

## EL CONTRATO MATRIMONIAL EN EL DERECHO PALEOBABILONICO

Félix Alonso Royano

### Aproximación al tema

Se ha dicho<sup>1</sup> que la importancia del derecho es un elemento diferenciador de la sociedad mesopotámica, ya que la mayor parte de los documentos descubiertos por los arqueólogos son de índole jurídica y económica. Produce la impresión de que tal particularidad en sus textos podría ser explicada en razón a la precocidad y difusión de su comercio. Se han encontrado tablillas cuneiformes que se remontan al III<sup>o</sup> milenio a.J.C., gracias a las cuales conocemos hoy la práctica jurídica en aquella sociedad, hasta tal punto que en algunos casos el cúmulo de detalles aportados parecen proceder del presente más inmediato.

No hay más que acercarse a los museos más notables para conocer colecciones legislativas que muy bien podrían etiquetarse de "códigos", si valoramos tanto sus principios como su estructura y que además presentan la rara particularidad de ser 25 siglos más antiguos que las grandes codificaciones romanas del derecho justiniano.

Pero A. Burguière<sup>2</sup> difiere de esta opinión al expresar que "la crítica reciente ha demostrado que deben desterrarse las ideas de "código" y "ley". Para él "estos documentos no presentan el compendio legislativo de su época y su articulado no expone reglas imperativas de conducta. Tampoco se podrá encontrar en ellos el dogma en materia de derecho de familia, pero ello no impide que, por la amplitud y la voluntad de sus autores, estas obras sean verdaderos tratados de jurisprudencia".

Pero si bien no es cuestión de entrar en discusiones sobre el concepto de "códigos" y "leyes", si conviene dejar sentadas dos aclaraciones sobre ello: Lo que se ha descubierto es una parte de lo que sin duda existió. Y además el concepto antiguo de legislación, codificación y sistemática recopilación es totalmente diferente al nuestro. No hay más que observar que el concepto moderno de

“código” es decimonónico. Por ello las fuentes del derecho asirio-babilónico están suficientemente etiquetadas, por arqueólogos e historiadores, fundamentalmente a través de algunos textos que para J. Gaudemet<sup>1</sup>, entre otros, se pueden considerar “códigos” dada su indudable importancia legislativa y la fuerza coercitiva de sus disposiciones, así como su vigencia en aquel tiempo, dado el sinnúmero de documentos que fueron utilizados en la práctica cotidiana por aquella sociedad humana.

Alrededor del IIº milenio y más concretamente con Summabum (1894-1881, a.J.C.), comienza la Iª Dinastía babilónica<sup>3</sup> de origen semítico, y en la cual se lleva a cabo la unificación política de la Mesopotamia antigua. Es Hamurabi el soberano que más popularidad ha adquirido como consecuencia del descubrimiento arqueológico de su llamado “código de leyes” que, si bien más completo y estructurado que lo que nos ha llegado del “código de Hatussas”, así como más profusamente estudiado, es discutible la antigüedad de sus prescripciones legales en relación con el hitita el cual, nos parece mucho más evolucionado y avanzado en cuanto a principios fundamentales de justicia y por ello de una gran practicidad y realismo sociológico<sup>4</sup>. Tal “código” babilónico se ha dicho que es una refundición de otras compilaciones anteriores, si nos basamos en los fragmentos que publicó Scheil en 1920 en la *Revue D’Assyriologie* (citado por Gaudemet) aún cuando discuten los expertos, respecto a la cronología a utilizar, si bien los más recientes descubrimientos añadidos a las concordancias utilizadas con otras excavaciones mesopotámicas y concretamente en la región de Mari, parecen indicar que el reinado de este soberano ha de ubicarse (hasta en tanto nuevos descubrimientos vengán a desmentirlo) entre los años 1728-1628 a.J.C., y por tanto esa podría ser la datación del “código”.

Pero Hamurabi no fue el primer soberano que pretendió una sistemática definición de las leyes y su recopilación. Sus predecesores Ur Nummu, en Ur; Bilalama en Eshnunna y Lipit Ishtar en Isin, lo habían también intentado, como se desprende de sus respectivas legislaciones.

Como es sabido en el Museo del Louvre (París) se encuentra un bloque de basalto negro de 2,25 mts. de altura que representa al rey-legislador de pie, con la mano derecha levantada en actitud de saludo y a la espera de que Shamash, el dios de la justicia, cuyos hombros desprenden llamaradas y en cuya mano derecha se aprecian el bastón y el círculo, como símbolos de poder, le dicte las 282 leyes que se encuentran grabadas bajo los pies de ambos personajes y que vienen a conformar lo que se ha dado en llamar “código de Hamurabi”.

El dios Shamash no parece encontrarse a nivel de la llanura sino en lo alto de la montaña desde donde emite sus leyes, en cercana concomitancia bíblica, como parece sugerir el entrelazado dibujo en 3 líneas superpuestas bajo sus pies y que, como es de rigor, corresponde a un dios justiciero emitiendo las normas que da a su representante terrestre y por las que habrá de guiarse Babilonia en los momentos de mayor esplendor histórico.

