisitos...», en «Cuadernos de Leyes y Agravios reparados», cit., II, pág. 265. Las pragmáticas de 1766 y 1803, convertidas en leyes del reino de Navarra, fueron comentadas por José ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841*, I (Pamplona, ed. de 1964), págs. 125-129.

yentes— el matrimonio es nulo, por ausencia de su requisito esencial, el aludido consentimiento, base del mismo.

3. Veamos ahora otra cuestión que, comparada con la expuesta, no deja de ser secundaria, la de la forma del matrimonio. Pero es importante, en cuanto que se ha afirmado que en Navarra ha existido un matrimonio secular o civil frente a un matrimonio eclesiástico o canónico, que producirían efectos distintos, precisamente en orden a su posible disolución, y en contra de la doctrina de la Iglesia, anterior al Concilio de Trento, que defendía la validez de los matrimonios, al margen de la forma, y por tanto su indisolubilidad, aunque para su licitud exigiese la bendición del obispo o del sacerdote¹⁴.

Uno de los textos navarros que se han invocado en favor de la existencia de un matrimonio secular procede de los Fueros de la Novenera. Se trata de un capítulo en el que se contraponen dos situaciones jurídicas protagonizadas sucesivamente por una misma mujer, «iurada con otro», primero, y que «prenga bendición», después, con un varón distinto al anterior. El supuesto se resuelve declarando válido el segundo acto jurídico, cuya eficacia, que anula la del primero, se aprecia a partir del momento mismo de su realización, en cuanto que origina un régimen económico común a ambos contrayentes¹⁵.

El capítulo de los Fueros de la Novenera, del que nos estamos ocupando, fue interpretado por G. Tilander como ejemplo de la coexistencia de dos matrimonios diferentes: el secular (persona «iurada con otro») y el eclesiástico (en base a la fórmula «que prenga bendición»). Sólo éste tendría fuerza y validez jurídica, lo que nos conduciría al absurdo, apurando el argumento de G. Tilander y teniendo en cuenta el texto, de afirmar la disolución de un matri-

14. A. GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del Derecho Canónico. 1, El primer milenio* (Salamanca, 1967), págs. 410 y 411, recoge la doctrina de Graciano, «...que habla del matrimonio legítimo o contraído según las leyes, y de matrimonio rato que no se contrajo según las leyes, pero que es válido. Se refiere aquí a las leyes sobre la bendición del matrimonio». Cfr. Sara ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el Decreto «Ne temere»*, cit., págs. 137-192, y en particular 154-157; Tomás RINCÓN, *La doctrina sobre la indisolubilidad del matrimonio en el primer milenio cristiano*, passim.

15. *Fueros de la Novenera*, 70. «De casamiento.—Todo hombre o toda muyller que prenga bendición, si's quisiere fillos de hermanos sean, del día que prenga bendición, si quiere esa iurada con otro, de quoanto que ganen su meatat deue auer de mueble et de heredat».

monio, el anterior, que ya era inválido¹⁶. La opinión de G. Tilander fue más tarde rectificada por R. Gibert, en un sentido jurídicamente adecuado. A su juicio, el texto nos presenta una promesa jurada de contraer matrimonio y un matrimonio perfeccionado por la bendición¹⁷.

Los Fueros de la Novenera no contemplan dos clases de matrimonio de naturaleza y efectos opuestos. Sí, en cambio, dos instituciones no fácilmente diferenciables, que podían resultar equivalentes, puesto que normalmente la primera habría de desembocar en la segunda. Esponsales y matrimonio son esas dos instituciones, que la doctrina canónica no identificó absolutamente, pudiendo quedar sin efecto unilateralmente la primera, no dándonos noticia el texto navarro sobre los casos en los que así se podría actuar¹⁸.

Los Fueros de la Novenera, 70, permiten, pues, diferenciar los esponsales, que serían «per verba de futuro» en ese caso (según la doctrina de Pedro Lombardo), del matrimonio propiamente dicho, al mismo tiempo que aceptan una forma para la celebración de este último, acogiendo, en coherencia con la doctrina de la Iglesia, las uniones matrimoniales de bendición.

Otro fuero navarro, el de Viguera y Val de Funes, capítulo 53, nos ayuda a comprobar las relaciones existentes entre esponsales y matrimonio. Los esponsales más la cópula carnal equivalen al matrimonio, es la doctrina que justifica la solución que el Fuero establece con respecto a las consecuencias económicas que tal situación produciría. La mujer desposada con fianzas y arras las hace suyas íntegramente, muerto el esposo, si hubo cópula carnal entre ellos; la mitad —«las medias de las arras»—, en el caso contrario¹⁹.

En el Fuero General de Navarra, 4,1,7, reproducido al principio de este trabajo, también se han visto datos suficientes para hablar de la existencia en Navarra de dos matrimonios, el canóni-

16. G. TILANDER, en su ed. de *Los Fueros de la Novenera*, pág. 170, glosario. s.v. 'jurada'.

17. Rafael GIBERT, *El Derecho medieval de la Novenera*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 21-22 (1951-1952), pág. 1200.

18. J. GARCÍA GONZÁLEZ, *El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la Historia del Derecho Español*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 23 (1953), págs. 625-627.

19. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 53. «Qui esposa su fija.—Et qui desposare fija con fiancas et su esposo viniere a muert dar l'a las medias de las arras. Et si dixiere la muger que l'ouo su esposo de'l todas las arras complidament». Cfr. Sara ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el Decreto «Ne temere»*, cit., pp. 156 y 158-160.

co y el civil. A este respecto escribe José María Lacarra: «el contraste entre el que podríamos llamar matrimonio canónico o a 'fuero de la Iglesia' y el matrimonio civil o 'según el fuero' aparecía definido en este capítulo del Fuero General»²⁰. Y Enrique Gacto contrapone, en base al mismo capítulo, el matrimonio contraído solemnemente al celebrado según la costumbre hasta entonces vigente²¹.

Del aludido capítulo, 4,1,7, se desprende lo que sigue:

a) A juicio del obispo don Pedro de Artajona (1167-193), llamado de París, según aclara José María Lacarra, por haberse formado en esta ciudad, contemporáneo del rey Sancho VI el Sabio de Navarra (1150-1194), y al que le expone su punto de vista, en el reino se contraían unos «casamientos que eran á perdicion de las almas».

b) Se definen los matrimonios que podríamos llamar solemnes, como aquellos en los que los contrayentes asisten a la celebración de la Misa y reciben los anillos de manos del sacerdote.

c) Se mantienen, y declaran legales, aquellos otros celebrados sin esas solemnidades.

d) Al final del texto, Sancho el Sabio acepta al parecer que en el reino sean considerados matrimonios los que la Iglesia entienda por tales, con unos requisitos, civiles desde luego, que se concretan en la exigencia de «fermes et fiadores de arras segun lur fuero», el navarro.

El texto, oscuro como quiere Enrique Gacto, no autoriza a hablar de la existencia en Navarra de dos matrimonios distintos *ad substantiam*, sino más bien de dos formas diferentes de acuerdo con las cuales podían celebrarse, pero que no afectaban a su validez.

En este sentido cabe una posible interpretación del ruego que el obispo don Pedro hizo al monarca. Existen casamientos «á perdicion de las almas», pero estos casamientos, así llamados por el obispo, no podían ser otros que los clandestinos, que desde muy antiguo la Iglesia había reprobado y prohibido, pero cuya validez no se discutía. Por matrimonios clandestinos se entendían, en la

20. José María LACARRA, *Sobre el matrimonio y otros arcaísmos entre vascos, navarros y aragoneses*, cit., p. 452, y el mismo autor en *Les structures sociales de l'Aquitaine, du Languedoc et de l'Espagne au premier âge féodal*, Colloque international du C.N.R.S., Toulouse, 28-31 de marzo de 1968, p. 184.

