

## EL EMBARAZO PREVIO AL MATRIMONIO

### NOTAS HISTÓRICO-JURÍDICAS A TRES ESCRITURAS LUCENSES DE FINALES DEL SIGLO XVIII

Una de las instituciones que tienen mayor reflejo en los documentos notariales hispanos de la Edad Moderna es la relativa a la dote, con una abundancia de situaciones personales y familiares que permiten descifrar la realidad socio-económica de España durante ese período, aunque básicamente los bienes otorgados eran el anticipo de las legítimas paterna y materna, siempre «para subvenir el gasto generado por el matrimonio», a la que corresponde en ocasiones el novio con la donación nupcial.

Previa a su constitución o en el mismo acto jurídico de otorgamiento público de la escritura dotal, los contrayentes celebran el contrato esponsalicio<sup>1</sup>, definido en la Partida cuarta, título 1, ley 1, como la promesa de casarse que se hacen mutuamente el varón y la mujer con recíproca aceptación. Este esquema legal queda reflejado en la práctica jurídica en estos términos:

«Presentes los contrayentes que hambos dijeron acetaban y acetaron esta escritura de contrato y dote otorgada en favor de... (la futura esposa) de cuius escritura protestan usar y lo aran sus herederos, y a su consecuencia tambien se obligan en la forma que por derecho deban ser obligados, de que se casaran el uno con la otra no resultando legitimo impedimento y precedida la publicacion de las tres amonestaciones, sin disponer de sus respectibas personas con otra alguna, a menos que se berifique el pleno consentimiento de hambos, a cuius fin se dieron sus manos y palabra y celebraron formales conciertos»<sup>2</sup>.

1 Históricamente se distinguía entre esponsales de presente, equivalentes al matrimonio rato en cuanto al vínculo que engendraban, salvo que no se celebraban ante el párroco y testigos, pero que estaban prohibidos en España en ese período, a consecuencia de su prohibición por los decretos del Concilio de Trento que se convirtieron en norma interna para los Reinos de la Corona española, prohibiéndose los matrimonios clandestinos y los esponsales de futuro, a los que nos estamos refiriendo.

2 Escritura notarial fechada el 11 de diciembre de 1800. AHPLUGO. Sección protocolos. Notario: Antonio Rodríguez Fontán. Sign.: Caja 653, legajo 7, fol. 76r.

Es un principio jurídico proveniente del Derecho Romano<sup>3</sup> y que transmite el Derecho Canónico<sup>4</sup>, tanto histórico como el vigente, que los esponsales de futuro<sup>5</sup>, aunque generan obligación de contraer matrimonio, no producen ninguna acción para exigir su cumplimiento y desaparece su carácter vinculante con la simple voluntad unilateral contraria. Al apartarse de su cumplimiento limita su alcance a la obligación de indemnizar, a la otra parte que ve frustrado su propósito, los daños y perjuicios que se le han causado.

Durante la Edad Moderna, el conocimiento de las causas sobre el valor de los esponsales o su rescisión así como sobre la obligación que tienen de cumplirlos los que lo contrajeron correspondía exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme a la Ley 7, de la Partida cuarta, título 1. Sin embargo, el de los daños y perjuicios que debía satisfacer a su adversario, el desposado que sin justa causa se resiste a cumplir la promesa, compete a los magistrados seculares, por ser un asunto meramente temporal y profano.

Todo ello, sin perjuicio de las conductas de respeto que deban observar mutuamente los futuros esposos en el período de expectativa previa al momento de celebración del matrimonio<sup>6</sup> y del impedimento de pública honestidad que surge entre uno de los prometidos y los parientes del otro, de modo que los parientes del esposo no pueden casarse con la esposa, ni las parientas de la esposa pueden casarse con el esposo, restringiendo el Concilio de Trento su alcance tan sólo al primer grado de parentesco, en el cap. tercero, de la sesión 24, *de reformatione matrimonii*.

Este enfoque legal aparece muy bien enunciado en la práctica jurídica española de la Edad Moderna, como lo refleja una escritura notarial lucense de 5 de febrero

3 En el Derecho Romano se distinguen dos etapas respecto del valor de los esponsales: en época clásica, en cuyo período tienen sobre todo una gran relevancia social y la etapa posclásica-justiniana, merced al influjo del cristianismo, en la que se produce cierta asimilación de efectos a los del matrimonio. En el primer momento, la eficacia jurídica se observa en la prohibición de varias promesas esponsalicias al mismo tiempo, porque en otro caso se incurría en la nota de infamia, o el privilegio de restitución de la dote. Después de la intervención legislativa de los emperadores, la relación sexual con la prometida es considerada adulterio, la muerte de alguno por los parientes es considerada parricidio, surge el impedimento entre los prometidos y los ascendientes y descendientes del otro, se prohíbe al hijo del tutor prometerse con la pupila del padre, etc.