Habrà de ser por tanto entre los años 1894 y 1594 a.J.C., es decir dentro de la Iª Dinastía babilónica, entre los reinados de Summabum (1894-1881 a.J.C.) y Samsuditana (1625-1594 a.J.C.) donde centraremos el presente trabajo sobre el contrato matrimonial en el derecho paleobabilónico.

Para este pueblo había 3 hitos fundamentales en su vida: el matrimonio, el nacimiento de un hijo varón y la muerte. El hombre que “permanece solitario”; la mujer “que no fue abierta” y el hombre que muere “sin hijos ni nadie que lo entierre”, asegurando su culto funerario, significaba la posibilidad de convertirlos en demonios que perseguían a los niños con enfermedades y muerte (2, pág, 116).

Si bien en términos generales podemos decir que la familia babilónica se asienta sobre el principio del matrimonio monógamo<sup>5</sup>, es lo cierto que el “código de Hamurabi (en adelante c.h.) y sin duda por influencias semíticas, permite el matrimonio con esposas que podemos denominar “secundarias” o de “segunda clase”, por encontrarse estas en distinta situación legal que la esposa “principal”, según se desprende de la lectura de los párrafos<sup>6</sup> 137; 144; 146; 158; 183 y 184. Estas esposas secundarias, denominadas “sugetum” se distinguían de las simples esclavas o “autum”, las cuáles podían ser entregadas por la esposa principal “ashshutu” (calidad de esposa) a su marido “mututu” (calidad de esposo), como consecuencia de su esterilidad y al poder, por esa causa, cumplir su esencial papel procreativo asegurando un heredero varón a la familia, alguno de cuyos ejemplos podemos contemplarlos en el relato bíblico (Sarai, esposa de Abram, entregándole a su sierva egipcia Agar: “y se la dio a su marido por esposa”. Génesis 16, 1; 4)<sup>7</sup> y que no hacen otra cosa que confirmar los párrafos aludidos.

Lo mismo puede predicarse de los párrafos 40 y 41 de las leyes asirias cuando contemplan el concubinato a través de la posesión de la “esirtu” o segunda esposa,<sup>8</sup>.

La permisión legal en el matrimonio, a través de la adquisición de una “sugetum”, de una segunda esposa sin rechazar a la esposa principal y subsistiendo el vínculo marital, se fundaba, como se acaba de decir, en la consecución del fin primordial del matrimonio: la procreación, dado que la unión matrimonial debía asegurar la continuidad de la familia y la perpetuidad del culto a los antepasados y a los dioses. Esta parece ser la explicación más lógica a la autorización legal de las esposas secundarias, así como de las “autum” o esclavas procreadoras, e igualmente la mayor facilidad concedida al marido para el divorcio o el simple repudio de la esposa principal, en los tasados casos de esterilidad, aún cuando tal circunstancia no fuese condictiosine quanon, pudiendo evitarse a través de la permisibilidad de las “autum”.

Por tanto los motivos para la permisibilidad legal de la existencia matrimonial de esposas secundarias hay que buscarlo en causas de esterilidad o grave enfermedad de la esposa principal, impositiva de la procreación por ésta.

En cuanto al status jurídico matrimonial de tales esposas secundarias, hasta el presente no está aclarado, aunque el párrafo 145 del c.h. al afirmar su inferioridad respecto a la esposa principal, indica la existencia jurídica de diferentes rangos de esposas, lo que por otro lado no obsta para que los hijos habidos de una “sugetum” tuvieran el status de legitimidad absoluta a su nacimiento.

Respecto a la condición social de los contrayentes, si bien no pareció influir en el matrimonio paleobabilónico, el c.h. prohibía taxativamente, imponiendo por su transgresión graves sanciones penales, el matrimonio en línea recta entre

padre e hija (parágrafo 154); entre hijo y madre (parágrafo 158). Salvo estas concretas excepciones los parientes colaterales no parecen constituir un obstáculo al matrimonio con cualquiera de los cónyuges. Al menos hasta la fecha nada en sentido contrario ha llegado hasta nosotros.

Por lo que respecta a las leyes asirias, en lo que pueden significar de paralelismo con el c.h., autorizan en su parágrafo 31, el matrimonio del marido con la hermana de su mujer, siempre que ésta hubiese fallecido antes de la consumación marital, y en tal caso el padre de esas mujeres podía exigir al esposo una dote suplementaria para cualquier otra hija que pudiese tener.

## Los Esponsales

El concepto paleobabilónico de esponsales en cuanto a los actos designados como tales, difiere profundamente de los esponsales romano-canónicos y en consecuencia también de los nuestros. No es por tanto, el acuerdo previo del futuro matrimonio y la autoridad que ello pueda conferir, aún con efectos tan limitados que no den lugar a la exigencia en derecho, del cumplimiento matrimonial, tal y como incluso la contemplan los Códigos actuales.