21. Enrique GACTO, *El divorcio en España. Evolución histórica*, cit., p. 30.

esfera canónica, tanto los celebrados sin testigos como los contraídos sin intervención del sacerdote o sin las solemnidades establecidas; a partir del IV Concilio de Letrán (1215), también lo eran aquellos a los que no hubieran precedido las amonestaciones matrimoniales²². En base a esta doctrina, para el obispo don Pedro de París solamente eran matrimonios legítimos —sin negar por ello la validez de los otros— los celebrados de acuerdo con la forma que se describe al respecto en el mismo Fuero General de Navarra, 4,1,7, o sea, cuando se «oiese misa ó prisiere sortieyllas por mano de capeyllan». Los contraídos de otro modo, por no ser legítimos, provocaban la «perdición de las almas».

Ahora bien, como el Fuero General de Navarra en su normativa, hasta que el problema es planteado por el obispo don Pedro, no había acogido los matrimonios *in facie Ecclesiae*, y sí en cambio los «a furto», «a iuras», «reteniendo fermes et fiadores de arras», e incluso los «de otra manera» —lo que no significaba que todas estas formas merecieran, por la dificultad de su prueba, el mismo asenso regio—, todas ellas incidían en ilegitimidad canónica, y espiritualmente debían ser reprobadas²³.

Lo que el obispo pide al rey es que ordene que los matrimonios de los navarros se celebren *in facie Ecclesiae*. Y es esto, lo que el rey, oída su curia, no se decide a imponer plenamente, pero sí en parte: «que lur fuero no desarian de todo». Al parecer se llega a una transacción entre la postura del prelado y la del monarca y su curia, cuyos extremos, en la lectura que nosotros hacemos del texto, serían los siguientes:

- a) «si ninguno (tomando esta palabra en su significación ne-

22. A. ESMEIN, *Le mariage en Droit Canonique*, cit., I, pp. 178 ss.; Sara ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el Decreto «Ne temere»*, cit., pp. 161-165.

23. *Fuero General de Navarra*, 4,2,3. Cómo deve tener fealdat yfanzon biudo, et si fuere acusado que es casado, cómo se deve salvar.—«...Si por aventura casare á furto por no perder las fealdades, á iuras ó de otra manera, diziendo que la tiene por clavera ó por manzeba, et si podieren provar con ombres que fueron en logar á la iura, ó en el casamiento, pierda fealdat; et si non podieren provar, prenga su iura cada ayno, et déxenlo en paz...»; figura en Antonio CHAVIER, 4,2,3, de los Fueros. Cfr. Paulo MERÊA, *En torno do «casamento de juras»*, en «Estudios de Direito Hispânico Medieval», I (Coimbra, 1952), pp. 151-171, y Rafael GIBERT, *El consentimiento en el matrimonio según el Derecho medieval español*, cit., p. 758. *Fuero General de Navarra*, 4,1,7, habla de la que podría entenderse como forma legal del matrimonio, «segun lur fuero», que equivale a «reteniendo fermes et fiadores de arras», en los casos en que éstas son debidas. Esta forma matrimonial, que no es clandestina, pero que no tiene lugar *in facie Ecclesiae*, es descrita con amplitud en el capítulo 4,1,1, que se reproduce por entero en la nota 27.

gativa) oiese misa ó prisiere sortieyllas por mano de capeyllan, otorgaron que fuese casamiento, et estos atales que fuesen á fuero de iglesia», es decir, que se mantienen como legítimos en Navarra los matrimonios no contraídos *in facie Ecclesiae*, según la forma prevista en el Fuero General, 4,1,1, pero como contrapartida también se declara que sobre ellos es competente la jurisdicción eclesiástica.

b) «si la iglesia dixiere por casamiento, atorgaron que fuese casamiento, maguer reteniendo fermes et fiadores de arras segun lur fuero», o sea, que también se reconocen como legítimos los matrimonios *in facie Ecclesiae*, pero exigiéndoles cumplan con los requisitos —civiles, por tanto— del Fuero General, 4,1,1, a los que alude igualmente el capítulo 4,1,7: «reteniendo fermes et fiadores de arras segun lur fuero».

Cabe atribuir al término 'ninguno' un significado positivo, en el sentido de alguno o todo aquél, lo que supondría entender que lo que el rey ha declarado es el reconocimiento como legítimos en Navarra de los matrimonios celebrados *in facie Ecclesiae*, pero que no por ello estarían exentos de cumplir con los requisitos civiles regulados en el Fuero General, 4,1,1.

Reconocida por Sancho el Sabio la forma canónica para la celebración de los matrimonios, se puede afirmar que la misma, al menos en el nivel legal, se ha generalizado en el reino de Navarra en la Baja Edad Media. Se halla presente, como hemos visto, en los Fueros de la Novenera, y en los Fueros de Pamplona derivados del de Jaca²⁴, y también en el de Viguera y Val de Funes²⁵.

En la Edad Moderna, el Fuero reducido acogerá igualmente el matrimonio a «ley de bendición», bajo una perspectiva que no ha de significar desde luego que se niegue la indisolubilidad de los celebrados sin la bendición sacerdotal, y algunos años antes de que

24. *Fueros derivados de Jaca. Pamplona*, 38. «De conquesta de marit et muyller.—Si nuyll omne a muyller a bendition, et si lo payre o la mayre del omne que a la muyller a bendition, o ningun dels parenz, despuys que la muyller a presa a bendition li dan ninguna heredat, tan grant part y a la muyller com son marit, per for de Iaqua tant grant part y a com si l'ausen de conquesta; et altresí aya si res dona a la muyller com al marit per aquest sobre escriut iudici».

25. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 312. «De afillamiento de infançon.—...Todo infançon puede todo su mueble dar a su muger de bendición por siempre, o por espleytar de sus heredades en su vida, e nol'l puede dar empeynnos heredades por siempre. Et otro tal puede la muger al marido fazer»; 476. «De fijo de fornitió.—Omne que fuere de fornicación, de padre soltero e de casada, o de dos casados que no sean de una bendición, non debe heredar, mas heredarán los parientes más cercanos de los padres».

el Concilio de Trento se pronunciara sobre el tema, las Cortes de Estella, del año 1556, petición 147, y las de Tudela, de 1558, ley 3, se ocuparán de los matrimonios clandestinos. Dejando a un lado las sanciones que se imponen a los contrayentes y a los testigos que en ellos intervienen, lo que importa señalar es que sobre lo que deba entenderse por tales matrimonios clandestinos —cuya validez sustancial se da por supuesta— el Derecho navarro, en 1556, se remite al canónico, cuya doctrina se acepta en las Cortes de Estella: «que el que contraxere matrimonio, que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna mujer, por el mismo hecho...»²⁶.

El Concilio de Trento, en su decreto «Tametsi», del 11 de noviembre de 1563, impuso una determinada forma *ad validitatem* para la celebración de los matrimonios (sobre la que ha escrito Sara Acuña en su artículo cit. en la nota 12, especialmente en págs. 165-180), que fue aceptada por el reino de Navarra. Las Cortes de Tudela de 1565, en su ley 95 (Novísima Recopilación de Leyes del Reino de Navarra, 1,3,29), piden al rey, argumentando que él mismo había declarado que los decretos del Concilio se observasen como leyes de sus reinos (Novísima Recopilación de Leyes de España, 1,1,13. Felipe II en Madrid, por Real Cédula de 12 de julio de 1564), comine al vicario general del obispado de Bayona a que publique y haga observar en las iglesias de sus diócesis dichos decretos conciliares, puesto que hasta entonces no constaba ni su publicación ni su observancia. El rey accederá a la petición navarra, apercibiendo al vicario general en estos términos «que no lo cumpliendo assi, se proveerá lo que el servicio de Dios nuestro Señor, y nuestro convenga».