4 Vid. A. X. Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, t. XII, Madrid 1796, pp. 374-389.

5 Los motivos que introdujeron estos esponsales fueron dos, principalmente: para que los contrayentes se conocieran mejor en su conducta y costumbres, pensando en la unión duradera, sin olvidar el tiempo de preparación de las cosas necesarias, con margen para descubrir cualquier impedimento que obstaculizara la celebración del matrimonio. Los esponsales podían celebrarse pura o bajo condición, con juramento o sin él, con arras o sin ellas, para día señalado o sin designación de tiempo, como recoge la Partida cuarta, título 1, leyes 2, 3 y 10.

6 Entre las causas de disolución de los esponsales se encuentra la afinidad que resulta entre los esposos, en virtud de cópula de alguno de los dos con persona parienta del otro, conforme a la Partida cuarta, título 1, ley 8, o la fornicación subsiguiente de alguno de los dos con otra persona e incluso por la antecedente de la esposa o por trato ilícito de la esposa con otro hombre, puesto que el esposo no puede casarse con ella sin cierta especie de nota o por la infamia en que incurriere alguno de ellos.

de 1799, en la que se disuelven los esponsales, celebrados válidamente, por mutuo consentimiento de las partes, conforme a la Partida cuarta, título 1, ley 8, y al cap. 2 de la Extrav. *de sponsalibus*:

«En enero próximo pasado y por ante mi escribano otorgaron escritura de dote y capitulaciones para haver de contraer verdadero matrimonio... siempre que no resultase lexitimo impedimento...<sup>7</sup> en fuerza del qual han dado a publicar de conformidad las municiones o proclamas que el Derecho dispone a los respectibos curas que uno ya las fenezio y el otro ejecutaba lo mismo, a no haversele encargado la suspension en su lectura por el mismo prometido; y ultimamente por justos motibos que a todos otorgantes se les obcurrieron y sin ser visto denigrarse unos a otros fueron y estan reziprocamente conformes en rescindir y disolver dicho contrato, como por el presente lo hazen, con mutua apartazion del derecho por el adquerido (a favor de) los contraientes para jamas poder aprobearse de el, ni obligar con pretesto alguno el uno al otro, por darse como se dan por libres como lo estavan anteriormente para que cada uno pueda usar de su persona como mejor viere le combenga sin que en ello se puedan poner impedimento, pena de que intente lo contrario consiente no ser oydo en juicio ni fuera de el y ademas pagar todas las costas y daños que en tal caso se originen por via de pena combenzional o como mas aia lugar, con lo qual y pagar este combenio y letura de municiones de por mitad y los gastos personales cada uno los suios»<sup>8</sup>.

La situación del noviazgo a veces generaba un trato carnal que el Derecho penal español<sup>9</sup> tomaba en consideración para calificar criminalmente la conducta de los afectados, imponiéndoles sanciones y restringiéndoles sus derechos, la cual tiene su

7 Escritura fechada en Lugo, a 17 de enero de 1797. AHPLUGO. Sección protocolos. Notario: Juan de Rozas y Monte. Sign.: Caja 676, fol. 5rv.