Los esponsales paleobabilónicos consistían en aquellos actos previos que dan lugar al acuerdo mutuo entre el futuro marido o sus parientes y los parientes de la futura esposa o incluso ésta en determinadas circunstancias y al cual se llegaba a través de actos preestablecidos que concluían con la entrega de la "tirhatu", como suma económica o equivalente y cuyo cumplimiento producía el primer estadio del contrato matrimonial aún inconcluso.

Los autores no se ponen de acuerdo sobre los momentos o fases del acto matrimonial. El análisis del mismo nos lleva a la conclusión de que se trata de cuestiones de matiz. Y así mientras para unos se puede dividir en 4 fases para otros todo se resume a 2.

De cualquier modo eran consecutivos en el tiempo aunque su relación ordinal se efectuara en el transcurso de un período diverso. El primer momento se producía cuando el padre, parientes o incluso el propio pretendiente escogían a la mujer que no necesariamente tenía que ser núbil. Tras ello se la cortejaba y la mujer, bien a través de sus padres o ella misma si era adulta o había sido desposada con anterioridad, enviaba al pretendiente un regalo que consistía de manera habitual en ropas o algún metal. Tal regalo que podemos considerar de carácter pre-matrimonial se denominaba "qishtum".

El segundo momento y en un espacio muy variable de tiempo, se entregaba por parte de la familia del pretendiente una bandeja de manjares y bebida, a la futura familia política y cuyo obsequio recibía el nombre de "biblum", que generalmente era recíprocamente repetido. Este rito era una especie de aceptación del pretendiente intercambiándose regalos similares en cantidad y costo que recibían entonces el nombre específico de "zubullú".

Era probablemente en esta momento, tras los ritos de aceptación de regalos recíprocos, cuando el pretendiente hacía su petición formal a la familia de la mujer pasando a la fase de entrega de la "tirhatum", tras los correspondientes acuerdos, si bien queda constancia documental de que este pago podía efectuarse más

adelante e incluso tras la consumación carnal del matrimonio o el nacimiento del primer hijo como garantía de la fecundidad de la mujer. La cuarta fase de consumación del matrimonio por entrega de la mujer podía confundirse con la tercera y ser ambas superpuestas en el tiempo.

Los parientes son elementos muy importantes en el concierto matrimonial de la sociedad mesopotámica hasta el punto de que la mujer, generalmente es entregada por sus padres, según consta en el parágrafo 20 y siguientes de las leyes de Eshnunna, añadiendo el parágrafo 184 del c.h. a los hermanos, para la consecución del acuerdo prematrimonial entre las partes interesadas, lo cual no significa que la mujer fuese un simple objeto de trueques, sin voluntad decisoria, al observarse en este mismo texto y en sus párrafos 137 y 172 la autorización a la mujer viuda e incluso repudiada a casarse con “el hombre de su corazón”, pudiendo por tanto distinguir entre mujer soltera y la que estuvo casada cuyo matrimonio pudo finalizar por causa de fallecimiento o por causa de divorcio o repudio. En los documentos que se han podido estudiar se testimonia que la mujer por sí misma y sin el concurso de parientes, podía concertar su matrimonio, con lo cual queda acreditado que no solo los padres o hermanos son, indefectiblemente concertantes del matrimonio de los hijos, aunque eso fuera lo común si nos atenemos a los párrafos 155 y 156 del c.h. que muestran al padre seleccionado una esposa adecuada para sus hijos, aunque estos mismos podían efectuar la elección libremente.

Esta costumbre esponsalicia parece estar atestiguada desde la III<sup>a</sup> Dinastía de Ur (hacia el 2111 a.J.C.) y desde el reinado de Ituriya (hacia el 2028 a.J.C.) en Eshnunna, cuyos párrafos de sus leyes parecen conservar estos usos a través de la compilación de épocas anteriores.

Una vez expresado el deseo de contraer matrimonio con la mujer elegida, el futuro marido entregaba al padre de la novia un regalo por lo común de valor y consistente en una indeterminada cantidad de plata, conocido con el nombre de “tirhatu”, aunque en ocasiones era entregada por los parientes del marido, bien directamente a la mujer o a sus parientes, como caso más frecuente.

Si bien no había una regla concreta y determinada, la entrega de la “tirhatu” era considerado requisito previo y podría decirse que cuasi-necesario como primer estadio serio del contrato matrimonial.

Ya hemos anticipado la costumbre de otros regalos u obsequios entregados por la familia del pretendiente a la familia de la mujer y afectados por idéntica suerte que la “tirhatu” para el supuesto de no llevarse a efecto el matrimonio.

Paralelamente a esos párrafos citados, los 30 y 31 de las leyes asirias citan también al “biblum” y al “zubullû, como elementos de obsequio y cuya costumbre, si no obligatoria, al menos conveniente en ese estadio matrimonial para llevar a feliz término el contrato.