4. El Derecho general de Navarra parte de la base de que el matrimonio es una institución estable y permanente. En efecto, una de las fianzas de coto de bueyes, que mutuamente han de otorgarse quienes se disponen a contraer matrimonio, tiene precisamente como fin asegurar la permanencia de la vida en común, tanto si quienes lo celebran son infanzones o labradores: «Esto fecho dé fianza á su esposo, et la fianza que sea de la comarca del esposo

26. *Fuero reducido*, 3,7,17, bajo la rúbrica «Como marido o muger casados a ley de vendición, si no hubiere hijo o hija, puede qualquiera dellos dexar lo suyo el uno al otro»; también en 6,10,13: «Como el marido que halla a su muger (de vendición, en el texto), en adulterio, matando a los dos, no deue calonia; *Fueros del Reyno de Navarra... y Recopilación de las Leyes...*, de Chavier, 3,6,1 de la Recopilación; *Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra, hechas en sus Cortes Generales desde el año 1512 hasta el 1716 inclusive*, 3,9,1 y 2.

quel terrá por marido et por seynor, et que á eyll et á todas sus compaynas et cosas agoardará sano et enfermo. Otrossi, el esposo dé otra fianza á eylla, de su comarca deeylla, que la terrá á eylla por muger et por seynora, et que la agoardará á eylla sana y enferma et á todas sus cosas»²⁷.

27. *Fuero General de Navarra*, 4,1,1. «*De casamientos de fidalgos et lavradores, et qué arras deven ser dadas, et qué fiadores et quoantos; et si embargo viere la muyller quen deven fazer los fiadores.*—Est es el fuero que han entre yfanzones et lavradores de Navarra por casar ensemble fijos et hijas. Los parientes, segund costumbre et fuero de tierra, deven aver bonos ombres et prender plazó o se aplegarán en el plazto. Aveniéndose ensemble los parientes de la esposa, demanden arras en una lograr, en dos ó en tres logares nonpnados, et si nó oviere en tres logares, dén de dos logares, al menos uno; et diziendo, si dos li diere, quel cumplirá entroa tres logares, dé fianza de coto de buyes á eylla yfanzon ó parient prosmano deylla que porra con fermes derytureros de las villas do las arras son á eylla pora las creaturas que farán ensemble eyll y eylla. Estas arras son dadas á yfanzones et nó á ninguna villana. Esto fecho dé fianza á su esposo, et la fianza que sea de la comarca del esposo quel terrá por marido et por seynor, et que á eyll et á todos sus compaynas et cosas agoardará sano et enfermo. Otrossi, el esposo dé otra fianza á eylla, de su comarca deeylla, que la terrá á eylla por muger et por seynora, et que la agoardará á eylla sana y enferma et á todas sus cosas. E la esposa dé tres fianzas que sean de la comarca del esposo, assi como sobre scripto es. Et el esposo dé otra tal fianza, assi como de suso es dito. Esto feyto dé el esposo á eylla fianza que non íaga ytar fermes destas fiadurios á eylla, sin por falagos, nin por menazas, assi que non sean al menos III parientes cercanos de partes del padre ó de la madre deylla. Todas estas fianzas sean todas con coto de buyes. Partida de tiempo passado si embraviere eylla que se vaya su via, peyndre el esposo á sus III fianzas, et adúganla á la casa o eyll quisiere, et póngala al lindar de la puerta en adentro, sopiendo vezinos de la villa et de la comarca. Et si por aventura de cabo quiere enbravir eyll pensando deylla assi como conviene, adúganla los fiadores de cabo, como de primero en aqueylla misma casa, ó en otra casa, en quoa eyll mas quisiere, sopiendo vezinos et bonos ombres de la comarca que aduyta la han. Et puesta en casa de lindar en adentro en su poder, et de si adelant, marido ó muyller viviendo ensemble en una, et manteniéndose al meior que pueden, si semeyllare que eylla non quiera fincar con eyll, imbie por parientes deylla, al menos por III, et por otros tres de los suyos, et por otros tres de los mas cuerdos de la villa ó de la comarcha, et faga entender á todos estos bonos ombres lur vida et lur manitenencia de si et deylla, assi como de suso es scripto. Et si los podieren abenir bien; et si nó pártanlos en esta manera: el marido que haya sus heredades et eylla las suyas, et si ovieren alguna heredat conprada ó ganada, que parta por meyo; et el mueble et las deudas, otrosi, que partan por medio. Et si por aventura creaturas dobladas ovieren, el padre las meyas, et la madre las otras meyas, et si una creatura fuere de más criénla entranbos, diziendo estos bonos ombres por crear estas creaturas mas vale que se aiuden ensemble. Por mandamiento deyllos, viviendo ensemble, de cabo si la muyller se embraviere, peyndrando las fianzas, adugan á eylla á una casa de sus heredades, et eyll delant seyendo al dia quel darán, móstreyllis su lecho; et eyllos

Contra esa estabilidad de la vida en común que el matrimonio implica, atentan los adulterios, las separaciones de hecho, los abandonos de familia o las separaciones formalmente realizadas, es decir, un conjunto de situaciones que aparecen reguladas en los textos navarros, las más de las veces otorgando el protagonismo a la mujer, y en ningún caso considerándolas como causas de disolución del vínculo matrimonial.

Estas son las situaciones que al respecto son tomadas en consideración por el Derecho navarro:

a) El adulterio ocasional, que no presupone la vida en común entre el adúltero y otra persona distinta a la de su legítimo cónyuge.

b) El abandono de familia, con o sin ánimo de iniciar unas relaciones sexuales estables extramatrimoniales.

c) El delito de bigamia.

d) Las separaciones legalizadas de acuerdo con un procedimiento que es objeto de regulación.

El adulterio ocasional, que no nos interesa en cuanto delito, ni es momento de ocuparnos del tratamiento penal que recibe (ver Fuero de Viguera y Val de Funes, 38; Fuero General de Navarra, 4,3,8-12; Fuero reducido, 6,2,11), carece de consecuencias sobre el matrimonio anterior de quienes han cometido el delito. Su permanencia se desprende de los textos, que a su vez admiten el perdón de la parte ofendida como causa de remisión de las penas impuestas a los adúlteros: «e lo echarten en fierros e su muger viniere otro dia, sacarlo del cepo o de los fierros sin calonia alguna» (Fuero de Viguera y Val de Funes, 38); «y el juez, o la justicia lo hecharen en yerros o en el cepo, la muger... puede sacar al dicho su marido del cepo, o de los yerros, y por ello no pagará calonia» (Fuero reducido, 6,2,11); «Et el marido non deve tornar á la tierra entroa que aya amor del Rey et de su muger; et si por aventura

de partes de los pies de leyto, et el un pié deylla líguenlo al un pié del lecho, et el otro pié deylla ligen al otro pié del leyto; la una mano deylla al un banco del leyto, et la otra mano al otro banco. De si adelant non son tenidos de aduzir á eylla, et prenga á eylla ferme de lures fiadurias, et pártanse en esta manera como de suso es dito. E las creaturas que son feytas en est comedio, son de pareylla; maguer que eyllos se partan, dévenlos criar et lévenlas heredar de lures heredades depues de lur vida». En *Fueros del Reyno de Navarra... y Recopilación de las Leyes*, de A. CHAVIER, 4,1,1, de los Fueros, el texto anterior se interrumpe en «et si los podieren abenir vien».

amor del Rey ganare, deve cobrar sus heredades todas. Ad aqueste ombre que faz la fuerza, los parientes deylla deven desafiar et matar si non rendiere aqueylla», es decir si no volviere de nuevo con su mujer, lo que presupone el perdón de ésta (Fuero General de Navarra, 4,3,9).

