

DERECHO SEXUAL VISIGÓTICO

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA
Universidad de Murcia

§1. (IN)DISCRIMINACIÓN JURÍDICA SEXUAL

Aunque este viaje recorre los siglos V al VII, puede decirse con un cierto soplo de atemporalidad que el sexo, aun en su dimensión jurídica, fructifica sobre la diferencia, que sólo en cuanto hombre y mujer, sexos diferentes, levantan sus espadas, cuaja el concepto del sexo: sentido de la diferencia que repercute en discriminación (positiva o negativa) o en indiscriminación (haciendo que los distintos se toquen y aproximen sus regímenes). Pero de la indiferencia hacia uno de los sexos no emerge el sexo como problema, puesto que supone la reducción del mundo jurídico a un poblado de leyes unisexuales¹, o, en el mejor de los casos para el sexo silenciado por la indiferencia, a un poblado de leyes andróginas.

La indiferencia hacia la mujer y la omnipresencia, paladina o solapada, del varón, son signos fácilmente constatables en las vértebras jurídicas de los siglos visigóticos; José Orlandis advierte el carácter marginal de la mujer en un mundo de varones²: así, para bien o para mal³, la mujer resalta como la diferencia misma: la que causa indiferencia pero, al hacerse presente, atrae hacia sí la discriminación (que rebota en el otro sexo, para su mejor o peor fortuna). Por eso, la aproximación jurídica al sexo ha sido más de una vez planteada como la aproximación a la condición

1. Testigos varones, honestos varones, buenos hombres de LV [= Karl ZEUMER, "Liber Iudiciorum sive Lex Visigothorum", *Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio I. Legum nationum Germanicarum. Tomus I. Leges Visigothorum* (Hannoverae et Lipsiae, 1902), 33-456] 5,1,2 ant., 6,1,2 Chindasvinto y 6,1,5 Chindasvinto.

2. José ORLANDIS, *Semblanzas visigodas* (Madrid, 1992), 17: "Cuando se trata de hacer revivir el tiempo de los godos, viene de inmediato a la mente la imagen de un mundo poblado de varones, sean éstos magnates o sayones, obispos o monjes. La mujer parece no tener cabida, o al menos capacidad de protagonismo en una época ruda y varonil, dominada por guerreros o eclesiásticos".

3. Bonnie S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: una historia propia. I* (Barcelona, 1992), 48, destacan cómo los asentamientos funerarios germánicos revelan la presencia de mujeres ricas y poderosas no siempre presentes en el primer plano de los textos legislativos. Sin embargo, el régimen jurídico germano respecto de la mujer no es un solo mundo; Alfonso GARCÍA-GALLO, "Curso de Historia del Derecho Privado: Conceptos generales y Derecho de personas", *Estudios de Historia del Derecho Privado* (Sevilla, 1982), 86, aprecia las divergencias: "La mujer entre los germanos goza de la más alta estimación, porque ven en ella algo santo y profético y no cabe menospreciar su consejo (...) Pero su actuación no trasciende del hogar (...) y en la casa aparece como jefe indiscutido de ella -igual que en Roma- el padre o el marido. Los primitivos visigodos y los germanos del norte -a diferencia de los occidentales (francos, longobardos, etc.), que colocan a la mujer en un régimen de tutela perpetua, incluso de su propio hijo-, reconocen a la mujer mayor de edad la posibilidad de gobernarse a sí misma, equiparándola casi por completo al hombre".

jurídica de la mujer⁴. No obstante, el problema jurídico del sexo no es el problema de la condición jurídica de la mujer, sino un problema relleno de subproblemas: la diferencia de naturalezas (sexo masculino, sexo femenino), la insumisión de los sexos a un mismo estado (jurídico), el acto sexual (el sexo, en singular, noción unificadora; si hetero, consecuente con la diferencia física, y si homo, sexo *diferente* en el que el varón corre el riesgo de caer si la diferencia entre los sexos masculino y femenino se derrumba: *Etym.*⁵ 11,2,18-19).

La diferencia sexual no está aislada de diferencias sociojurídicas, económicas, religiosas. Por ejemplo, ante las lesiones o la muerte causadas por un animal, y según reza *ant. LV 8,4,16*, opera la discriminación sexual entre el hombre y la mujer, a raíz de cuyo presumido valor económico fluctúa la composición pecuniaria sancionadora: vale la mujer menos que el hombre por su menor rentabilidad económica, salvo en su adolescencia, porque entonces aquélla es mayor. Sexo y economía se abrazan, y con Ervigio la discriminación sexual se desvanece para que a la economía se abrace la condición sociojurídica: libres, libertos, siervos⁶. El canon 63 del IV Co.⁷ Toledo, al decidir cómo, dados matrimonios entre cristianos y judíos (nulos, salvo conversión al cristianismo), los hijos siguen la religión cristiana, aunque distingue entre varón judío o cristiano, entre mujer cristiana o judía, claro es que no discrimina por razón del sexo, sino de la religión⁸.

Pese a todo, el sexo en sí es una diferencia trascendente; tiene un lenguaje de metáforas, prejuicios y pasiones propias. Con independencia de condicionantes, propicia como esencia un cúmulo de pensamientos. Así ocurre que el hombre y la mujer padecen una valoración predeterminada de su naturaleza por ser quienes son, por pertenecer al sexo al que pertenecen⁹. Y, amén de diferencias, si la discriminación puede ser en ocasiones puro instrumento¹⁰, la indiscriminación sexual (que no es

4. *Vide* el índice, sin ir más lejos, pleno de mujeres, en confrontación con el título, del artículo de José María OTS CAPDEQUI, "El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en nuestra legislación de Indias", *Anuario de Historia del Derecho español*, 7 (Madrid, 1930), 311. Sin embargo, Alfonso GARCÍA-GALLO, "La evolución de la condición jurídica de la mujer", *Estudios de Historia del Derecho Privado* (Sevilla, 1982), 145, se ciñe expresamente al estatuto jurídico de aquélla (por razón de las diferencias naturales del sexo, por razón de su situación familiar, en la esfera pública).

5. SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías* (ed. José Oroz Reta y Manuel A. Marcos Casquero; 2 vv., Madrid, 1982-1983).

6. Cf. Alfonso GARCÍA-GALLO, "Curso de Historia", cit., 86.

7. Co. = José VIVES, con la colaboración de Tomás MARÍN MARTÍNEZ y Gonzalo MARTÍNEZ DIEZ, *Concilios visigóticos e hispano-romanos* (Barcelona-Madrid, 1963).