El tratamiento que se hacía de la “tirhatu” dependiendo del acaecer matrimonial, era el siguiente: Para el supuesto de que efectuado el compromiso esponsalicio, el pretendiente rehusara, sin motivo válido y fundado, tomar a la mujer por esposa, el padre de ésta adquiriría un derecho de apropiación definitiva de la “tirhatu” entregada. Pero si era este quién obstaculizaba la contracción matrimonial, el pretendiente podía hacer valer su derecho de restitución por el

duplo del valor de la "tirhatu" entregada en su día. Así es contemplado en los párrafos 159 y 161 del c.h. y el 25 correspondiente a las leyes de Eshnunna. Por el contrario, el "código" de Lipit Istar (1934-1924, a.J.C.) de Isin en su párrafo 29, expresa que la restitución se hará a través de la simple devolución de la "tirhatu" entregada por el pretendiente. Puede ser que en los 200 años que separan ambos "códigos" las responsabilidades del obligado hayan ido evolucionando hacia una más laxa penalización por incumplimiento.

Para el supuesto de que el matrimonio no se llevara a efecto como consecuencia del fallecimiento de alguno de los futuros consortes, una vez hecha la entrega material de la mujer al futuro marido, debía ser devuelta a quien hizo dicha entrega a tenor de lo indicado en el párrafo 17 de la tablilla B de las leyes de Eshnunna.

Como se comprenderá del estudio de los párrafos que en las distintas leyes se vienen indicando podemos definir que la adquisición primero y propiedad en pleno dominio después, de la "tirhatu", bien fuese por el padre o los parientes de la novia, no se lleva a efecto hasta en tanto no se realice la contracción matrimonial o en caso de su no realización, que ésta circunstancia fuese imputable exclusivamente al futuro contrayente.

Podemos decir que tales regalos considerados como acompañantes e incluso conformadores de los actos esponsalicios, constituyeron un elemento común contemplado en las legislaciones semíticas y que incluso han llegado hasta nosotros transformados en usos y costumbres a través del iter de los derechos musulmán y hebreo.

## **El Matrimonio**

No vamos a referirnos a los comienzos prehistóricos ni tan siquiera protohistóricos del matrimonio sumerio y concretamente babilónico, pero conviene recordar que en los desposorios de algunos dioses, como Suen y Ningal, por ejemplo y ya en los más antiguos tiempos de la Mesopotamia, se admitían como modos de unión, la violencia y el consentimiento. No otro modo que el primero fue el que se utilizó por los dioses citados a juzgar por el mito cuando expresa: "Se acercó a ella con ánimo de desposarla y sin pedirla a su padre, la desfloró y sin pedirla a su madre, la fecundó".

A medida que la inteligencia del hombre evoluciona y ya en los tiempos históricos, el matrimonio era una institución conformadora de la familia merced al vínculo jurídico que se fundaba a través del compromiso o alianza entre los grupos correspondientes al hombre y a la mujer. Así se llegaba al matrimonio como relación de pareja reconocida socialmente y cuya residencia, filiación y demás significaban un esencial papel en cuanto se enderezaba a la consecución procreativa asegurando un heredero varón. Por ello, si en aquellas épocas protohistóricas el matrimonio significaba la posesión de la mujer por el hombre, aún cuando en la práctica ya fuesen frecuentes los convenios grupales familiares de ambas partes, más adelante evoluciona hacia formas contractuales que instauran la figura matrimonial incluso antes de la edad núbil<sup>2</sup> de los contrayentes, aunque tales convenios contemplaran el consentimiento a la "auctoritas"

paterna o incluso de los hermanos de la futura "familia política", la mujer fuese niña o núbil en ocasiones y por circunstancias diversas de carencia de casa propia, partida del marido a la guerra, etc., continuaba conviviendo en el seno de su propia familia.

Conviene recordar, como he indicado más arriba que se conoce el significado matrimonial babilónico a través de los términos "ashstutu o mututu", que se han traducido por calidad de esposa y esposo, respectivamente o el de "dan tuku-ashshatam abazum", como el correspondiente a tomar esposa.

Con referencia al contrato matrimonial, a nuestro juicio se compone jurídicamente de dos fases, consecutivas pero con distinto vínculo obligacional y por tanto claramente diferenciadas:

a) La correspondiente, en nuestros tiempos y latitudes, a al que hasta muy recientemente hemos denominado esponsales o promesa de matrimonio, que en la sociedad mesopotámica comenzaba con la expresión del deseo de su contracción, por parte del pretendiente y dirigido a los padres o parientes de la mujer y que concluía con la entrega de la "tirhatu", cerrándose así un compromiso obligacional a cumplir por ambos contratantes en un período de tiempo generalmente predeterminado, y

b) La fase o propiamente dicha, etapa consecutiva del estatus matrimonial en sí y a través de la entrega material de la mujer, por sus padres o parientes, al hombre y que las leyes de Eshnunna distinguen con absoluta claridad y perfección jurídica los dos momentos diferentes y consecuentes, a través de los párrafos 17 y 18 de la tableta B<sup>o</sup>: Uno, el correspondiente al matrimonio concertado y otro el que se refiere al matrimonio consumado, si bien hay que aclarar que este concepto no es el equivalente al canónico de la posesión sexual de la hembra por el varón<sup>10</sup>.