El abandono de familia, tanto si el causante es el marido como la mujer, es objeto de una mayor regulación en el Fuero de Viguera y Val de Funes, y se circunscribe al originado por la mujer en los Fueros de Pamplona (Jaca) y en el General de Navarra²⁸. Dentro del supuesto, se pueden diferenciar varias posibilidades:

Una es la del abandono de familia, sin referencia al motivo que lo causa o al fin que pretende conseguir el cónyuge que lo lleva a cabo. Regulada en el Fuero de Viguera y Val de Funes, de modo distinto según que el causante sea el marido o la mujer, contrasta la sola pena económica que se impone al primero —trescientos sueldos—, con la sanción que recae sobre la segunda, a la que a esa misma pena se añade la de la pérdida de «sus arras, e su pan e su vino, fasta la sal»²⁹.

Otra, la del abandono de la familia por la mujer, para convivir con otro hombre, dando lugar a unas relaciones adulterinas. En este caso, la autora del abandono pierde en los Fueros de Pamplona (Jaca) la dote en favor del marido³⁰, las arras y los bienes propios en los Fueros de Viguera y Val de Funes y en el General de Navarra, con variantes entre ellos a la hora de precisar los derechos sucesorios de los hijos habidos en el matrimonio, muerta la madre, sobre las arras, que les son negadas en Viguera y Val de

28. Para León y Castilla, cfr. Enrique GACTO, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla* (Sevilla, 1975), pp. 178-181; José MARTÍNEZ GIJÓN, *El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 29 (1959), pp. 95 y 96.

29. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 38. «Qui dexare su muger.—Todo omne qui dexare su muger peche CCC ss. et la quarta part al seynnor; et si la muger dexare su marido peche otro tanto e sus arras e su pan e su vino, fasta la sal. Et todo omne que fuere a otra muger e lo prisieren con eylla e lo echaren en fierros e su muger viniere otro día, sacarlo a del cepo o de los fierros sin colonia ninguna».

30. *Fueros derivados de Jaca. Pamplona*, 43. «De adulteri et de la pena.— Et si la muyller que a son marit, es presa con altre omne fazent adulteri, et de sa uoluntat layssa son marit, car pecia la conuinença que aura fayt ab el, perda la dot qu'li marit li aura promes, que ela ni altre per ela non lo puyssa cobrar per ninguna razon».

Funes y reconocidas en el Fuero General de Navarra³¹. En el caso que estamos contemplando, el permanente adulterio de la mujer es el que determina la situación creada; por ello, las sanciones que se le imponen a la mujer tienen el mismo carácter, se mantienen.

Que dentro de esta situación, el Fuero General de Navarra, 4,3,7, califique como marido al varón con el que ahora cohabita la mujer, lo mismo que a aquél con el que ella «casó primerament», no significa en modo alguno que el Fuero esté autorizando esas uniones, y menos aún que las reconozca como matrimoniales, si se tiene en cuenta —dejando a un lado dicho modo de expresarse— que en el mismo texto se dirá que la mujer que abandona al marido, para convivir con otro varón, hace «enemiga de su cuerpo», calificándose dicha convivencia como deshonesta. A mayor abundamiento y precisión, el Fuero reducido, 6,2,13, bajo la rúbrica de «Como deuen ser castigados los que biuen en adulterio, o amancebados, assi los clérigos, religiosos, como los legos», pondrá de relieve que el adulterio es un pecado público, que contraviene y menosprecia «el santo sacramento del matrimonio por Dios cons-

31. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 388. «Si muger casada fuere con otro.—Otro sí, si muger casada fuere con otro omne por complir su voluntad con él, non puede demandar sus arras ni otri por eylla, mas tornarán a su marido e todas otras sus heredades en su vida; et después de su muert non heredarán los fijos d'aquella madre las arras»; *Fuero General de Navarra*, 4,3,7. «Cómo puede tener el marido las heredades de la muger que saylle con otro por su plazentería, et si saylle dándol eyll baraylla qué deve ser feyto.— Si muger casada se fuere con otro marido desando su marido, el su heredamiento deve tener el primer marido con qui eylla casó primerament. Eylla ni otros por eylla non deven nin pueden demandar arras ningunas, ni heredades deylla. Empero si creaturas oviere del primer marido, las creaturas non deben perder aqueillas arras. Maguer el marido dando baraylla á eylla, si por despagamiento ó por miedo de su marido se camiare de la casa de su marido ad alguna casa de su parient ó de su vezino, et non fiziere enemiga de su cuerpo, tornando á eyll, por esto non debe perder sus arras, et el marido deve tener sus heredades ata que torne eylla á su marido». El supuesto ha sido recogido en el *Fuero reducido*, 6,2,4. Y aparece contemplado en la ley 127 de la *Compilación de Derecho civil foral de Navarra*, de 1973, adoptando la misma solución del Fuero General sobre el destino de las arras: «La mujer perderá el derecho sobre las arras cuando, por sentencia firme en causa criminal o en pleito sobre separación de personas, fuera declarada culpable de adulterio. En este caso los descendientes legítimos adquirirán la propiedad de las arras sin perjuicio de los derechos del marido, a quien revertirá la propiedad si no hubiera descendientes»; sobre la separación de personas y el usufructo de fidelidad, ver la ley 254 del mismo cuerpo legal.

tituido». El abandono de familia y el adulterio, como puede verse, no son causas de divorcio vincular³².

Cabe todavía una tercera posibilidad: el abandono de la familia por la mujer, por razones distintas a las anteriores, que se consideran pueden resultar transitorias, reanudándose más tarde la vida conyugal. Gráficamente los textos hablan del «miedo» de la mujer al marido, como ocurre en el Fuero de Viguera y Val de Funes, quizás porque, como dice el Fuero General de Navarra, el marido daba «baraylla á eylla», lo que hacía imposible una pacífica convivencia. Dichos textos subrayan que la mujer ha abandonado al marido por esos motivos («miedo», «baraylla»), y no para hacer «enemiga de su cuerpo»; por ello se considera como posible el retorno de la mujer a la casa del marido, lo que habría de significar que la mujer entrara de nuevo en posesión de los bienes —arras y heredades— que transitoriamente habían quedado en poder de aquél, tan pronto se interrumpa la situación que ella misma había creado, «quoando tornare a él», al marido y al domicilio conyugal³³.

Los abandonos de familia no legitiman la celebración de unas segundas nupcias. Quienes las contraigan serán considerados bigamos, y el Derecho así los declarará en tanto sea posible probar la existencia de un matrimonio anterior válido y no disuelto. La bigamia, como delito, ha sido contemplada por el Fuero de Viguera y Val de Funes, en un capítulo que nos ha llegado incompleto. En su primera parte debería regular la bigamia de los varones casados; el de las mujeres lo es en la segunda, que resultan obligadas, según el texto, a volver al domicilio conyugal, perdiendo las arras que les hubiese otorgado el segundo marido y cesando cualquier obligación alimenticia de éste, imponiéndoseles además el pago de una doble calaña, de setenta y cinco sueldos para el señor, y de diez al juez³⁴.

32. Cfr. A. ESMEIN, *Le mariage en Droit Canonique*, cit., II, pp. 48-98.

33. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 390. Si muger dexare su marido.—Et si alguna muger dexare su marido por miedo o por voluntat, el marido terná las arras e todas las heredades de la muger, e quando tornare a él cobrará todo su derecho, si no lo fizo o no saylló por fazer su voluntat con otro hombre»; *Fuero General de Navarra*, 4,3,7, en nota 31.

34. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 399. «De omne casado e dize que non.—Et si algun omne fuere casado e dixiere que no, e cassare con otra... e después aya a tornar al primer marido, deue dar al segundo sus arras e todas sus cosas et lo que comió fasta la sal, e al seynnor debe dar LXXV.ss.et al juez X ss.», solución que contrasta con las penas capitales establecidas para el mismo delito en el *Fuero de Cuenca*, 11,34. «De bigamo qui duas insimul [uxores habuerit].—Quicumque in aliis partibus uxorem nuptam habuerit, et priore uiuente aliam in concha duxerit, precipitetur. Si mulier uirum alibi habuerit,

El Fuero General de Navarra ha regulado en su capítulo 4,1,1, un procedimiento para formalizar las separaciones matrimoniales. Motivadas por la mujer, en cuanto que es de ella de quien se afirma que «se embraviere... que se vaya su via», si atribuimos al término 'embravir' el significado que le otorgan P. Ilarregui y S. La puerta de 'provocar, dar motivo, excitar quimera', lo que indica, en el caso que nos ocupa, que es la mujer la que imposibilita la vida en común, en base a ese modo de comportarse, al que se añade al parecer el abandono de la familia a ella imputable «que se vaya su via».

Se trata de un procedimiento público, «sopiendo vezinos de la villa et de la comarca», que, si bien puede desembocar en la separación, se caracteriza por pretender la reconstrucción de la vida en común del marido y la mujer. En efecto, producida la situación a la que nos hemos referido —si «embraviere eylla que se vaya su via»—, intervienen los fiadores aportados por la mujer al matrimonio, a requerimiento del marido, y cuya misión es la entrega de la mujer a éste en el lugar donde él indique.

Así las cosas, la vida matrimonial puede normalizarse («et de si adelant, marido ó muyller viviendo ensemble en una, et manteniéndose al meior que pueden»), o la mujer puede insistir en la separación («si semeyllare que eylla non quiere fincar con eyll»), constituyéndose en este caso un consejo formado por tres parientes de la mujer, otros tantos del marido, y por hombres buenos («los mas cuerdos») de la villa o comarca, en igual número, ante quienes el marido expone la situación creada y que afecta al matrimonio: «et faga entender á todos estos bonos ombres lur vida et lur mantenenencia de si et de eylla».

Se atribuye al consejo la función de avenir a los cónyuges, la de separarlos y dividirlos en cuanto a los bienes y al destino de los hijos, o la de pronunciarse por la continuidad de la vida matrimonial en común («por mandamiento deyillos, viviendo ensemble»). Conviene precisar, que tal como aparece redactado el pasaje, «et si los podiere abenir bien; et si nó pártanlos», se puede pensar que la 'avenencia' se refiere a conseguir el acuerdo de ambos cónyuges sobre el destino de los hijos y la partición de los bienes, que de no alcanzarse les obligaría a aceptar la decisión del consejo sobre esos extremos, que habría de adecuarse a las reglas establecidas por el Fuero General y que son las siguientes: los bienes inmuebles propios de cada cónyuge siguen a su dueño; los granados o

et in concha alii nupserit, conburatur: si dominum fecerit, fustigetur per plateas, et per omnes calles ciuitatis, et eiciatur a ciuitate».

comprados se dividen por mitad, igual que los muebles; los hijos siguen la misma suerte si su número es par; si no lo es, uno de ellos debe ser mantenido por ambos cónyuges.

El consejo de parientes y vecinos puede, como se ha dicho, pronunciarse por la permanencia de la convivencia matrimonial. «Por mandamiento deylos, viviendo ensemble», es una decisión que podrá tener unos efectos positivos, la continuidad de la vida conyugal, o los contrarios, si «la muyller» se «embraviere» de nuevo, que determinan, estos segundos, la intervención de los fiadores del matrimonio, con la misma finalidad de entregar la mujer al marido, describiéndose a continuación el ejercicio de un fuerte poder marital, cuyo objetivo es al parecer la prestación por la mujer de sus deberes conyugales dirigidos a la procreación, puesto que se admite que se hayan engendrado hijos en este intermedio, que son declarados legítimos. Un reconocimiento del poder marital sobre la mujer que ha huido del domicilio conyugal, ejercitable antes de que se consume la separación, se halla presente en el Fuero reducido, 1,13,2, que autoriza al marido a entrar —sin pagar por ello colofia alguna— en la casa donde se haya refugiado la mujer, para obligarla a regresar con él, prestando «el dicho marido fiador de derecho sobre su muger y el trato de ella».

Agotada esta fase, los fiadores del matrimonio quedan exentos de la obligación de «aduzir a eylla» al domicilio conyugal, y el marido y la mujer dividen los hijos y los bienes, según las reglas ya descritas³⁵.

La regulación de las separaciones matrimoniales prosigue en el capítulo 4,1,7, del Fuero General de Navarra. Ahora, para declarar exonerados del pago de cualquier prestación por este hecho a los infanzones, y para obligar, en el mismo supuesto, a los pecheros a la entrega al señor de un buey, elegido según el sistema que el Fuero prevé: «este buey debe ser de la tierra de donde son el hombre y la mujer; para seleccionarlo señalen tres bustos (rebaños vacunos), y escojan de cada busto dos de los mejores bueyes, y separados dos de los mejores y dos de los peores (de entre los seis), elijan el buey que han de pagar al señor»³⁶. Y también para reconocer la competencia del rey en materia de separaciones ma-

35. *Fuero General de Navarra*, 4,1,1, en nota 27. Cfr. José YANGUAS Y MIRANDA, *Diccionario de los Fueros del reino de Navarra y de las Leyes vigentes promulgadas hasta las Cortes de los años 1817 y 1818* (Pamplona, edición de 1964), pp. 63 y 63, s.v. 'matrimonio'.

36. José María LACARRA, *Sobre el matrimonio y otros arcaísmos entre vascos, navarros y aragoneses*, cit., pp. 451 y 452.

trimoniales, que se manifiesta en la siguiente frase de dicho capítulo 4,1,7: «Et el rey don Sancho, et el obispo don Pedro de Paris, seyendo ensemble, vinieron marido et muger por partir con lures creaturas», que no se debe entender como compartida por ambos, a la vista del modo de expresarse del obispo sobre el tema, que «rogó... al rey que non sofriere en esta tierra tales casamientos».

Señalada por el Fuero General la prestación obligatoria de los pecheros, se añadirá en el texto la siguiente frase: «Todo pechero que desta guisa se departirá de su muyller, de glesia no avia mandamiento», cuyo alcance y significación hemos de intentar precisar. En orden a su extinción, cabe preguntarse si los infanzones en estos casos, puesto que el texto sólo habla de los pecheros, «de glesia avia[n] mandamiento». Interrogante que ha de quedar sin respuesta por la imprecisión del texto, aunque no creo que hubiese sido resuelta en el sentido que se propone.

Ocupémonos de su significado. Para ello, conviene observar que los textos que estamos manejando (Fuero General de Navarra, 4,1,1, y 4,1,7), se caracterizaban, el segundo antes de la intervención del obispo don Pedro, por silenciar la competencia de la Iglesia en materia de separaciones matrimoniales, a pesar de que el mismo Fuero, en el capítulo 2,6,12, reconocía como competente el tribunal del obispo, en las causas sobre la validez de los matrimonios contraídos sin el consentimiento de alguno de los esposos³⁷. A mi juicio, el pasaje que nos ocupa —«Todo pechero qui desta guisa se departirá de su muyller, de glesia no avia mandamiento»— solamente tiene un contenido procesal, rechazando la competencia de la Iglesia en los casos de separaciones matrimoniales de los pecheros, quizás para garantizar unas prestaciones económicas en favor de la nobleza, como quiere Enrique Gacto³⁸. La interpretación que se acaba de ofrecer a dicho pasaje, encuentra su confirmación en el modo de ser entendido por los redactores del Fuero reducido, 3,1,2. En este texto, precisamente con respecto a los pecheros, lo que significa que ha sido redactado teniendo presente el capítulo 4,1,7, del Fuero General, y para rectificarlo, se declara que la competencia en el conocimiento de las causas matrimoniales de aquéllos, es privativa del juez eclesiástico, manteniéndose la entrega del buey al señor, pero ahora no como prestación señorial obligatoria, sino como pena debida por el incumplimiento de la norma, cuando los pecheros se separen matrimonialmente sin el pre-

37. Ver el texto en nota 6.

38. Enrique Gacto, *El divorcio en España. Evolución histórica*, cit., p. 30.

vio juicio de la Iglesia. Dicho capítulo del Fuero reducido incluirá una disposición general, por razón de la materia y de las personas a ella sujetas, que determina la plena y exclusiva competencia de la Iglesia en cualquier causa matrimonial y con independencia de la condición de las personas: «Y el juicio de juzgar en los matrimonios y casamientos pertenesce al juez eclesiastico que es el obispo»³⁹.