8 AHPLUGO. Sección protocolos. Notario: Juan de Rozas y Monte. Sign.: Caja 676, fol. 21r.

9 Sobre la evolución de proceso penal en España durante la Edad Moderna, *vid.* por todos, M. P. Alonso Romero, *Historia del proceso penal ordinario en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca 1979, especialmente para el período que nos ocupa, pp. 20-34. Baste esta afirmación: «el contenido específico del proceso sigue estando constituido por los principios y actuaciones procedimentales basados en el Derecho romano-canónico, imperando la dualidad del proceso acusatorio e inquisitivo correspondiente a cada una de las dos fases en que se estructura, la fase sumaria y la plenaria». Cf. F. Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid 1969, p. 199, advirtiendo las siguientes notas distintivas: 1) Falta de imparcialidad del juez. 2) Orientación del sistema de pruebas en pos de la condena del o de los reos indiciados de culpabilidad, puesto que falta la presunción efectiva de inocencia a favor del reo. 3) Inferioridad procesal del reo, tanto por el secreto parcial de las actuaciones procesales como por la diferente valoración legal de las pruebas. 4) Reducción de las garantías procesales probatorias de la culpabilidad. 5) Excesivo margen de arbitrio judicial, que redundaba en la indeterminación de las penas, ya que incluso las que estaban bien determinadas podían ser sustituidas por otras que estimara oportunas el juez; en la falta de justificación de la parte dispositiva de las sentencias y, finalmente, en la incontrolada libertad de interpretación y aplicación o no del Derecho regio, lo cual se traducía en la aplicación judicial de la doctrina de los autores o de la práctica curial local. 6) Confusa estructuración de las instituciones de administración de justicia penal que se entorpecían mutuamente y obstaculizaban la rápida, convincente y desapasionada punición de los delincuentes.

claro precedente en el Derecho Romano para los casos de *stuprum*, es decir, la unión temporal de personas solteras, castigada severamente por las leyes augústeas, que al mismo tiempo fijaron las personas con las cuales no se generaba el crimen del *stuprum*, a pesar de esa relación sexual.

Un primer supuesto, documentado en las escrituras protocolizadas y que no debió ser extraordinario, es el de una joven honesta que, bajo promesa de futuro matrimonio, después de celebrados los esponsales, «con mutua y recíproca aceptación y en presencia de testigos», trasladó al novio a su casa, de cuya situación surgió «el promoverle a trato ilícito», del que resultó un embarazo y posterior renuencia del prometido a contraer el matrimonio, ante «la inclinación del presunto padre hacia otra distinta sujeta pretendiendo dejarle burlada y difamada», faltando al compromiso de hacer por su parte una donación, correlativa a la dote constituida por el padre de la interfecta, de catorce mil reales, a razón de 34 mrs. el real.

En estas circunstancias, la prometida entabla una acción ante la justicia regia de Lugo, recusando los jueces de la circunscripción del domicilio, Otero y Castro de Rey, por considerarlos parciales en la impartición de justicia, dada la «amistad íntima» del novio, titular de una escribanía en aquella demarcación geográfica y, por lo mismo, próximo a aquellos, considerando tratarse de un caso de corte<sup>10</sup> que permitía el acceso a un Tribunal real de la provincia.

La acción judicial a entablar tenía un doble objetivo alternativo: de un lado, la acción para la reclamación de la promesa de donación nupcial que había comprometido, dejando el proyectado matrimonio en su misma situación o, en otro caso, «cave competentemente y a correspondencia, pague los daños y saque la creatura que Dios le diere a luz, despues del tiempo de la lactancia, reconociéndola por suia propia para las futuras sucesiones».

Es evidente que no es posible obligar al novio a contraer matrimonio, pero sí a los aspectos económicos relacionados con el incumplimiento de los esponsales, mediante la indemnización de daños, pero se introduce una nueva cláusula relativa al «reconocimiento del hijo que espera la novia», en concepto de padre, para otorgarle los correspondientes derechos sucesorios, en su calidad de hijo natural. Esta denominación se aplica al hijo habido fuera del matrimonio entre personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción o, según la Ley 11 de Toro, al del nacimiento.

10 En Derecho histórico español se llama caso de corte a la causa civil o criminal que por su gravedad o porque llegaba a cierta cantidad o por la calidad de las personas que litigaban se podía radicar desde la primera instancia en un tribunal superior de la provincia, quitando su conocimiento al juez inferior, aunque para ello se sacara a los litigantes de su fuero o domicilio. Eran casos de corte los crímenes más graves como la muerte alevosa, la mujer forzada, el incendio de edificios, la traición, la alevosía, la falsificación de moneda falsa, el desafío, etc., pero también los pleitos de las personas miserables, entre las que entraban las viudas, los huérfanos de padre menores de veinticinco años y otras personas desvalidas. En estos supuestos, tenían el privilegio de acudir desde luego al tribunal superior de la provincia, sin que el inferior pudiera sujetas esas causas a su jurisdicción: Partida tercera, título 23, ley 20; título 18, ley 41, y título 3, ley 5. Se estableció este privilegio ante el temor de que, por influencia de los señores de los pueblos y cotos, la administración de justicia no fuera imparcial respecto de los desvalidos.