8. Explica Pedro LOMBARDÍA, "Los matrimonios mixtos en el Derecho de la Iglesia visigoda", *Anuario de Historia del Derecho español*, 27-28 (Madrid, 1957-58), 95-96, cómo la norma prohíbe el matrimonio mixto con el fin de evitar la apostasía de los conversos y de aclarar el sentido religioso, que no sólo racial, de la conversión.

9. La mujer, por ejemplo, tiende a prácticas supersticiosas, así al tejer lana, como avisa el canon 75 del II Co. Braga.

10. El distinto sexo supone corte de pelo o cambio de vestido para recibir la penitencia, en el canon 12 del III Co. Toledo. Se determina *iuxta qualitatem sexus* el monasterio adonde irán a parar los incesuosos, en LV 3,5,2 Chindasvinto. En LV 12,3,4 Ervigio, las penas de amputación del pene o corte de

indiferencia, ausencia o silencio, sino, obviamente, falta de discriminación) acaso pueda sugerir un matiz de expresa sexualidad, poco inocente, en contraste con el silencio que nada sexual denuncia: algunas de estas indiscriminaciones, elocuentes, *ab origine* o sobrevenidas, serán objeto de referencia ¹¹.

Vistámonos, pues, los ropajes de las personas de aquellos siglos, pongámonos su máscara, e intentemos descifrar su discurso sobre las discriminaciones sexuales trascendentes, su meditación, bajo la capa del sexo, sobre el nacimiento, el matrimonio, la muerte y la religión.

las narices para los judíos recalcitrantes, practicantes de circuncisiones, se destinan, en correspondencia lógica, al varón o a la hembra.

11. En general, la indiscriminación sexual es más propia del siglo VII que de los siglos V y VI: sorpresa que no será, cuando se analice la discriminación. De entre las leyes euricianas y *antiquae*, un 13 % manifiesta una indiscriminación sexual expresa, frente al silencio o a la discriminación de las restantes. Esta indiscriminación tiene que ver mayoritariamente con la formulación de mecanismos sancionatorios: en la sanción se igualan los comisores del acto ilegal con independencia de su sexo; *vide* LV 3,1,2, 3,2,2, 3,2,3, 3,2,4, 3,2,5, 3,3,2, 3,4,1, 3,4,2, 3,4,3, 3,4,5, 3,4,10, 3,4,17, 6,4,11, 6,5,18, 7,3,3. A la zaga se encuentran las indiscriminaciones sexuales entre siervos: la cosificación del sujeto aboga por la falta de interrogante sobre el sexo de la cosa; *vide* CE [= Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Indices", *Estudios visigóticos*, 2 (Roma-Madrid, 1960): edición del palimpsesto parisino en 13-43] 228, LV 3,2,5, 3,4,10, 4,4,2, 5,4,17, 5,7,2, 5,7,9, 5,7,13, 6,1,4, 6,4,11, 9,1,5, 12,2,12. A distancia de estos dos supuestos anteriores se hallan equiparaciones sexuales entre los padres: CE 336, LV 3,1,6, 3,4,17, 4,2,1, 4,5,5, 7,3,3, 11,1,1; entre los cónyuges: CE 307, 334, LV 3,3,5, 5,2,3, 5,2,4, 5,2,7; entre los hermanos: CE 320, LV 3,1,8, 4,2,1, 4,2,8. La relación decrece hacia casos puntuales en el resto de indiscriminaciones (libres, dueños de siervos, hijos, abuelos, etc.): CE 290, 321, 328, 335, LV 2,4,13, 3,1,1, 3,1,2, 3,1,7, 3,2,2, 3,2,3, 3,2,4, 3,3,2, 3,4,1, 3,4,2, 3,4,3, 3,4,5, 3,4,10, 3,4,17, 3,5,2, 4,4,1, 5,4,11, 6,1,4, 6,1,8, 6,5,18, 6,5,19, 7,3,3. El mayor número de casos se produce, pues, en las leyes pertenecientes, en CE, al título *De successionibus*, y, en LV, al libro tercero, *De ordine coniugali*, sobre todo a sus títulos cuarto (*De adulteris*), primero (*De dispositionibus nuptiarum*) y segundo (*De nuptiis illicitis*); con bastante menor profusión, en las pertenecientes al libro quinto, *De transactionibus*, sobre todo a sus títulos segundo (*De donationibus generalibus*) y séptimo (*De libertatibus et libertis*), y en las pertenecientes a los libros cuarto, *De origine naturali*, y sexto, *De sceleribus et tormentis*. De entre las leyes promulgadas durante los reinados de Chindasvinto y sucesores, un 23 % manifiesta fórmulas de indiscriminación sexual expresa, de modo que el porcentaje aumenta respecto del pasado. Predominan de nuevo los casos relativos a siervos y los casos relativos a la formulación de mecanismos sancionatorios, por las razones *supra* apuntadas; *vide*, para los primeros, LV 3,2,7, 3,3,11, 5,4,13, 6,2,5, 6,5,12, 6,5,13, 9,1,18, 9,1,21, 10,1,17, 11,1,1, 12,3,6, y, para los segundos, LV 3,4,2, 3,4,12, 3,4,13, 3,6,2, 5,7,20, 6,2,5, 6,5,13, 6,5,17, 9,1,21, 12,3,6. Los siguen con menor frecuencia las equiparaciones entre libertos: LV 3,2,7, 3,3,11, 5,7,12, 5,7,13, 5,7,14, 5,7,20; entre cónyuges: LV 3,1,5, 3,6,2, 4,2,16, 4,2,19, 6,5,14; entre judíos: LV 12,2,18, 12,3,6, 12,3,8, 12,3,10, 12,3,22. El resto de casos indiscriminatorios (dueños de siervos, hermanos, hijos, padres, hombre y mujer en general en distintos supuestos de aborto, apostasía, incesto...) son menos habituales que los precedentes, pero más reiterados individualmente y más numerosos en conjunto que en siglos anteriores: LV 2,4,12, 2,5,10, 3,3,11, 3,4,2, 3,4,12, 3,4,13, 3,5,1, 3,5,3, 3,6,2, 3,6,3, 4,2,5, 4,2,9, 4,2,10, 4,2,17, 4,2,18, 4,3,1, 4,3,2, 4,5,1, 4,5,2, 4,5,3, 4,5,4, 4,5,6, 4,5,7, 5,7,13, 6,2,5, 6,3,7, 6,4,3, 6,5,12, 6,5,13, 6,5,17, 8,1,14, 9,1,16, 9,1,21, 12,2,16, 12,3,4. Los casos de indiscriminación más frecuentes se registran, por lo tanto, sobre todo en el libro cuarto de LV, *De origine naturali*, en especial en los títulos segundo (*De successionibus*) y quinto (*De naturalibus bonis*), y, en menor medida, en el libro tercero, en especial en sus títulos cuarto (*De adulteris*), y quinto (*De incestis et apostatis adque masculorum concubitoribus*) y sexto (*De divortis nuptiarum et discidio isponsorum*); en menor medida aún, en los libros sexto, *De sceleribus et tormentis*, y duodécimo, *De removendis pressuris et omnium hereticorum sectis extinctis*.