Otro capítulo del Fuero reducido, el 3,3,2, dará por supuesto que las separaciones matrimoniales procederán cuando haya «justa causa», sin ocuparse de especificarla, regulándose los efectos de las mismas con respecto a la crianza de los hijos y a la partición de los bienes, que son idénticos a los previstos en el capítulo 4,1,1, del Fuero General de Navarra⁴⁰.

Como se ha visto, el Fuero reducido, 3,1,2, no excluía de la competencia de la jurisdicción de la Iglesia ningún aspecto referente a las causas matrimoniales, postura que no es ajena a la que podría desprenderse del Fuero General de Navarra, 4,1,7, sobre todo después de la intervención del obispo don Pedro. Por ello, y no obstante el carácter del Fuero reducido, que careció de valor en cuanto texto que no había de ser promulgado, las Cortes navarras de 1817 y 1818, podrán rechazar la aplicación en el reino de una Real Cédula de 18 de mayo de 1804, que diferenciaba los aspectos canónicos de los civiles de las causas matrimoniales, declarando que sobre los segundos (alimentos, litis expensas, restitución de dotes) eran competentes sólo los jueces seculares⁴¹.

Como inciso, no deja de ser interesante comprobar que en el siglo XVII —de este siglo es uno de los manuscritos del Fuero re-

39. *Fuero reducido*, 3,1,2. «Que pena tiene el pechero que dexa a su muger sin juicio o mandamiento de la yglesia.—Qualquiera hombre pechero si se parte de su muger sin juicio de juez eclesiastico, debe al señor de calonia un buei que sea bueno. Y el juicio de juzgar en los matrimonios y casamientos pertenesce al juez eclesiastico que es el obispo».

40. *Fuero reducido*, 3,3,2. «Quoando el matrimonio es suelto entre marido y muger con justa causa como las heredades de ellos se deben volber a cada uno las suyas.—Si marido y muger estando casados y viuiendo juntos se ouiesen de apartar y separar de viuienda con causa, y hubieren heredades ansi de la parte del marido como de la parte de la muger, destas heredades deben tomar cada uno las suyas, y si ouieren comprado o adquirido algunas heredades constante matrimonio, deben partir las conquistas a medias, y si ouieren procreado entre ellos hijos y criaturas dobladas, debe tomar el padre las medias, y la madre las otras medias, y si hubiere alguna criatura mas, debenla criar a espensas comunes, contribuyendo a su criar y alimentar tanto el uno como el otro».

41. *Cortes de 1817 y 1818*, ley I, n.º 56, en «Cuadernos de Leyes y Agravios reparados», cit., II, p. 200.

ducido—, con posterioridad a las Adiciones del licenciado Armen-dáriz, de 1617, a su Recopilación o Repertorio de Leyes del Reino de Navarra, de 1614, preocupaba en el reino la bondad de la regla sobre la crianza y custodia de los hijos de los padres separados, establecida en el Fuero General y aceptada sin modificaciones en el reducido. De ello nos da noticia una aclaración que figura en el margen izquierdo del manuscrito, en relación con el capítulo 3,3,2, en la que aparecen citados, además de un texto de las referidas Adiciones (ad lib 4, tit. 15,1,2, n.º 22, en fol. 162 bis, no se refiere a la cuestión enunciada, sino a los casos en los que se han de comunicar las ganancias entre marido y mujer, después de haberse producido entre ellos un «*diuortium quoad thorum, et mutuum cohabitationem*») otros dos romanos y uno canónico. Los tres últimos, frente al automatismo aritmético del Fuero General para atribuir los hijos a sus progenitores, después de la separación de éstos, se caracterizan por contener unas soluciones distintas y orientadas a conseguir el bien de los hijos. Así, la constitución del año 294, de Diocleciano y Maximiliano I, que se cita, otorga la decisión al juez apuntando la posibilidad de que tenga en cuenta el distinto sexo de los hijos⁴². Una novela, igualmente invocada, del 542, de Justiniano, excluye en principio de la custodia de los hijo al culpable de la separación, lo que no afecta al padre, aunque lo sea, si la madre contrae segundas nupcias; en cambio, los mayores derechos del padre, si sus disponibilidades económicas son escasas, ceden ante las mejores que una madre rica puede ofrecer para la crianza de los hijos⁴³. Se cita, por último, una decretal de Gregorio IX, de 1229, a propósito de un matrimonio entre infieles, en

42. *Código de Justiniano*, 5,24,1. «*Divortio facto apud quem liberi morari vel educari debent.—Impp. Diocletianus et Maximianus AA.et CC.Caelestinae.—Licet neque nostra neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutriri debent*» (a. 294).

43. *Novelas*, 117,7. «*Illud quoque disponendum esse perspeximus, ut si quando inter maritum et uxorem nuptias solvi contigerit, ex huiusmodi <matrimonio> nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum, sed ad parentum hereditatem vocentur ex patris substantia indubitanter alendi. Et si quidem pater occasionem separationis praebeat et mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem nutriantur expensas patre praebente; si vero per causam matris ostenditur solutum matrimonium, tunc apud patrem et manent filii et alantur. Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem, apud eam pauperes filios manere et ab ea nutriri iubemus Quemadmodum enim filii locupletes coguntur matrem egentem alere, ita iustum decernimus et a matre locuplete filios pasci...*» (a. 542).

el que uno de ellos se convierte a la fe católica, decidiéndose que el hijo debe ser educado por el convertido, que es el padre en el caso que se resuelve, y a pesar de que se trataba de un *infans* de cuatro años, en base a lo cual la madre solicitaba su custodia, argumentando que dicha edad demandaba los cuidados maternos antes que los paternos. Razones jurídicas —la patria potestad correspondía al padre—, y religiosas —*in favorem fidei Christianae*—, se invocan para justificar la decisión papal, que sitúa en los tres años cumplidos el límite de edad a partir del cual los hijos deben ser asignados al progenitor convertido, aunque éste sea al padre⁴⁴.