Para el Derecho Romano no era hijo natural más que el nacido de concubina, cohabitando la misma casa del padre, siendo ambos libres y pudiendo contraer entre sí el matrimonio legítimo, reiterando este mismo régimen nuestro Derecho de Partidas: Partida cuarta, título 14, ley 2; Partida cuarta, título 15, ley 1, y Partida sexta, título 13, ley 8, con la única diferencia entre el Derecho Romano y el Derecho histórico hispano, consistente en que el primero exige que la concubina haya de cohabitar en la casa del que la tiene por tal, mientras no aparece tal requisito en las Partidas.

El hijo que no era procreado en el concubinato, sino *ex furtivo accessu aut stupro* de virgen o viuda honesta, las cuales no podían ser concubinas en Derecho Romano, no se decía natural, sino espúreo o bastardo, mientras que el habido de mujer pública se calificaba de *mancer*.

La Ley 11 de Toro dispone que el hijo se diga natural cuando al tiempo que naciere o fuere concebido podía casarse su padre con su madre justamente sin dispensa, con tal que el padre lo reconozca por su hijo, aunque no haya tenido la mujer, de quien lo engendró, en su casa ni sea una sola. Por consiguiente, para ser hijo natural en España, durante la Edad Moderna, no era preciso nacer de concubina, ni que ésta viva en la misma casa del padre, ni que sea única con la que mantiene relaciones, ni que pertenezca a la clase de las que pueden ser concubinas, ni que precisamente al tiempo de la concepción hubiera de tener aptitud para casarse, con tal que la tenga en el momento del nacimiento. Dos son las opciones para la calificación del hijo natural: que el padre le reconozca por suyo o haya tenido en su casa a la madre.

La paternidad es la calidad de padre o relación que éste tiene con su hijo y puede manifestarse de tres maneras: los hijos naturales y civiles, con respecto a la procreación dentro del matrimonio; los naturales, para los hijos nacidos fuera del matrimonio y, finalmente, los civiles, que son los adoptivos.

La paternidad en este período no podía demostrarse técnicamente, porque no existía ningún tipo de prueba con la que, conforme a la naturaleza, se pudiera decretar fisiológicamente cuál era el padre de un hijo. Por esta razón en el Derecho se optó, ante las graves consecuencias que derivan de su reconocimiento, por la presunción dimanante del matrimonio, a tenor del adagio romano: *pater est quem iustae nuptiae demonstrant*. Esta presunción legal se apoya tanto en la cohabitación de los esposos como en la fidelidad que se tienen prometida y que no puede atacarse más que en ciertos casos.

Si no existe matrimonio, la prueba de la paternidad se podía hacer de dos formas: o mediante la declaración del padre o por el concubinato de éste con la madre. Conforme a la normativa vigente en ese momento, es padre natural de un hijo si se prueba que le reconoció por tal o que le procreó de una concubina o mujer que tenía en su casa, algunos de cuyos supuestos son hoy recogidos en el artículo 135 del Cc español, al afirmar que: «Aunque no haya prueba directa de la generación... podrá declararse la filiación que resulta del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo».

En el caso que nos ocupa, la acción emprendida por la prometida tiende al reconocimiento de la paternidad en el proceso entablado, argumentando de los hechos y conjeturas que permiten atribuir tal condición en el demandado, con lo que se produciría o bien un reconocimiento voluntario pero expreso, en el supuesto de confesión del reo, o bien una declaración judicial de paternidad, a la luz de las pruebas presentadas.

Uno de los aspectos que motivan la actuación de la madre es la protección de los futuros derechos sucesorios del *nasciturus*, teniendo presente que el hijo natural de aquel momento no tiene, en cuanto a la herencia de su padre, los mismos derechos que en cuanto a la de su madre. Nunca era heredero forzoso del padre por testamento, aunque sí lo era en algún supuesto en la sucesión intestada; faltando hijos legítimos, es heredero forzoso de la madre, tanto *ab intestato* como por testamento.

Refiriéndonos a la situación jurídica que en el plano sucesorio le vendría al hijo natural respecto de su padre, hay que señalar que si concurre con hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, quedaba excluido de la herencia, paterna y materna. En tal caso podía dejarle el padre o la madre, por vía de alimentos, en plena propiedad, el quinto de sus bienes y no más, conforme a las Leyes 9 y 10 de Toro. El padre no sólo tiene la capacidad de dejarle esos bienes, sino que debe dejarle, al menos, la parte necesaria para sus alimentos, los cuales tienen preferencia sobre el resto de mandas del *de cuius*.