§ 2. SIGLOS V Y VI

1. *Vir uxorem suam in potestate habet*

Quizá el pórtico necesario para toda meditación sobre el sexo sea la afirmación de que el nudo de los sexos tiene un sentido sagrado; según las Sagradas Escrituras, el varón tiene bajo su potestad a su cónyuge¹²: así dice Eurico en CE 323. Es el principio de la imposición no tanto de la potestad del hombre sobre la mujer como, literal y estrictamente, de la potestad del varón sobre su cónyuge, en el significado de que la relación sustancial entre hombre y hembra es la de marido y mujer, en el seno del matrimonio, resultando así la soltería una situación de transición, y con la viudez, u otras evitaciones de la carne, brotes especiales, como ramas abortadas o tronchadas o malformadas, de un árbol matrimonial podrido.

¿Una sujeción material o espiritual? La potestad del marido, apuntalada religiosamente, puede llevar o no a un estrangulamiento de la situación jurídica de la mujer subordinada. Ello depende de la largura de los tentáculos del marido no ya sólo sobre la persona de su cónyuge, como criatura humana, sino también sobre su capacidad jurídica y su esfera patrimonial. El modo de levantar el edificio patrimonial, por lo que se refiere al régimen jurídico económico del matrimonio, esconde la respuesta sobre los márgenes de la mujer como sostenedora de derechos. Tomada la vía del matrimonio, la potestad del marido, que es sobre la mujer, ¿es, pues, sobre sus bienes? Porque, curiosamente, el problema subyace en la propia norma euriciana que razona, palabra sagrada mediante, sobre el sometimiento genesiaco de un sexo al otro. La norma, proyectada sobre un caso singular, sobre un eventual suceso que afecte a los cauces patrimoniales, asegura que la potestad del marido se extiende sobre los bienes adquiridos en expedición militar por los siervos, aun de la mujer. ¿Qué régimen sugiere?

Manuel García Garrido y Enrique Gacto ofrecen dos posibilidades de interpretación: se trataría, sin admitir un poder indiscriminado del marido sobre los bienes de la mujer, de una excepción al régimen general de gananciales, o de un régimen de separación de bienes con comunidad de uso a disciplinar en este caso concreto¹³. Álvaro d'Ors se inclina a descubrir un régimen de separación de bienes¹⁴, y la inexistencia de la comunidad de bienes adquiridos justificaría, para Paulo Merêa, la fijación en este supuesto, y en toda adquisición tras la reforma generalizadora y no meramente

12. Génesis 3,16, según indicación de Karl ZEUMER, "Legum codicis Euriciani fragmenta", *Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio I. Legum nationum Germanicarum. Tomus I. Leges Visigothorum* (Hannoverae et Lipsiae, 1902), 24 nota 1; los cuerpos de marido y mujer están bajo el poder del otro recíprocamente, sin embargo: *I Corintios* 7,4.

13. Manuel GARCÍA GARRIDO, "El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico", *Anuario de Historia del Derecho español*, 29 (Madrid, 1959), 445-446; Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla* (Sevilla, 1975), 100-103.

14. Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 261 nota 883.

retórica de Leovigildo en LV 4,2,15, del beneficiario¹⁵. Vale aquí la sutil creencia de Aquilino Iglesia Ferreirós en una separación teórica de bienes entre cónyuges *enturbiada* en la práctica por su vinculación a la idea de un patrimonio conyugal¹⁶.

Se ha dicho que bajo el matrimonio germina el poder del marido sobre la mujer. *¿Mundium* marital, con *vis atractiva* hacia el núcleo parental del marido: *Sippe*, éste, cuya fuerza se relaja cuando se refuerza el poder marital, cuya fuerza se refuerza cuando el poder marital se relaja, cuya fuerza disminuirá según se extiendan las expectativas jurídicas, más voraces o no consumadas, del núcleo parental de la mujer y de ésta misma?¹⁷ García Garrido entiende que la potestad del marido no puede asimilarse a la *manus* romana o al *Mundium* germánico, “(...) sino que es una especial potestad de gobierno y administración basada en un fundamento religioso”¹⁸. Aquella inicial cita bíblica supuraba la índole religiosa de esta potestad: ese poso religioso veterotestamentario evoca un tiempo en el que, lejos ya la endogamia, la mejora de la situación jurídica de la mujer creció bajo la pujanza del marido, de su clan solidario, transmitido el poder del padre¹⁹: si ese nuevo núcleo familiar amparaba la condición procreadora de la hembra y favorecía su derecho a un repudio regulado, son, éstas, líneas antiguas presentes en el discurso jurídico visigótico, en el que, asimismo, es el marido el preeminente en el núcleo familiar, en cuanto tal, en cuanto padre²⁰, registrándose a su vez predominante situación del linaje marital o

15. Paulo MERÊA, “Estudos de Direito privado visigótico”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 16 (Madrid, 1945), 102-103; “Sobre a comunhão de adquiridos do Direito visigótico”, *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra, 1948), 53.

16. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, “Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español”, *Enciclopedia de Historia de España dirigida por Miguel Artola. I. Economía. Sociedad* (Madrid, 1988), 445-446.