Volviendo al tema central, hemos de referirnos de nuevo a la opinión del obispo don Pedro de Artajona: «Sobre esto rogó el obispo don Pedro de Paris al Rey que non sofriere en esta tierra tales casamientos que eran á perdición de las almas», porque a la vista de lo anterior, cabe entenderla como que lo eran los matrimonios que se separan sin el previo juicio de la Iglesia. Interpretación que no excluye que la causa de ello fuese precisamente que hasta entonces el Fuero General de Navarra no había reconocido para los matrimonios la forma *in facie Ecclesiae*, lo que explica que el capítulo 4,1,7, de dicho Fuero, en su segunda parte relacione forma del matrimonio y fuero, tomando este término en su do-

44. *Decretales de Gregorio IX*, 3,33,2. «Si alter infidelium coniugum venit ad fidem, altero remanente in infidelitatis errore, communis proles assignatur converso.—Gregorius IX. Argentinensi Episcopo.—Ex literis tuis accepimus, [*perlatam fuisse ad synodum tuam huiusmodo quaestionem*], quod quidam de Iudaicae caecitatis errore ad Christum verum lumen [*et viam veritatis*] adductus, uxore sua in Iudaismo relicta, in iudicio postulavit instanter, ut eorum filius quadriennis assignaretur eidem, ad fidem catholicam, quam ipse susceperat, perducendus. Ad quod illa respondit, quod, quum puer adhuc infans existat, propter quod magis materno indiget solatio quam paterno, sibique ante partum onerosus, dolorosus in parto, [*ac*] post partum laboriosus fuisse noscatur, ac ex hoc legitima coniunctio maris et feminae magis matrimonium quam patrimonium nuncupetur, dictus puer apud eam debet convenientius remanere, [*quam apud patrem ad fidem Christianam de novo perductum transire debebat, aut saltem neutrius sequi, priusquam ad legitimam aetatem perveniat. Hinc inde multis aliis allegatis: tu autem praedicto puero medio tempore in tua potestate retento, quid tibi faciendum sit in hoc casu nos consulere voluisti*]. Quum autem filius in patris potestate consistat, cuius sequitur familiam, et non matris, at in aetate tali quis non debet apud eas remanere personas, de quibus possit esse suspicio, quod saluti vel vitae insidentur illius, et pueri post triennium apud patrem non suspectum ali debeant et morari, materque pueri, si eum remanere contingeret apud eam, [*facile*] posset illum adducere ad infidelitatis errorem: [*fraternitati tuae*] in favorem maxime fidei Christianae respondemos, patri eundem puerum assignandum. [*Dato Perusii XVII.Kal.Iun.A.II.1229*].».

ble acepción de Derecho y de jurisdicción competente, como se vio en el apartado 3 de este trabajo.

De todos modos, ninguno de los dos capítulos del Fuero General de Navarra, que hemos utilizado, ni el 4,1,7, ni el 4,1,1, autorizan a pronunciarse en favor la existencia en Navarra de la práctica de divorcios, si al expresarse así quiere decirse que los cónyuges podrían contraer un nuevo matrimonio, del que para nada hablan los textos, que tan sólo contemplan casos de separaciones matrimoniales, presuponiendo la permanencia del vínculo, que impide el matrimonio de uno de los cónyuges en vida del otro, a menos que el anterior fuera inválido, válido no consumado y soluble por el papa con justa causa, o se tratase del *casus apostoli*. Sería correcta la utilización del término divorcio, si se entiende *quoad torum et habitationem*, que no es otra cosa que una separación de cuerpos, y que entraña a la vez la de la vida en común, en el sentido que precisa el Fuero reducido, 3,3,2: «Si marido y muger estando casados y viuiendo juntos se ouiessem de apartar y separar de viuienda con causa...»⁴⁵.

5. Veamos, por último, el caso del que nos da cuenta el infante don Juan Manuel, en su *Libro de los enxiemplos del conde Lucanor o de Patronio*, obra terminada en Salmerón, el lunes 12 de junio de 1335, sobre la que P. M. Piñero Ramírez opina que «no siempre parece inspirada por unos motivos de moralidad o religión», a pesar de que su autor se hubiese propuesto conseguir al redactarla, entre otros fines, que los «omnes... fueren más allegados a la carrera porque pudiesen salvar las almas»⁴⁶. Piñero Ramírez atribuye al infante enfoques pragmáticos de las cuestiones, derivados de experiencias personales, que desembocan con frecuencia en posturas que aconsejan la astucia, y un disimulo «cercano a cierto cinismo utilitario»⁴⁷. Valoración de la obra del infante, que nos permite al menos apuntar que no siempre existiría en ella una correlación entre sus conclusiones —en absoluto ajenas al género novelesco— y las enseñanzas de la Iglesia o las normas establecidas por el Derecho, a pesar de que —y no es temerario pensarlo— su autor habría de encontrarse en condiciones de conocer lo que sobre la cuestión, que plantea en el ejemplo XLIV, podría

45. Ver A. ESMEIN, *Le mariage en Droit Canonique*, cit., I, pp. 132 ss.; II, pp. 85-89.

46. Ver p. 29 de la edición citada.

47. Su artículo 'Juan Manuel, infante don', en «Gran Enciclopedia Rialp», vol. XIII (Madrid 1978), pp. 578 y 579.

ya contenerse en la que habría de ser la mejor y más culta obra jurídica de la época, en las Partidas, a propósito de los efectos sobre el matrimonio de la lepra contraída por alguno de los cónyuges. La citada fuente, en su ley 4,2,7, bajo la rúbrica 'Qué fuerza ha el casamiento', excluye cualquier posibilidad que permita considerar esa circunstancia como causa de disolución del vínculo matrimonial: «Mas si alguno de los que fuessen casados... nin aunque se fiziesse gafo, non deue el uno desamparar al otro...», admitiendo la separación de cuerpos y habitación tan sólo cuando el cónyuge leproso «ouiesse de beuir comunalmente en una casa con los otros gafos, de guisa que non ouiesse camaras apartadas».

En el ejemplo XLIV, resumiendo su contenido, se nos dice que el conde don Rodrigo el Franco estaba casado con la hija de don Gil García de Azagra, de la que se añade era muy buena dueña; acusada falsamente por el marido, pidió la intervención divina en su favor. Su oración fue oída, y «por el miraglo de Dios, engafezió el conde su marido, et ella partiósse dél. Et luego que fueron partidos, envió el rey de Navarra sus mandaderos a la dueña, et casó con ella, et fue reyna de Navarra».

Sobre los protagonistas del ejemplo, se han hecho algunas precisiones históricas, que conviene recoger. Rodrigo González de Lara, el Franco, fue conde de las Asturias de Santillana, en tiempos de Alfonso VII (1126-1157), y hacia 1141 estuvo en Jerusalén⁴⁸. En cambio, a juicio de María Goyzi de Menéndez Pidal, no es comprobable históricamente que ninguna de las dos mujeres del rey de Navarra, contemporáneo del conde Rodrigo el Franco, que es García Ramírez (1134-1150), fuese hija del señor de Azagra⁴⁹.

Según el tenor literal del texto, se ha producido, a causa de la lepra sobrevenida al marido, una disolución del vínculo matrimonial, un divorcio en el sentido estricto del término, que autoriza el desenlace del ejemplo, es decir, el nuevo matrimonio de la mujer del conde con el rey de Navarra. En este sentido se pronuncia Enrique Gacto, atribuyendo la solución a la que se llega, a la fuerza expansiva de la costumbre medieval, que habría convertido una simple causa de separación de la pareja en un divorcio vincular.

El Derecho navarro no ha regulado los efectos que en el matrimonio pudieran tener las enfermedades sobrevenidas a los cónyuges, cuando, por su índole, hubieran de impedir la vida en común. La norma general, contenida en el Fuero General de Navarra,

48. Nota señalada con asterisco, en p. 217 de la edición citada.

49. Nota 736, en p. 218 de la edición citada.

4,1,1, defensora de la mutua asistencia entre los cónyuges, incluso en los casos de enfermedad de alguno de ellos, no podría aplicarse cuando se tratara de una enfermedad como la lepra, a la vista de lo que el mismo Fuero dispone sobre quienes la hubiesen contraído. Según el Fuero General, 5,12,5, a los leprosos se les impone la separación de los demás vecinos, privándoles del contacto con ellos. Deben habitar en las leproserías, o más allá de las eras de las villas. Se regula cómo han de pedir limosna: «fuera de las puertas de los corrales», y utilizando unas tablas para evitar que quienes los socorran entrasen en contacto físico con ellos, prohibiéndoles diessen motivo de diversión («solaz») a los niños y a los jóvenes. Adecuándose a esta normativa, los leprosos no responden de los daños o perjuicios que se les pudieran imputar⁵⁰.