Si el padre careciese de hijos o descendientes legítimos podía instituir heredero a su hijo natural en todos sus bienes o en la parte que quisiere de ellos, aunque tenga ascendientes, de acuerdo con la ley 10 de Toro, de modo que si no le dejare nada, correrá a cargo de los herederos la consignación de alimentos, cuya regulación debería hacerse a juicio de hombres buenos, como prescribe la Partida sexta, título 13, ley 8.

Muriendo intestado el padre, le sucede el hijo natural, a falta de hijos y descendientes legítimos, sólo en la sexta parte de la herencia que debe partir con su madre, según la Partida sexta, título 13, leyes 8 y 9. Muerta intestada la madre, conforme a la Ley 9 de Toro, le sucede el hijo natural, a falta de hijos y descendientes legítimos, aunque aquella deje padre o madre u otros ascendientes legítimos, porque no habiendo descendientes legítimos, los naturales son herederos forzosos de la madre tanto *ex testamento* como *ab intestato*<sup>11</sup>.

En nuestro Derecho vigente ha desaparecido la diferencia en los derechos sucesorios entre los hijos, porque como señala el artículo 931 del Cc: «Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad y filiación», además de figurar en el artículo 807 del mismo cuerpo legal español como heredero forzoso en la sucesión testamentaria.

Un supuesto de hecho diferente es el de la declaración espontánea de una joven soltera, alegando un embarazo del novio, motivado por la confianza en la palabra de

11 *Vid.* por todos, J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Madrid 1874, pp. 866-869.

futuro matrimonio. La joven que se encuentra encinta se acoge a la benignidad judicial para no tener más sanción que los gastos generados por su intervención jurisdiccional y el testimonio notarial oportuno. Merced a la intervención de la autoridad judicial, en el proceso penal entablado, adquiere plena movilidad de tránsito, con la única prohibición expresa de mantener relación directa con el procreante, «ni en público ni en secreto», comprometiéndose a presentar la criatura después del parto<sup>12</sup>, dejando constancia que era la primera vez de una conducta «defectuosa», sin duda para que no tuviera la calificación de «mujer pública».

El mismo tratamiento judicial se aplica en otro supuesto de embarazo, previo al matrimonio, en el que resulta muy dudosa la paternidad entre el padre e hijo, dado que ambos habían mantenido relaciones carnales con la joven soltera, esperando el nacimiento de una nueva criatura, que tendría la condición de hijo espúreo, al ser un padre incierto, conforme a la Partida cuarta, título 15, ley 1, o Partida sexta, título 13, ley 11. El que nació de este tipo de relación carnal, con varios varones, era identificado entre los romanos con las letras S. P., es decir, *sine patre*, calificándosele terminológicamente como espúreo *quia ita natus nihil a patre, ut incerto, habet nisi semen*, de modo que no teniendo un padre, tiene muchos, pero en el caso que nos ocupa, dos. Como reconoció Gregorio López, en su glosa sexta a la ley de Partidas, primeramente citada, el término *spureus* se aplica en sentido estricto a cualquier hijo que nace de una relación sexual no permitida, es decir, *ex damnato coitu*, como es nuestro caso.

Esta situación no impide a la embarazada salir de su vivienda y ser recibida libremente en cualquier domicilio, salvo el trato directo con los causantes de la relación sexual, lo cual podía tener relación con evitar uno de los delitos sexuales más frecuentes, como era el amancebamiento, cuya pena recaía casi siempre en la mujer, tanto en forma de sanción pecuniaria como de destierro, distanciando físicamente a los miembros de la pareja que cohabitaban ilegítimamente, como remedio para evitar la continuación del delito<sup>13</sup>, si bien se le condena, en nuestro supuesto, a la embarazada que hace denuncia espontánea, a las costas de la intervención de la autoridad judicial y gastos del notario interviniente<sup>14</sup>.

Cabe aplicar aquí el concepto que se otorga en Derecho histórico español al delito de estupro<sup>15</sup>, por el cual se entiende el acto carnal o ilícito con una mujer soltera

12 Vid. Apéndice I.

13 Según la Nueva Recopilación, libro octavo, título 20, ley 5, los varones amancebados eran sancionados con la pérdida de un quinto de sus bienes hasta un máximo de diez mil maravedís. Esta pena era aplicada en beneficio de la manceba, si aceptaba casarse o comenzaba a vivir honestamente. De ordinario la acción de la justicia consistía en presionar a los amancebados para que contrajeran matrimonio, si lo permitían sus circunstancias personales. Cf. J. L. de las Heras Santos, *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca 1991, pp. 224-228.