Como ya se ha dicho más arriba, una vez concluida la primera fase, la segunda podía comenzar de inmediato, sin apenas solución de continuidad o quedar dilatada en el tiempo, a expensas de aquellos acuerdos a que hubieran llegado las partes y para lo cual en este caso se acompañaba de la redacción de un contrato, de índole privada, pero que resultaba imprescindible como medio de prueba plena, pero que resultaba imprescindible como medio de prueba plena, de la existencia jurídica del matrimonio ante el eventual planteamiento de un repudio o de un divorcio, cuyas consecuencias, ante el desacuerdo conyugal, tuvieran que resolverse ante los Tribunales.

En el c.h. el contrato conocido como "riksati" era escrito y privado, concluyéndose entre el futuro consorte y el padre de la mujer o en su defecto algún hermano, en presencia de testigos, cuyo número no menciona la ley. En este documento se expresaban, tanto los regalos que acompañaban a esa primera fase contractual que hemos comentado, como aquellos otros que se intercambiaban los cónyuges en la segunda fase o momento de la contracción, describiéndose cómo la novia era entregada al marido y aceptada por éste. En el "riksati" se expresaban las penas en que se incurría para el supuesto de infidelidad y los requisitos necesarios para el supuesto de infidelidad y los requisitos necesarios

para efectuar el repudio o divorcio por parte de cada uno de los cónyuges finalizando todo con un juramento ante el rey y los dioses, como testigos contractuales por el que las partes se comprometían solemnemente a la observación y fiel cumplimiento de todas y cada una de las cláusulas del referido contrato matrimonial que era guardado en una funda protectora también de arcilla y en ocasiones cubierta con fórmulas mágicas, como hemos tenido ocasión de observar en una tablilla cuneiforme proveniente de Kisch, en el Museo del Louvre.

Una vez concluido el contrato matrimonial a partir de ese mismo instante el marido pasaba a ser "señor de su mujer", según acredita el parágrafo 161 del c.h. y perdiendo el padre de la novia desde ese momento solemne su cualidad de "buen padre de Mari", como nos indican los párrafos 17 y 25 de las Leyes de Eshnunna y sus homónimos 159 al 161 del c.h.

Es cierta la existencia de uniones conyugales sin contrato, que eran toleradas aunque ilegítimas, y por tanto desprovistas de toda protección jurídica ante la inexistencia del mismo y con la consecuente carencia de su reconocimiento a efectos legales<sup>11</sup>.

Pero sin embargo se producía una especie de "sanatio in radice" matrimonial para tal tipo de uniones conyugales ya que el transcurso del tiempo, por la simple cohabitaciones durante un año, era suficiente para establecer el vínculo matrimonial, si bien carente de seguridad jurídica al faltar el contrato matrimonial y depender su testimonio exclusivamente de la prueba, que no podía ser otra que la confesional y la testifical, lo que sin duda produciría un fenómeno similar al de nuestros días en las uniones de hecho o "matrimonio a prueba".

Conviene indicar que aunque los textos legislativos que han llegado hasta nosotros no hacen ninguna alusión a ceremonias religiosas o fiestas familiares que acompañaran ritualmente al matrimonio, los párrafos 42 y 43 de las leyes asirias, señalan una unción sobre la cabeza de la nueva esposa, efectuada por su marido o por su padre y cuyo rito algún autor<sup>1</sup> estima suficiente para probar la existencia de ciertas ceremonias y si bien esto no permite la reconstitución histórica, es un exponente de la existencia de las mismas.

Además Conteneau<sup>12</sup> cita el ejemplo de 2 cilindros-sello hallados en las tumbas de Ur que reproducen las fiestas de los banquetes nupciales, así como la inscripción de Gudea y las reproducciones de los textos concernientes a los matrimonios de los dioses y que naturalmente los babilonios se los imaginaban a semejanza de los humanos<sup>13</sup>.

Volviendo a la "tirhatu" este instituto me parece altamente interesante y prácticamente desconocido en las investigaciones mesopotámicas que se hayan efectuado en nuestro país por lo que, como supuesto requisito previo y cuasi-necesario en el contrato matrimonial paleobabilónico merece un estudio pormenorizado que de tal figura se preocuparon.

Para el supuesto de disolución matrimonial siendo promovente la mujer y ante la carencia de hijos, la "tirhautu" es reintegrada en su totalidad al marido, por aquel que se encuentre en su posesión, (párrafos 163-164 del c.h.). Sin embargo, aparentan más evolucionados, los párrafos 17 y 18 de las Leyes de Eshnunna que imponen al marido, sobre derecho de crédito de restitución de la "tirhatu", tiene, la deducción del coste en que se haya valorado la dote de la

mujer, con lo cual, en lo que le corresponda deviene deudor de los parientes de la esposa a la disolución del matrimonio. Análoga compensación señala el párrafo 164 del c.h. donde se contempla que siendo el marido deudor de la dote, puede ser deudor por la restitución en que se valore la "tirhatu", (de la que es acreedor) y el sobrante pasa a pertenecer a la mujer repudiada, a tenor del párrafo 130 c.h.