17. Cf., para los conceptos de *Sippe* y *Mundium*, José Manuel PÉREZ-PRENDES, *Breviario de Derecho germánico* (Madrid, 1993), 17-19; asimismo, Pietro VACCARI, “Il matrimonio germánico”, *Scritti di Storia del Diritto privato* (Padova, 1956), 16, y Hans PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico* (Barcelona, 1957), 63. No existe contradicción entre el deber de protección de la *Sippe* sobre menores y mujeres y la igualdad de derechos de los miembros esencial a aquélla: Heinrich BRUNNER, *Historia del Derecho germánico* (8ª ed.: von Schwerin; Barcelona, 1936), 11-12; ni existe, así, entre la potestad del marido sobre la mujer y la equiparación de varón y hembra, el carácter de compañera del hombre del que escribe Alfonso GARCÍA-GALLO, “La evolución”, cit., 151, 155.

18. Manuel GARCÍA GARRIDO, “El régimen jurídico”, cit., 418-419.

19. Jacques PIRENNE, “Le statut de la femme dans la civilisation hebraïque”, *Recueils de la Société Jean Bodin. XI. La femme. Première partie* (Bruxelles, 1959), 111, 115.

20. Cf., *infra*, LV 3,1,2 *ant.*, 3,1,7 *ant.*. También *ant.* LV 3,1,6, donde se atribuye al padre, respecto de la dote, la *potestas exigendi* y la *potestas conservandi*: vide Karl ZEUMER, *Historia de la Legislación Visigoda* (trad. Carlos Clavería, Barcelona, 1944), 214-215, Manuel GARCÍA GARRIDO, “El régimen jurídico”, cit., 425, y François-L. GANSHOF, “Le statut de la femme dans la Monarchie franque”, *Recueils de la Société Jean Bodin. XII. La femme. Deuxième partie* (Bruxelles, 1962), 22-23. También *ant.* LV 4,5,5, acerca de lo que gana el padre de lo adquirido *in expeditionibus* por el hijo que con él convive: vide Alfonso OTERO, “La patria potestad en el Derecho histórico español”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 26 (Madrid, 1956), 219-221, más “Liber Iudiciorum 4,5,5. En torno a las limitaciones de la patria potestas”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 41 (Madrid, 1971), 127-140, para su comprensión como norma antes sobre emancipación *por concesión de la patria* que

paterno²¹, del vínculo agnaticio sobre el cognaticio (*vide* para la línea recta CE 328, que así postula salvo proporcionalidad en el vaivén de los caudales hereditarios, ley cuyo espíritu combatirá LV 4,2,6, ya en tiempos de Recesvinto²², como

sobre peculio castrense; *vide* asimismo Paulo MERÊA, “A lei IV,5,5 da Lex Visigothorum e o poder paternal do Direito visigótico”, *História e Direito (Escritos dispersos)*. I (Coimbra, 1967), 31-52.

21. Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 136-137, ve en *ant.* LV 3,2,3 “(...) un nuevo caso de entrega a la Sippe”. Sópese la intervención del linaje paterno, visible en las LV 3,1,7 *ant.*, 3,4,5 *ant.*, 4,3,3 *ant.*, frente a la del linaje materno, visible en LV 11,1,1 *ant.*

22. CE 328, ante la sucesión de los nietos, otorga la herencia, de concurrir abuelo paterno y abuelo materno, al primero, en tanto de concurrir abuelo paterno y abuela materna, a partes iguales; la ley de Recesvinto LV 4,2,6 equipara a los abuelos paterno y materno, al abuelo paterno y a la abuela materna, y a las abuelas paterna y materna, en relación con los bienes adquiridos por el *de cuius*, y reconoce respecto de los bienes heredados el principio de troncalidad. Guilherme BRAGA DA CRUZ, “A sucessão legítima no Código euriciano”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 23 (Madrid, 1953), 790-795 y nota 51, lee CE 328, a su juicio de difícil interpretación literal, trocando supuestos y soluciones, y en el resultado aprecia el reflejo de un principio de masculinidad que supone dar preferencia en el mismo grado sucesorio al sexo masculino, e igualdad sucesoria cuando sexos masculinos concurren, equiparando por demás el parentesco agnaticio con el parentesco cognaticio en la sucesión por línea recta ascendente: forma de entender la ley que tropieza, como el propio jurista reconoce, con la letra tanto de CE 328 como de LV 4,2,6. Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 265, no cree que la norma de CE 328 incluya defectos de redacción, y la interpreta como beneficio del parentesco por línea masculina, que no obstante admitiría la posición de la abuela materna premuerto su marido, dado el carácter usufructuario de su cuota (frente a eventual nuevo matrimonio), con un fin asistencial: de concurrir las abuelas paterna y materna o abuela paterna y abuelo materno, el jurista piensa se daría, tal vez con menos seguridad en el segundo caso, atribución paritaria. Para Jesús LALINDE ABADÍA, “Un enigma jurídico visigodo (C. Eur. 328.- L. Iud. IV,2,6)”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 30 (Madrid, 1960), 631-641, crítico de la postura de d'ORS, la concurrencia de abuelos paterno y materno se resuelve acogiendo el principio del parentesco por línea masculina una vez fallecidas las abuelas cónyuges: sin que cause extrañeza la solución, dado este punto de partida, en un abuelo materno que sabe de la disminución de los derechos sucesorios respecto de su nieto por ser éste *ex filia*; y la concurrencia de abuelo paterno y abuela materna mediante una combinación principio de agnación masculina/proveniencia de los bienes, dado que la muerte de la abuela paterna trae consigo restricción de herencia por parte de su cónyuge, en tanto de morir el abuelo materno poca restricción de la herencia se habría producido por parte de la abuela materna: el patrimonio del nieto estaría integrado por bienes de la familia materna, con lo cual una atribución total al abuelo paterno resultaría excesiva; de concurrir abuelas paterna y materna se impondría el principio de agnación masculina (que LV 4,2,6 alteraría: por necesidad expresamente), y de hacerlo abuela paterna y abuelo materno un reparto igualitario (por lo que LV 4,2,6 no se vería en la obligación de reiterar; ¿o el principio de agnación masculina?: pero en tal caso, ¿por qué no lo rectificaba expresamente?); si CE, según el jurista, establece el binomio compensatorio principio de agnación masculina/supuestos de igualdad de cuotas, LV lo hace con los miembros principio de equiparación de sexos/principio de troncalidad. Enrique GACTO, “La condición jurídica”, cit., 187-191, ha revisado el estado de la cuestión y en particular ha criticado la postura de LALINDE ABADÍA, al expresar que el principio de reciprocidad del que parte este jurista sólo funciona ante un caso concreto, cuando “(...) el padre o la madre hayan fallecido antes que los abuelos y abuelas maternos y paternos, o después de muertas las abuelas, sin haber exigido al abuelo viudo, en el momento de casarse, su parte de los bienes maternos”. Realmente el problema es endiablado. Si se interpretan sistemáticamente CE 321, 322, 327 y 328, de los casos sustancialmente posibles (concurrencias abuelo paterno-abuelo materno, abuelo paterno-abuela materna, abuela paterna-abuelo materno, abuela paterna-abuela materna), la observancia del destino del caudal hereditario justifica en todos la aplicación de un principio a favor del vínculo agnaticio, salvo en la concurrencia

Chindasvinto combate en LV 4,2,18 la norma de CE 327,3-4²³; *vide* para la línea colateral CE 329 = *ant.* LV 4,2,7²⁴).