El Derecho canónico se había ocupado del caso específico de la lepra contraída por uno de los cónyuges, y de regular sus efectos en orden a la indisolubilidad del matrimonio. Un sínodo franco, celebrado en Compiègne en el año 757, con asistencia de legados del papa Esteban III, permite el segundo matrimonio del cónyuge casado con un leproso, si éste lo autorizaba. No consta que este acuerdo de la asamblea mereciera, a diferencia de otros, que Jorge, obispo de Ostia, y Juan Sancelario, legados del papa, lo aprobaran. Por ello, en otro sínodo franco, inmediato al anterior, que al parecer, según Esmein, tuvo por fin corregir aquél o completarlo en la mayor parte de sus disposiciones, en el de Verberie (año 758 o 768), el tema se silencia⁵¹. Alejandro III (1159-1185), en dos de-

50. *Fuero General de Navarra*, 5,12,5. «En qué logar deve morar si alguno tornare gafo.—Ynfanzón o villano si tornare gafo, en iglesia ó en abrigos de la villa non deve ser con los otros vezinos, mas que vaya á las otras gaferias. Et si dixiere el gafo, en mi hereditat puedo vivir, que yré a otras tierras, ysca de la villa, et todos los vezinos de la villa fanganli causa fuera de las heras de la villa, en logar que los vezinos vean por bien. Est gafo mezquino que non puede ayudarse con lo suyo, vaya demandar almosna por la villa, et demande fuera de las puertas de los corrales con sus tablas, et non aya solaz con los niños nin con los ombres ióvenes ququando anda por la villa pidiendo almosna. Et los vezinos de la villa devieden á lures creaturas que non vayan á su casa por aver solaz con eyll. Et eyll non dando solaz, si dayno viniere, el gafo no tiene tuerto»; *Fuero reducido*, 6,11,1. «Como los mesillos, leprosos y agotes no deuen biuir dentro de un lugar juntamente con los sanos y limpios»; *Fueros del Reyno de Navarra... y Recopilación de Leyes*, de A. CHAVIER, 5,11,5, de los Fueros.

51. A. ESMEIN, *Le mariage en Droit Canonique*, cit., II, pp. 64 y 65. Ver además Antonio GARCÍA Y GARCÍA, *La indisolubilidad matrimonial en el primer milenio*, en «El vínculo matrimonial, ¿divorcio o indisolubilidad?», cit., pp. 131 y 132, donde recoge la solución del Concilio de Orleans, del 533, contraria al divorcio por enfermedad sobrevenida.

cretales, resolverá el supuesto en contra de la ruptura del vínculo matrimonial: «Lepra superveniens non dissolvit matrimonium, nec matrimonii effectum, ideo adinvicem maritali affectione coniuncti se tractare debent, aut ad perpetuam continentiam vovendam induci» (Decreto de Gregorio IV, 4,8,1), «Coniuges propter lepram separandi non sunt a coniugio, et contrahere possunt matrimonium, et invicem sibi reddere debitum tenentur» (4,8,2). Posteriormente, en fechas más tardías al momento en el que vivieron los protagonistas del ejemplo y anteriores a su redacción, una decretal de Urbano III (1185-1187), declara libre a uno de los esposos, cuando el otro, y siempre antes de la consumación del matrimonio, hubiese contraído la lepra⁵². Se trata de la disolución —*lepra superveniens*— de un matrimonio celebrado, pero aún no consumado, en función del distinto tratamiento canónico que merecía, aprovechando la distinción de Graciano, el *coniugium initiatum* y el que *commixtione perficitur* o *coniugium ratum*⁵³. Más tarde, la decretal de Urbano III será incluida en el texto de las Decretales de Gregorio IX como un caso de *sponsalia de futuro*, según la interpretación que dicha decretal mereció a los comentaristas boloñeses de principios del siglo XIII (Alano y Tancredo), y que hizo suya san Raimundo de Peñafort⁵⁴.

A la vista de todos estos datos, puede observarse que el ejemplo del infante don Juan Manuel queda muy lejos, por los protagonistas que en él intervienen, del sínodo de Compiègne, cuya vi-

52. Cfr. sobre el tema FRANCISCO CASTELAR RODRÍGUEZ, *La indisolubilidad en la doctrina desde el siglo XII hasta Trento*, en «El vínculo matrimonial, ¿divorcio o indisolubilidad?», cit., pp. 164-217, y en concreto 199-205.

53. *Decreto de Graciano*, Segunda parte, C.XXVII, q. II, c. 34: «...Sed sciendum est, quod coniugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est, sed initiatum; inter copulatos est coniugium ratum».

54. *Decretales de Gregorio IX*, 4,8,3. «Sponsalia de futuro praecise non compellunt ad contrahendum matrimonium cum leproso, lepra post sponsalia superveniente.—Urbanus III. Episcopo Florentino.—Literas [*fraternitatis tuae debita benignitate suscepimus, quibus certiores de sinceritate tuae fidei et devotionis effecti, ad honorem et commodum tuum abundantius provocamur*]. Verum Quia [*a nobis*] postulasti, utrum, si, post sponsalia de futuro inter [*aliquas*] legitimas personas contracta, antequam a viro mulier traducatur, alter eorum leprae morbum incurrat, alius ad consummandam copulam maritalem compelli debeat, [*vel se possit ad secunda vota transferre, tuae sollicitudini*] respondemus, quod ad eam accipiendam cogi non debet, quod nondum inter eos matrimonium fuerit consummatum». Cfr. FRANCISCO CASTELAR RODRÍGUEZ, *La indisolubilidad de la doctrina de la Iglesia desde el siglo XII hasta Trento*, pp. 202 y 203.

gencia, en el punto que nos interesa, es inmediatamente silenciada. Por la fecha de su redacción se aproxima a la decretal de Urbano III, y todavía más a la de la Compilación de las Decretales de Gregorio IX, en un contexto de clara proclamación del principio de la indisolubilidad absoluta del matrimonio, salvo los casos de disolución del *non consummatum* y del *casus apostoli*.

Cabe, pues, recurrir a otra alternativa para explicar el desenlace del ejemplo, entendiéndolo como un caso de matrimonio no consumado por la cópula, soluble por el papa en base al pleno poder de que está investido, y que le era reconocido por los canonistas desde el siglo XIII, con la oposición de los teólogos, siempre que existiera justa causa⁵⁵. El ejemplo no es lo suficientemente claro como para llegar a saber si nos encontramos ante un matrimonio consumado o no; desde luego, lo que no consta es la existencia de prole de la unión habida entre el conde Rodrigo el Franco y la hija de don Gil García de Azagra.

Al no ser posible además comprobar históricamente el desenlace del ejemplo, es decir que la hija de don Gil se casara con el rey de Navarra, dicho ejemplo no puede utilizarse como prueba documental de unas soluciones consuetudinarias, de las que ignoramos los presupuestos requeridos para que se produjeran, así como, de haber tenido ese desenlace el caso que nos ocupa, si con él se aludía a posturas generalizadas o aisladas. Desconocemos igualmente el juicio y el valor que la conducta del rey de Navarra y de la muy buena dueña hubieran merecido ante el Derecho.

55. FRANCISCO CASTELAR RODRÍGUEZ, *La indisolubilidad en la doctrina de la Iglesia desde el siglo XII hasta Trento*, cit., p. 174; ANTONIO MOSTAZA, *La indisolubilidad del matrimonio desde la época postridentina del siglo XVI hasta el Vaticano II*, en «El vínculo matrimonial, ¿divorcio o indisolubilidad?», cit., p. 334.

III. COMENTARIO LEGISLATIVO

1. *Decretos de la S. C. de Religiosos e Institutos Seculares del 2.II.1984.*
2. **TOMÁS RINCÓN PÉREZ**
La aplicación del nuevo Código de Derecho Canónico en el ámbito de los Institutos de vida consagrada.