La redacción de este párrafo podría llevarnos a considerar la "tirhatu" como un instituto previsorio destinado a asegurar las necesidades de una esposa repudiada y a modo de pensión compensatoria. Pero por sus particularidades no parece que esté normalmente enderezada generalmente a la mujer, sino a sus parientes lo cual excluye semejante interpretación. Más bien podría decirse que está sumida en su intercambio de dádivas que acompañan al matrimonio paleobabilónico como una costumbre semítica ancestral.

Por otra lado y al mismo tiempo que, sin duda, favorece los acuerdos para el futuro matrimonio, su origen podría definirse como un testimonio que hace fe del compromiso del varón para la consecución de la mujer con ánimo de haberla por esposa. La "tirhatu" inicia y conforma un compromiso recíproco de ambas partes, cuando una da y otra acepta, que sirve de prueba sobre el estado de tales negociaciones previas. Si hemos de guiarnos por lo que expresan Van Praag y Gaudemet<sup>14</sup>, el c.h. no consagra esos usos sumerios ni exige siempre la "tirhatu" como tal requisito previo y necesario en esa fase del contrato matrimonial, pero sin embargo, dada la profusión normativa con que aparece, a nosotros como juristas se nos antoja como un uso o norma general.

Pero si la entrega de la "tirhatu" es lo normal no quiere decir que sea imprescindible. Los párrafos 27 y 28 de las Leyes de Eshnunna ya comentados, citan el caso del matrimonio que se efectúa sin consentimiento de los parientes de la mujer. Igualmente los párrafos 139 y 140 del c.h. preven claramente la eventualidad de un matrimonio sin "tirhatu". Con el estudio de estos párrafos se ha querido ver la persistencia de tradiciones sumerias gravitando sobre el matrimonio semítico aunque esto es una discusión ente los más diversos autores.

Se ha supuesto que las costumbres babilónicas que estamos estudiando persistieron en Oriente hasta los tiempos en que inspiraron y dirigieron la legislación romana, según el parecer de Koschaker y Volterra<sup>15</sup>, lo que ha dado pie a criticar las liberalidades contempladas en el derecho romano del Bajo Imperio, por el novio a su prometida. Sin embargo Gaudemet<sup>16</sup> estima que tal hipótesis es muy frágil por más que algunas señales provengan de persistentes costumbres en Oriente finalizada la época de Hamurabi. No obstante la institución de la "tirhatu", tras diversas vicisitudes históricas vuelve a encontrarse en los textos hurritas de los siglos XV y XVI, así como en Ugarit en el siglo XIV, aunque en tales épocas transformada en una aportación propia de la mujer y que señala el párrafo 38 de la recopilación de las Leyes asirias.

Para algunos estudiosos de esta institución, la "tirhatu" está considerada como una reminiscencia del antiguo precio de compra de la mujer. En este sentido se han definido Koschaker y Volterra<sup>17</sup>. Por algunos autores se presenta el matrimonio babilónico como una operación realizada en dos tiempos, como ya

hemos tenido ocasión de comentar más arriba. Con respecto a tal institución el primero compartiría la entrega de la "tirhatu" conformando de esa manera el precio efectivo de compra de la mujer. Con el transcurso del tiempo esta figura y su significado sería la simple supervivencia simbólica de tiempos pretéritos. Por otro lado cuando la entrega de la "tirhatu" se refería a una adolescente, se entregaba al marido transcurrido el tiempo que las partes habían convenido. Estos dos momentos decisivos representan la doble faceta de una venta primitiva al contado: La primera enmarcada en el acuerdo contractual entre el futuro consorte y el padre de la mujer, consistente en el derecho-obligación a la entrega de la cosa "de futuribus", dando al pretendiente la propiedad limitada hasta el transcurso del tiempo en que, previo el cumplimiento del contrato, la propiedad era ilimitada. La segunda, consistente en la entrega de la mujer, como ejecución del convenio anterior que transformaba esa propiedad limitada, en plena propiedad sobre la mujer y su posesión.

Sin embargo hay autores que oponen a esta subyacente teoría una grave objeción: La falta de certeza de esta costumbre en la época de Hamurabi. Así se han definido concretamente Cruveilhier, Van Praag y Szlechter<sup>18</sup>, contra tal idea de propiedad marital en tiempos remotos.

Pero en la época histórica el derecho a la devolución de la "tirhatu" se pierde por aquel marido que rehuse tomar a la mujer prometida o bien se restituye por el doble de su valor en el caso del padre que se niega a entregar a su hija. Esta norma representa un papel similar al asumido por las arras penitenciales que sancionan la injustificada revocación de la promesa hecha por una de las partes, con lo cual el matrimonio se traslada a la sede del derecho patrimonial, en cuyo seno sus principios son considerados históricamente anteriores a aquellos que corresponden al derecho de familia.