14 Vid. Apéndice II.

15 En el fuero de las Cortes de Zaragoza de 1349 se sanciona, bajo la denominación de estupro, el aplegamiento carnal de los siervos o jornaleros con la hija, hermana, prima o nieta de su amo, cuyos culpables han de ser juzgados como traidores y han de sufrir justicia corporal en tal manera que mueran; la misma denominación, pero rebajada la pena a azotes, recibe en este texto el yaci-

honrada o viuda que vive honestamente, para el cual intervino seducción, pero no fuerza<sup>16</sup>. Dejando al margen el Derecho romano, en el cual entra no sólo la figura de la mujer raptada o forzada, sino también la seducida y engañada, conforme al principio *vitium virginis vel viduae honeste viventi sine vi illatum*, el Derecho Canónico dispuso en las Decretales que el que sedujese y tuviese acto carnal con mujer soltera, la debía dotar y casarse con ella, conforme a la prescripción del Éxodo 22, 26: *virginem nondum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem*, a no ser que el padre de la soltera no quisiese, puesto que entonces bastaba con dotarla. Si el estuprador se resistiere a casarse, sería castigado corporalmente, viniendo azotado, excomulgado y encerrado en un monasterio para que hiciera allí penitencia, del cual no podría salir sin licencia del Papa o hasta que se casase con la estuprada.

En las Partidas se iguala en la pena al forzador de mujer viuda y soltera con el estuprador, imponiéndoles la pena de muerte, salvo que la víctima consintiere casarse con él, de acuerdo con la Partida séptima, título 20, ley 3, si bien normalmente se conmutaba la capital por la de presidio o galeras, quedando todos sus bienes a favor de la víctima, a no ser que se casase con ella, imponiendo la misma pena a los que dan auxilio para la comisión de dicha conducta<sup>17</sup>.

No existiendo forzamiento, por Derecho Civil se impone la pena de la pérdida de la mitad de los bienes, si es hombre de calidad, y si es una persona ordinaria ha de ser azotada y desterrada por cinco años. En la Nueva Recopilación, libro octavo, título 20, ley 6, se dispone que los criados que tuviesen acceso carnal con alguna criada o mujer de la casa de su amo, si fuesen nobles, sean sacados a la vergüenza y desterrados un año del Reino y por cuatro del lugar donde acaeció el hecho; si plebeyos, se les darán cien azotes públicamente y se les destierra por dos años, agravando la pena en ciertos casos e imponiéndola igual a los que diesen ayuda y socorro, conforme a la Pragmática de Felipe II de 1567<sup>18</sup>.

miento del sirviente con la sirvienta de su señor o señora. Cf. A. Guallart de Viala, *El Derecho penal histórico de Aragón*, Zaragoza 1977, p. 187.

16 *Vid.* para el Derecho español, F. de la Pradilla, *Suma de las leyes penales*, Madrid 1639, fol. 3rv. Este autor y sus anotadores refieren no sólo la normativa legal vigente en la Edad Moderna cuanto la principal doctrina que la comenta, desde la Baja Edad Media, como es la representada por Baldo, Decio, Cayetano, Boerio, Antonio Gómez, Fabro, el Hostiense, etc.

17 La Partida séptima, título 19, ley 1, dispone que causan gran maldad los que sonsacan -con engaño o falago o de otra manera las religiosas, mugeres vírgenes o viudas, que son de buena fama y viven honestamente, y mucho mas si son huespedes en casa de sus padres o de ellas o de los otros que hacen esto en casa de sus amigos. Todos los quales no se excusan de pena por decir que lo hicieron con consentimiento de ellas, pues sonsacarlas y halagarlas con prometimientos vanos estuprándolas, es lo mismo que forzarlas, según lo dicen los sabios antiguos-. Y en la ley 2 añade que los mismos que pueden excusar el pecado de adulterio en la misma forma y ante los mismos jueces pueden hacerlo delos estupros, y a quien le fuere imputado tal delito, -se le imponga la pena de perder la mitad de sus bienes para el Rey, y si fuere hombre vil, sea azotado públicamente y desterrado a alguna isla por cinco años; pero si fuera siervo o sirviente de la casa, debe ser quemado por ello. Además si la mujer que alguno corrompiese fuese vil, no haya pena, si no la forzó-.