2. Potestas coniunctionis

El origen jurídico del matrimonio se halla en una decisión prioritariamente paterna. Según *ant.* LV 3,1,7, al padre corresponde la potestad de la *coniunctio filiorum*; si ha muerto el padre, corresponde a la madre (lo que no implica patria potestad²⁵); si ha muerto también ésta, o ha contraído nuevo matrimonio, a los hermanos; si éstos no cuentan con la edad suficiente, al tío paterno. Sin embargo, mientras al hermano, alcanzada la adolescencia, le pertenece la *potestas coniunctionis*, la petición de matrimonio dirigida a la hermana no depende de la sola disposición de ésta, sino de la aprobación en el consejo entre los hermanos o

de abuelo paterno y abuela materna, único caso en el que el destino de los caudales hereditarios demuestra una proporcionalidad. LALINDE, sin embargo, intenta, por justificar los silencios de LV 4,2,6, marginar del principio de agnación el supuesto de concurrencia de abuela paterna y abuelo materno. Es difícil pronunciarse, pero parece más lógico, a pesar de las reticencias del ilustre profesor hacia tales argumentos, pensar en un defecto de redacción: no, como quería BRAGA DA CRUZ, en CE 328, sino en LV 4,2,6, que no debería haber recogido el caso de concurrencia de abuelo paterno y abuela materna, ya desde los tiempos del férreo principio de agnación admitido, sino el de concurrencia de abuela paterna y abuelo materno, éste sí necesitado de excepción, como los otros recogidos. De hecho, Karl ZEUMER, en LV, cit., 176 l. 20-21 y XXI, remite a una lectura alternativa de la ley 6, de acuerdo con el *Codex Skoklosteranus Nr. 22* de Upsala, en la que está presente la concurrencia *avum maternum et paternam (aviam)*, debe añadirse: el problema persiste porque sustituye la concurrencia de abuelas paterna y materna, necesitada de mención expresa: a pesar de todo, parece al menos indicativa de lo no disparatado de la hipótesis sobre un error en esta ley.

23. Cf. Guilherme BRAGA DA CRUZ, “A sucessão”, cit., 777-784, y Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 263-264. El primero, justamente, señala que las restricciones experimentadas en CE 327,4 por los nietos *ex filia* “(...) derivam exclusivamente do facto de eles serem parentes cognatícios do de cuius e de terem sido, até entao, totalmente preteridos, *iure civili*, pelos parentes agnatícios”; Chindasvinto equipara, frente a aquella solución, a los nietos *ex filio* y *ex filia*.

24. CE 329 establece la sucesión igualitaria de la tía paterna y la tía materna en la herencia del *de cuius*. Guilherme BRAGA DA CRUZ, “A sucessão”, cit., 797-808, ha recogido la norma como excepcional respecto de un régimen general cuya identificación se precisa, y que podría ser el de troncalidad, o el de preferencia sucesoria del vínculo agnaticio sobre el cognaticio complementado por el de preferencia sucesoria del sexo masculino dentro del mismo grado de parentesco. La norma refleja que, como dice Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 270, “Eurico (...) daba preferencia, más allá del segundo grado, a los colaterales agnados sobre los cognados, pero sólo a los varones (...)”. *Ant.* LV 4,2,7 coincide en el mensaje, pero su contexto es diferente, por cuanto la equiparación del vínculo agnaticio con el cognaticio juega como base, con lo que la norma, dejada atrás la excepcionalidad, deviene regular.

25. Como dice Alfonso OTERO, “La patria potestad”, cit., 219, “(...) la autorización para el matrimonio ya no es consecuencia de la *patria potestas* en el Derecho postclásico, y ahora es ejercido por los hermanos y parientes”, de manera que, según Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 48, la diferencia de condición de la viuda respecto al viudo perdura.

el tío paterno y el resto de los más próximos parientes²⁶. En la progresiva consolidación del principio sacramental católico según el cual los esposos son contrayentes, aún respira, bajo el poder de los clanes, una concepción de los esposos como sujetos que son casados, pasivos en el concierto nupcial²⁷, antes que como sujetos que se casan²⁸; si respecto de los que casan resulta clara, dice Alfonso Otero, “(...) la tendencia a reconocer a la madre un papel al lado del padre (...)”, papel que “(...) no es suficiente para permitimos pensar en una *potestas conjunta*”²⁹, respecto de los casados el varón rompe antes con su situación pasiva y, al hacerse elector sin trabas, se afirma como activo contrayente, en tanto la mujer permanece anclada pasivamente en la fábrica de voluntad de su familia³⁰.

Este punto de partida según el cual destaca la pasividad de la mujer próxima a su matrimonio no es, sin embargo, absolutamente inquebrantable. El quebranto de las cercas impuestas se produce en la medida en que interfieren factores no sexuales, como la condición sociojurídica. Cuando la condición sociojurídica toma expresa altura, y la mujer aparece como sujeto de condición libre, quedan abiertas las puertas para un forzamiento por su parte de los límites encaminadores de su voluntad. Y el reconocimiento de la voluntad femenina es constreñido, no de buena gana, razón de que refleje, al tiempo, una concepción pesimista, como oveja descarriada, de la

26. Vide Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 215.

27. Cf. José Manuel PÉREZ-PRENDES, *Breviario*, cit., 59.

28. Paulo MERÊA, “Sobre o casamento *sine consensu parentum* no Direito visigótico”, *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra, 1948), 182-183 y nota 64, considera la referencia eclesiástica al matrimonio *solo consensu* como una forma de expresar, no la dispensa de la aprobación paternal, sino la no necesidad de solemnidades formales o la validez de la unión antes de la cópula, y recuerda la remisión eclesiástica a la legislación civil en asuntos relativos a la tolerancia en la elección de cónyuge por los hijos y a la exigencia de la voluntad aquiescente de los padres. Afirma, pues, que la naturaleza jurídica del matrimonio es consensual no supone defender por principio la libre elección de cónyuge por los hijos, pero si el carácter consensual impulsa una valoración especial de los vicios del consentimiento, la elección libre por parte de los contrayentes comienza a pimplolecer bajo el mismo manto: cf. Biondo BIONDI, *Il Diritto romano cristiano. III. La famiglia-Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico* (Milano, 1954), 99. De ahí una cierta ambivalencia en la postura eclesiástica antes descrita, y una aproximación extraña, guadiana, atécnica, entre los problemas de la perfección del matrimonio y la elección del cónyuge.