Tal interpretación podría llevarnos a la conclusión de que el matrimonio por compra fue una etapa en la teoría general de la evolución del matrimonio. La doctrina evolucionista viene admitiendo que este ha evolucionado en 3 períodos: El matrimonio por raptor, que provocaba serios conflictos entre el grupo a que pertenece el raptor y el de la raptada y que, si en principio puede admitirse que tuvieron que presentar un carácter bélico con el tiempo se iría decantando hacia acuerdos más racionales acerca de un pago por la mujer, bien a través de una dádiva u otro sistema similar de trueque, así como el acuerdo de unos plazos de entrega. Así se piensa que esa dádiva pudo ser el origen del matrimonio por compra consensual y en la fase protohistórica el matrimonio aparecerá más evolucionado conformándose, al llegar a la historia, como una institución jurídica bien definida aunque de carácter privado.

Mas las investigaciones efectuadas por los sociólogos modernos no parecen confirmar el anterior esquema, puesto que si la aparición del matrimonio por venta está acreditado en ciertos grupos, eso no quiere indicar que tal fenómeno, sin duda parcial, constituya una etapa necesaria y anterior al matrimonio consensual y por tanto, fenómeno general.

Sin que la hipótesis del matrimonio por venta en un lejano pasado protohistórico, que por la ausencia de testimonios documentales admite un amplio campo a cualquier hipótesis, deba ser rechazada, estudiando los documentos

de la historia en la época de Hamurabi, hay datos rigurosos que condenan esta hipotética interpretación, cuando abordamos la modalidad de algunas "tirhatu" que no representan un verdadero precio de venta, fundamentándose así la existencia de matrimonio sin "tirhatu". A mayor abundamiento la dote prevista por el padre de la mujer y el regalo hecho por el pretendiente a su futura esposa son igualmente inconcebibles con la venta de la mujer. La obligación de restituir la "tirhatu" a la disolución del matrimonio consumado y sin hijos, impide igualmente esta hipótesis, con lo cual podemos definir que para la sociedad paleobabilónica, la mujer no era un simple objeto del que se dispone al albur, sino que su personalidad, voluntad y capacidad estaban plenamente reconocidas por el derecho matrimonial paleobabilónico.

También hemos de tener en cuenta que el matrimonio babilónico no presenta la sencillez del matrimonio consensual romano. El convenio entre el pretendiente y el padre de la mujer, rebasa los límites de los esponsales romanos, y así podemos ver como el matrimonio babilónico no presenta la sencillez del matrimonio consensual romano. El convenio entre el pretendiente y el padre de la mujer, rebasa los límites de los esponsales romanos, y así podemos ver como el matrimonio babilónico no se perfecciona hasta el momento de la entrega de la mujer al marido, por parte del guardador, generalmente el padre, con lo que una vez efectuada la transmisión de la esposa, aparece aquel como "señor de la mujer".

Esta complejidad matrimonial se encuentra igualmente en otras muchas legislaciones y su comparación con el derecho romano no enseña toda la gama original de instituciones en estos antiguos derechos como ha hecho notar algún autor<sup>1</sup>.

La "tirhatu" podría considerarse un compromiso contractual por el nacimiento de un niño, puesto que las liberalidades hechas con motivo del matrimonio son indisponibles en las manos de sus beneficiarios y se transmiten en definitiva a los hijos. Para el caso de un segundo matrimonio, los hijos tienen derecho a estos bienes, entregados por los parientes de aquellos que se vuelven a casar, aunque tal derecho es muy variable y discutible, según lo atestiguan las leyes de Eshnunna y de Lipit-Istar.

Pero no es solamente el instituto de la "tirhatu" digno de contemplarse en el derecho paleobabilónico, sino otros institutos no menos interesantes que debemos conocer. Junto a la "tirhatu" el futuro marido entregaba frecuentemente a la mujer la "nudunnû", según la transcripción de los parágrafos 150, 171 y 172 del c.h. Se trataba de otro regalo o liberalidad que podía consistir en bienes muebles o inmuebles, pero una vez instituida pasaba a asegurar su subsistencia y la de los hijos habidos en el matrimonio menores de edad al fallecimiento del esposo.

Como tal liberalidad, no siendo obligatoria, se podía instituir a lo largo de la subsistencia del vínculo matrimonial. En cualquier caso se instituía a través de un documento escrito, según consta en el párrafo 171 b del c.h. Para el supuesto de fallecimiento del marido, el párrafo 172 dispone que la viuda disponga una parte de la "nudunnû" sobre el total que corresponda al primogénito a la herencia de su padre.

Como tal instituto previsorio la “nudunnû” no era entregada a la mujer hasta el fallecimiento del esposo, disfrutándola en concepto de usufructo sobre los bienes matrimoniales, los cuáles a su propio fallecimiento habrán de transmitirse a sus hijos. Así se expresa el párrafo 172 del c.h. Por parte de las leyes asirias se contempla igualmente esta dación potestativa del marido. Y para el supuesto de que la mujer no recibiese la “nudunnû”, a diferencia del c.h., no se contempla la parte que sobre el total del primogénito, la corresponde, pero este debe alimentar a su madre.