18 *Nueva Recopilación*, lib. 6, título 20, ley 4. Cf. A. X. Pérez y López, *o. c.*, t. XIII, Madrid 1796, pp. 170-171.



Otro aspecto de la escritura es la obligación que tiene la demandante de presentar la criatura recién nacida, sin duda para no incurrir en la posible pena de homicida, que es la pena de muerte y que se aplica a la mujer preñada que come o bebe algo para arrojar de su cuerpo el *nasciturus*, precepto recogido en la Partida séptima, título 8, ley 8, conforme a la decretal de 1214: «El que motiva un aborto es homicida si estaba concebido y vivo el ente racional»<sup>19</sup>, así como para evitar cualquier suspicacia respecto de la suposición de parto.

Además de las penas que sufre el estuprador y su obligación de indemnizar, dotar o tomar por mujer a la estuprada, debe además reconocer al hijo, si lo hubiere, al que se refieren las dos denunciadas del embarazo, para que cuide de su subsistencia, por lo cual las demandantes-querellantes aportan los nombres de los supuestos padres. La acción de estupro compete únicamente, en nuestro supuesto, a la estuprada o personas bajo cuyo poder se hallare y tiene lugar contra el estuprador, pudiendo ejercerse tanto ante el juez del lugar en que se cometió el delito, como ante el juez del domicilio del reo. Esta acción dura cinco años desde el día del estupro, salvo que intervenga violencia, porque entonces es acción popular, con un plazo de prescripción de treinta años, tal como prevenía la Partida séptima, título 19, ley 2; título 18, ley 2, y título 17, leyes 2 y 4.

Inicialmente, a instancia de la mujer que justificaba estar estuprada, se ponía preso de inmediato al que ella decía ser su estuprador, pero por Real Cédula de 30 de octubre de 1796 se decretó, con carácter general, que en las causas de estupro, dándose por el reo fianza de estar a derecho y pagar, una vez juzgado y sentenciado, no se le molestase con prisiones ni arrestos, guardando la ciudad, lugar o pueblo por cárcel, prestando caución juratoria de presentarse, siempre que le fuere mandado y de cumplir con la determinación que se diese en la causa.

El estupro debía probarse por la persona que le alegaba, presentando pruebas morales y materiales. Entre las primeras está la confesión, aunque fuera extrajudicial o la jactancia del acusado; la declaración de testigos; la frecuente conversación y trato entre el varón y mujer estando solos en parajes retirados; el hablar secretamente el hombre a la mujer, especialmente si mediaron regalos; el visitarla muchas veces durante la noche y aún de día estando sola; el encerrarse con ella en un cuarto; mantener un tipo de trato íntimo que induzca a sospechas de trato ilícito, etc. En este sentido, la Ley 121 del Estilo quiere que, si saliendo la mujer a la calle, el reo fuere hallado en la casa o se prueba que estaba en ella, sea esto bastante para condenarle. Las pruebas materiales o físicas eran los vestigios o señales que deja el estupro en la estuprada y que consisten en la desfloración y lesiones de sus órganos sexuales, en las enfermedades venéreas comunicadas por el delincuente, etc., señalando en este orden la Partida tercera, título 14, ley 8, que las cuestiones de corrupción y preñez se libren por vista de mujeres de buena fama, con el riesgo de la escasa formación que tenían las comadronas en aquel tiempo.

19 Vid. por todos, J. M. García Marín, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina (pasado y presente de una polémica)*, Madrid <sup>3</sup>1980.

El texto refundido del Código penal español de 1973 dedicaba al estupro los artículos 434 y 435, imponiendo la pena de prisión menor al culpable, si bien restringía la edad de la víctima entre doce y dieciocho años, siempre que el autor se prevaleciera de su superioridad; si no se producía ésta, pero mediaba el engaño, como elemento decisivo para el acceso carnal, contando la estuprada entre los doce y los dieciséis años, se impondría la pena de arresto mayor, sin perjuicio de que el reo, conforme al artículo 444, fuera condenado a indemnizar a la persona ofendida y que los tribunales hicieran la declaración procedente en orden a la filiación y fijación de los alimentos, en su caso, conforme a la legislación civil.