29. Alfonso OTERO, “La patria potestad”, cit., 218. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, “Individuo y familia”, cit., 440, ha explicado cómo “Se sigue hablando de patria potestad y el padre ocupa un lugar preferente dentro de la familia, pero no es ya titular de una *patria potestas romana*, sino de un deber de cura preferente. De aquí que al lado del padre aparezca la madre, especialmente a la muerte del padre”.

30. Restricción a la libre elección de marido por parte de la mujer proviene en algún caso no de la relación familiar: así cuando la hija del bucelario decide elegir marido contra la voluntad del patrono; lo que no tiene imposibilitado, pero sí acarrea la revocación de las donaciones recibidas de aquél por su padre: CE 310,6. A juicio de Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 244, se trata de un caso específico de la general revocación por ingratitud del donatario. *Ant. LV 5,3,1* modificará en el sentido de que tal revocación sólo puede producirse si la mujer elige un marido de inferior condición sociojurídica, dejando la duda de si no le supondrá perjuicio elegir libremente marido de su misma condición contra la voluntad del patrono: cf. Rafael GIBERT, “El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho medieval español (Notas para su estudio)”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 18 (Madrid, 1947), 718, y Francisco SAMPER POLO, “La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 38 (Madrid, 1968), 154-155.

naturaleza de la mujer. Además, y como otra vuelta de tuerca en el pulso de fuerzas, si ese descarrío se admite, es, en todo caso, dentro del redil de sus iguales. Como la ley que viene nos dice.

Ant. LV 3,2,8 medita sobre un método de control de la mujer ante prácticas irregulares quizá extendidas en un ambiente cultural tal vez menos cohibido. Una pareja, cuyos miembros son de condición sociojurídica libre, sabe de la suficiencia del fornicio, o de la suficiencia de la cohabitación (para hacer presumir el fornicio), en orden a la validez del matrimonio. En tal caso, es preciso lograr que no consolide su unión matrimonial por estas vías. Con ese fin, se exige cordura del varón, ante una intención que parece más irresistible que de propia iniciativa, su paciencia hasta la realización de los esponsales, hasta la aprobación, por los parientes de la mujer, de su persona. Si obtiene la aprobación, debe pagar el *pretium dotis*³¹. Si no logra obtener la aprobación, no existe matrimonio, de acuerdo con Rafael Gibert, persistente la *potestas parentum*. Ahora bien, en el supuesto de que, pese a todo, sin seguir los cauces debidos, sin la aludida aprobación (conocimiento, consentimiento), se realice el matrimonio, la mujer queda privada de la herencia, con excepción de las *donationes* voluntariamente introducidas en cláusulas testamentarias, y al margen de su *libertas* sobre bienes adquiridos; no obstante, cabe el perdón. De este modo, si la condición libre de los aficionados no salva el últimamente citado perjuicio patrimonial, el cual, como se ve, resulta convalidable y no totalmente estrangulador económico, dicha condición logra aminorar la deshonra, y levanta, de acuerdo con el juicio de Paulo Merêa, un matrimonio válido ilícito: sana por lo tanto, una vez marcadas las lindes sociojurídicas, la elección, el subrepticio casarse y no ser casada, de la mujer³². La

31. De acuerdo con Paulo MERÊA, "O dote visigótico", *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra, 1948), 26-27, entendidos los esponsales como un negocio, la donación marital desempeña la función de precio, término ligado a la idea de compra de la mujer nada ajena a la literatura patristica (San Leandro, San Agustín) y que sugiere su posición pasiva, como objeto, en el pacto del matrimonio.

32. La alusión al mantenimiento de la *potestas parentum*, en caso de desaprobación de la unión de la mujer con el pretendiente, ha propiciado la distinción entre, siguiendo a Paulo MERÊA, "Sobre o casamento", cit., 160-161, el matrimonio legítimo o de compra del *Mundium* y el matrimonio sin transferencia del *Mundium* parental. Aunque Paulo MERÊA, en "Sobre o casamento de juras", *Novos estudos de História do Direito* (Barcelos, 1937), 132-133, se había mostrado a favor de caracterizar el supuesto de unión contra la voluntad parental como del segundo tipo (distinguido tal matrimonio del concubinato por el intercambio de consentimiento ante testigos y la consumación del matrimonio), al fin, en "Sobre o casamento", cit., 162-167, 182, por tener en cuenta el afianzado poder marital originado en el matrimonio godo, el similar matrimonio por raptó con aquiescencia de la raptada (aunque allí la iniciativa es femenina: ¿es siempre masculina en este caso?), y la imposibilidad por parte de los padres de exigir una pena pecuniaria al marido, se decide por entenderlo como un *tertium genus*, matrimonio (existe intención matrimonial en la mujer) válido ilícito o ilegítimo, no reconocido pero tolerado. Tal consideración, no obstante, debe partir de la apreciación que ahora sigue. Rafael GIBERT, "El consentimiento familiar", cit., 720-722, no considera estructurado el discurso legal de forma que el matrimonio válido pero ilegítimo se presente como caso fundido con el de la negativa parental, a propósito del cual aparece la mención de la *potestas parentum*, sino que, antes bien, interpreta cómo la *potestas parentum* permanece invariable tras la negativa parental por cuanto no ha llegado a contraerse el matrimonio, y cómo es cuestión distinta si el texto legal, a renglón seguido, resuelve lo que ocurre si, pese a la voluntad contraria, la unión rebelde se produce. Amén, BA [= Gustavus HAENEL, *Lex Romana Visigothorum*