También es interesante saber que los parientes de la mujer constituyen en general una dote denominada “seriktu” a fin de contribuir a las necesidades de su ajuar, cuestión que es ampliamente contemplada en los párrafos 137, 138, 149, 173, 174 y 176 a, y b. del c.h. y consistente en cosas como tierras, viviendas, esclavos, vestidos, dinero, etc., siendo entregada al momento de la contracción del matrimonio o en plazos previo convenio. La dote que, independientemente constituye el padre, se conforma como una herencia sucesoria destinada a los hijos que nazcan del matrimonio.

La posición jurídica de la mujer es la de nuda propietaria de los bienes instituidos en el matrimonio, por lo que se encuentra imposibilitada para enajenar dichos bienes dado que la dote ha de pasar a los hijos, como así lo estipula el párrafo 171, b del c.h. Por otro lado esta dote se deja a la exclusiva administración del esposo, según resulta del estudio de los párrafos 138, 142 y 149 que indican los supuestos de restitución que ha de hacer el marido a la mujer en la disolución del matrimonio sea por fallecimiento o por divorcio. Para el caso de fallecimiento de la mujer, la dote pasará íntegramente a sus hijos y en su defecto retorna a la familia de la mujer según lo exige el párrafo 163 del c.h. También se previene el futuro dotal para el supuesto de fallecimiento de la mujer que estuvo casada varias veces y tuvo hijos de sus sucesivos maridos, éstos se repartirán la dote. Si no los ha tenido más que del primero, la dote es para ellos, a tenor de los párrafos 173 y 174 del c.h. Por su parte las leyes asirias, en su párrafo 29 contemplan también una dote aportada por la mujer que pasará a los hijos, y aunque no se detalla la cuestión cabe suponer que el instituto es similar al contemplado por el c.h.

## NOTAS

- (1) "Se estiman en más de 400.000 documentos cuneiformes los coservados en los museos. Es verdad que no todos corresponden a Mesopotamia pero más de 5.000 Tells (lugares arqueológicos) localizados aún no ha sido explorados". Nota de JEAN GAUDEMET al Capítulo Iº: *La organización política y social de Babilonia*. Institutions de L'Antiquité.-Edit Sirey. París, 1967, (pág. 13 y otras).
- (2) ANDRÉ BURGUIÈRE Y OTROS AUTORES.- *Historia de la familia*. Tomo Iº. Alianza editorial, S.A. Madrid 1988.
- (3) E. CASSIN. J. BOTTÉRO. J. VERCOUTTER.- *Los Imperios del Antiguo Oriente*. Tomos Iº y IIº. Edit. Siglo XXI. Madrid 1987. Cuadro cronológico IV. Pág. 110 y 111.
- (4) FÉLIX ALONSO ROYANO.- *Una pequeña aportación a la Historia Universal del Derecho a través del comentario al Código de Hattusas*. Separata del Boletín del Iltre. Colegio de Abogados de Oviedo. Nº 24 y 25. Años 1986 y 1987.
- (5) MARVIN HARRIS.- *Cansbales y Reyes*. "Biblioteca científica Salvat". Edit. Salvat, s.a. Barcelona 1986.
- (6) Término que emplearemos en sustitución de artículo u otra expresión que encierre tal concepto por parecernos el más adecuado a este trabajo.
- (7) Traducción del Nuevo mundo de las Santas escrituras.- *International bible Students Association*. Brooklyn, New York. U.S.A. 1967.
- (8) A. VAN PRAAG.- *Le droit matrimonial assyro-babilonien*. Amsterdam 1945. (págs. 100 a 102).
- (9) A. VAN PRAAG. Op. cit. (pág. 150).
- (10) FÉLIX ALONSO ROYANO. Op. cit. (pág. 62).
- (11) E. SZLECHTER.- *L'affranchissement en droit suméro-akkadien*. RIDA, 1952. (pág. 141. Parágrafo 50 de las Leyes de Eshununna).
- (12) G. CONTENEAU.- *Le deluge Babylonien*. París 1952. Pág. 156-159.
- (13) ANDRÉ PARROT.- *Sumer*. Edit. Aguilar, s.a. Madrid 1981.
- (14) Op. cit. (8) y (18).
- (15) P. KISCHAKER.- *Zur Geschichte der arra sponsalicia*. ZSS. 1912. (pág. 383).
- (16) J. GAUDEMET.- *Originalité et destin du mariage romain*. *Studi in memoria di P. Koschaker*. II. 1954 (pág. 513-557).
- (17) P. KOSCHAKER.- *Rechtsvergleichende Studien*. (pág. 114 y sgtes.).  
E. VOLTERRA.- *Diritto romano e diritti orientali*. (pág. 114)
- (18) SZLECHTER A., VAN PRAAG Y CRUVEILHIER.- *Comm du c.h.* RIDA (pág. 160 y 136 y 137 de 1952).