Un régimen legal similar encontramos en el Código penal vigente, publicado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en su artículo 183, en cuanto al tipo penal del estupro o abuso de seducción, integrado por el engaño, sin el cual la mujer no se hubiera rendido o capitulado para el coito, junto con la edad (entre doce y dieciséis años) y el acto atentatorio a la libertad sexual, variando la pena que se reduce a multa de doce a veinticuatro meses, salvo que exista acceso carnal, porque entonces será la de prisión de seis meses a tres años. Por su parte, el artículo 193 prevé el pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, además de los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.

Justo García Sánchez

Universidad de Oviedo

#### APÉNDICE I

Ignacia García, soltera, vecina de la feligresía de Santa Eulalia de Lamas, delante de Vuestra merced como mas lugar haia digo que hallandome viviendo con todo recato y honestidad en casa y compañía de mi madre, por Andrés Vidal del mismo estado y vecino de San Pedro de Calde se dio en solicitarme para su propia mujer, y vajo palabra de casamiento que me ha dado me redujo a su voluntad, y a trato ilícito, resultando embarazada del contenido como lo está de unos quatro meses y medio a esta parte poco mas o menos, de lo qual me expontaneo a vuestra merced a quien suplico que mediante es la primera vez se sirva haverme por expontaneada, sentenciandome venninamente, que me obligo y hallano a dar cuenta del niño o niña que Dios me diere a luz y así lo espera con merced etc.

Por presentada y vista la expontanea antecedente por su merced el señor licenciado D. Antonio Josef Bueno / y Quindós, Rejidor, Merino y Alcalde Maior en la ciudad de Lugo, su jurisdiccion y estando en ella a quinze dias del mes de Diziembre año de mil setecientos noventa y quatro. Que en atencion a ser la primera vez, que esta parte ha sido defectuosa, y a la obligacion que hace, usando con ella de veninidad le devia haver y hubo por expontaneada, y sentenciandola con la misma manda que en lo subcesibo no trate en publico ni en secreto con la persona que motiba, y a

los subditos y vasallos de su xurisdiccion y mas por donde transitare le admitan a sus casas, sin por ello incurrir en pena alguna ni ponerle el mas leve impedimento las Justicias respectibas, a quienes lo pide y encarga y por el delito cometido se le condena en los derechos de esta expontanea y por este auto que tenga fuerza de definitibo y de querela de el correspondiente testimonio, que asi lo dijo mando y firmó, de que doi fee. Lizenciado Quidos. Rubricado. Ante mi, D. Bernardo Armesto. Rubricado».

## APÉNDICE II

«María Mendez soltera vecina de Santa María de Souto de Thorres delante de vuestra merced como mas lugar haia digo que allandome en la casa y servicio de Francisco Sumo Rostro del lugar Dos Molinos, feligresía de San Pedro Felix de Muja y de Pedro Sumo Rostro su hijo, también soltero, se me solicitó a trato hilcito y de los actos torpes que hubo entre los dos resulte enbarazada como lo estoy de quatro meses y medio a esta parte de lo qual me expontaneo a vuestra merced a quien suplico se sirva sentenciarne begninamente que me obligo y allano de dar quenta del niño o niña que Dios me diere a luz quanto espera con merced etc.

Por presentada y vista la expontanea antezedente por su merced el señor Lizenciado D. Antonio Joseph Bueno, Regidor, Merino y Alcalde maior de la Ciudad de Lugo, Jurisdicción y Cotos estando en ella a diez y seis dias del mes de diziembre año de mil setezientos nobenta y quatro, Dijo: Que mediante la obligacion que haze esta parte, usando con ella de beninidad la devia de haver y hubo por expontaneada y sentenciandola en la misma manda que en lo subcesibo no trate en publico ni en secreto con la persona de quien lo hace y a los subditos y basallos de su xurisdiccion le admitan a sus casas sin por ello yncurrir en pena alguna por lo que pide y encarga a sus mercedes las respectibas xusticias no le pongan inpedimento en sus transitos de modo ni manera alguna y por el delito cometido se le condegnara en los derechos de esta espontanea y testimonio que de ella se diere por este auto que tenga fuerza de difinitibo y de que se le de el competente testimonio por el qual asi lo dijo mando y firmo dicho señor de quien yo escribano doy fe. Lizenciado Quindos. Rubricado. Ante mi, D. Bernardo Armesto. Rubricado».

(AHP, Lugo. Sección protocolos. Notario: Bernardo Armesto. Sign.: Caja 628, leg. 3, fols. s. n.).