sanción no importa tanto en la ley (matrimonios indeseados que parecen más bien un fondo paisajístico que propiamente su objeto) como el conseguir fiscalizar la conducta y garantizar las transacciones patrimoniales. La ley intenta reconducir relaciones jurídicas que siguen caminos impropios y que tienen, a sus ojos, un motor femenino (“Si puella ingenua ad quemlibet ingenuum venerit [...]”, “Quod si absque cognitione et consensu parentum eadem puella sponte fuerit viro coniuncta [...]”), de suerte que, antes persuasiva que represora, cambia la posible yugulación de la voluntad de la libre por una desesperada y soterrada valoración negativa de su naturaleza. Por lo que atañe a la desheredación, en la sucesión intestada de los padres, como consecuencia del matrimonio *sponte* de la mujer, en realidad ya estaba presente en la legislación de Eurico a propósito de la sucesión *¿testada, también intestada?*³³, en CE 320,2³⁴; por lo tanto, su reiteración, que incluye ahora la exclusión probable a través de la *gratia*, no puede ser el fin verdadero de la norma; en su lugar, lo que ahora preocupa, dada la condición libre de los unidos, es un desconsolado reconocimiento de, con pretensión de embridar, la voluntad de la mujer libre, la

ad LXXVI librorum manu scriptorum fidem recognovit, septem eius antiquis epitomis, quae praeter duas adhuc ineditae sunt, titulorum explanatione auxit, annotatione, appendicibus, prolegomnis (Aalen, 1962), PS [= *Pauli Sententiarum*] 2,20,2 *Interpretatio* recogía ya la permisividad hacia uniones *sine voluntate patrum* entre *liberi*: para su sentido, en relación además con la previa *sententia*, de nuevo Paulo MERÊA, “Sobre o casamento”, cit., 169-172.

33. Así Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 255-256, cree que CE 320,2 trata de la sucesión testada. Jesús LALINDE ABADÍA, “La sucesión filial en el Derecho visigodo”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 32 (Madrid, 1962), 125, piensa que la desheredación por contrariar la voluntad fraterna a la hora de contraer matrimonio sólo puede entenderse en relación con la sucesión intestada, puesto que si “(...) hubieran dispuesto a favor de las hijas solteras es presumible que la voluntad expresamente manifestada de los padres habría de prevalecer por encima de la ausencia del consentimiento fraterno para el matrimonio”. La estructura del discurso de CE 320 parece propugnar la solución de d'ORS, como él mismo se encarga de señalar. Al margen de este dato, que no es baladí, la solución de LALINDE ofrecería una coincidencia entre la desheredación de CE 320,2 y la de *ant. LV 3,2,8* que parece decisiva. No obstante, *¿por qué ant. LV 3,2,8* abre la puerta a las *donationes* testamentarias, expresamente, si CE 320,2 parte de un indubitado mantenimiento de la voluntad paterna en tal sentido? *¿Acaso el tiempo ha podido hacer temblar esa indudable prevalencia?* Ahora bien, *¿cabe exigir de CE 320* la referencia a la sucesión testada si todos sus apartados versan sobre la intestada? Por otro lado, *¿no se trataría de otra relajación paralela en sede de sucesión testada a la gratia* aplicable en la sucesión intestada, en relación con un CE 320,2 comprendido a la manera de d'ORS (Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 256 nota 859, considera que la plena disposición de lo recibido testamentariamente equivale a un perdón)? Para tomar postura, diré que, pese a las dudas, parece más lógico el razonamiento de LALINDE. Porque CE y LV parten de una diferencia, pese a su similitud: en CE la unión sin consentimiento familiar se produce muertos los padres, en tanto en LV se produce vivos los padres (o al menos éstos han expresado su desacuerdo); si LV, aun vivos los padres, salva las disposiciones testamentarias, es difícil creer que CE deshereda testamentariamente a la hija por una unión que no alcanzaron a ver los padres; LV regularía las disposiciones testamentarias porque *están por llegar*, luego es preciso despejar vacilaciones sobre si pueden hacerse, mientras que CE no tiene que mencionarlas porque *ya fueron* y los padres no se enfrentan a ellas visto el problema de la unión indeseada.

34. Guilherme BRAGA DA CRUZ, “A sucessão”, cit., 774, 783-784, entiende que la incapacidad sucesoria de las hijas debe excluirse en los supuestos de inexistencia de hijos varones, pues sería muestra de un principio de masculinidad con rigidez del todo extraña a CE.

atenuación posible (enderezadora: por aquella condición libre, repito, de los desencaminados) del juego de la desheredación, junto a la puerta abierta testamentaria.

Si *ant.* LV 3,2,8 regula, por lo visto, la intención matrimonial válida ilícita de la libre, *ant.* LV 3,4,7 regula la actividad de la mujer libre dirigida al *adulterium*, esto es la actividad sexual de la mujer libre sin propósito matrimonial³⁵, cometido en casa ajena, ya que si el *adulterium* de la hija, libre o no (deshechas las diferencias sociojurídicas por la gravedad del caso), se produce en casa del padre, éste, o los hermanos o el tío paterno tras el óbito de aquél, tiene, de acuerdo con *ant.* LV 3,4,5, la potestad de matarla o de, si decide no poner fin a su vida, hacer con ella y el varón lo que quiera³⁶. La respuesta legal al comportamiento adulterino de la libre sigue el espíritu de la regulación del matrimonio válido ilícito. Sin embargo, la exigencia de la entrega del *pretium* a los padres se acompaña en la ley 7 de una determinación de su cuantía que sugiere un matiz especial. La cuantía de la donación marital no se define necesariamente por la voluntad expresada por los padres en los esponsales, sino que puede ser fijada en convenio alcanzado por la propia pareja. A mi entender, se trata de relajar las exigencias con vistas a lograr el matrimonio, en consonancia con el deseo de que el varón no se niegue a él, potestad masculina a la que parecería aludir la expresión “(...) et ipsam ille uxorem habere voluerit (...)” y que dejará clara terminantemente *ant.* LV 3,4,8: este sobrevalor de la voluntad varonil, esta posible negativa al matrimonio, es un condicionante que por otro lado el matrimonio válido ilícito de *ant.* LV 3,2,8 no presentaba (antes bien un varón más activo y convencido de la unión, aun cuando no de sus vías formales estrictas) y que expresa la mayor dificultad de convalidar esta situación de *adulterium*, en la que la mujer libre se ha puesto al margen de las intenciones matrimoniales que harían más comprensible, y menos escandaloso, su desvarío. Entre el castigo por la vergüenza y el intento de sanarla se entiende, además, el quedar la mujer al margen de la sucesión intestada en todo caso, incluso perfecto el matrimonio, aunque quede así, en fin, salvo voluntad otra de los padres.

Cosa distinta es que exista pacto de esponsales previo, como es debido. Se deshacen entonces las diferencias sociojurídicas, de manera que en tal supuesto ninguna hija desposada, libre o no, debe vulnerar el pacto y atreverse a tender hacia otro pretendiente y a negarse a ser dada al pretendiente lícito, violando la voluntad paterna, so pena de quedar, ella y el pretendiente ilícito, bajo la potestad

35. Así lo entiende Paulo MERÊA, “Sobre o casamento”, cit., 165 nota 17. Rafael GIBERT, “El consentimiento familiar”, cit., 722, aprecia una mayor proximidad, en cuanto a lo que de intención matrimonial pueda haber, entre *ant.* LV 3,4,7 y *ant.* LV 3,2,8 en el caso de que se haya producido el matrimonio.

36. Es lo que José María GARCÍA MARÍN, “La legítima defensa hasta fines de la Edad Media. Notas para su estudio”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 50 (Madrid, 1980), 422-423, llama legítima defensa *honoris causa*; asimismo, Manuel TORRES AGUILAR, *El parricidio. Del pasado al presente de un delito* (Madrid, 1991), 91-92. Cf., por otra parte, BA,PS 2,27,1, donde el *ius occidendi*, según Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 145, no tiene por qué reflejar influencia germánica, sino que se incardina en la tradición jurídica romana vulgar.

del lícito. El objeto de la ley, *ant.* LV 3,1,2, es, nítidamente, no convalidar una situación, sino anular todo acto contra el pacto esponsalicio, identificado con la voluntad paterna hasta tal punto que ni la complicidad de la madre, hermanos u otros parientes, ni la misma muerte del padre, pueden revocarla haciendo válido, ni aun ilícito, el matrimonio³⁷.

Así, la existencia o no de esponsales, y la condición sociojurídica a falta de éstos, encarrilan las posibilidades de la mujer de tomar marido por sí misma, por una parte. Y por otra parte, en la negociación de los esponsales, y al margen de la condición sociojurídica de la mujer, el padre mantiene una posición preeminente. Y su figura es límite del poder de decisión de los restantes miembros de la familia. De hecho, la subordinación de la hija se entiende si se plantea respecto del padre, pero parece una derivación forzada entenderla sin precauciones respecto de los hermanos. Por eso la ley intenta prever y responder al no siempre recto comportamiento de la parentela, fallecido el padre. Lo refleja la mencionada *ant.* LV 3,1,2, que contempla la actitud de los hermanos, encargados de negociar los esponsales tras la muerte del padre, como sospechosa. *Ant.* LV 3,1,8 conoce a los hermanos que demoran el desposorio o rechazan dos o más pretendientes de su hermana con el fin de forzar la iniciativa de ésta, conducta que saben merecedora de desheredación, y combate esta fraterna malicia al excluir justamente la desheredación de la mujer si, ante tales presiones, toma marido. Por consiguiente, si la inexistencia de esponsales permite soluciones flexibles y la existencia de esponsales otorga respuestas rígidas, la falta de esponsales sin culpa de la mujer amplía su capacidad de maniobra.

37. Rafael GIBERT, "El consentimiento familiar", cit., 716, cree, al contrario, que se trata de un matrimonio no nulo, sino válido e ilegítimo, por la intención matrimonial del varón entrometido y por la dación de consentimiento por, en el supuesto de intromisión de, los parientes. Pero la ley no deja dudas en tal supuesto: "(...) ut voluntas eorum non habeat firmitatem, sed ipsi, sicut superius diximus, ambo tradantur cum omni substantia sua illi, cui antea fuerat disponata". La falta de *firmatas* de la unión queda complementada por la nueva situación de los ilegales, que hace complicada la viabilidad de un matrimonio, aunque ilícito, válido, al margen de que sería extraño entregarlos al pretendiente lícito en condición de cónyuges, aun ilegítimos. Por otra parte, el sentido de la ley otorga suficiente trascendencia a la voluntad paterna, así su persistencia ya difunto el padre, para que sea difícil pensar que puede ser sustituida, no *praeter*, sino *contra*: recuérdese, a la par, *ant.* LV 3,3,4, el castigo que reciben los hermanos que se hacen cómplices del raptor de la hermana en vida del padre. La referencia a la madre, al aludir a la persistencia del pacto esponsalicio muerto el padre, quizá pudiera jugar a favor de la admisión de la sucesión de la voluntad del fallecido por la voluntad, sólo, de aquélla (¿por presumiblemente presente en los tratos? ¿siempre y cuando haya estado presente en ellos? ¿siempre y cuando haya hecho algo más que presenciarlos?: la *interpretatio* de BA,CT [= *Codex Theodosianus*] 3,5,7 no admite, expresamente, una voluntad de la madre apisonadora de la del padre finado): *sensu contrario*, vivo el padre, nadie puede suplir ni alterar su voluntad. No obstante, en el supuesto básico, en la vulneración de la voluntad paterna sin injerencias de terceros, la ley reza: "(...) nullo modo facere permittimus": no se trata de enmendar lo que se ha hecho, de convalidar lo que se ha hecho: se trata simplemente de que no está permitido hacerlo y de que tal hecho (como luego se corrobora) no es válido. El propio GIBERT, *Ibidem*, admite que "(...) en todo caso, la ley no se ocupa aquí de regular las consecuencias del matrimonio celebrado sin consentimiento de los parientes, sino las del que quebranta anteriores esponsales".

La sospecha sobre la parentela que amenaza usurpar o desnaturalizar el poder del padre no sólo se produce advertido el suceso de la muerte del progenitor, sino en vida de éste. Así, la sospecha recae sobre los hermanos, de nuevo, en *ant. LV 3,3,4*. Sobre los hermanos que, vivo el padre, se hacen cómplices del raptor de su hermana, y sobre los que fallecido el padre participan en o consienten el rapto de su hermana. Son sometidos por su acción antilegal a pérdida de la mitad de su patrimonio, que acrece el de la hermana, recompensada entonces por la deshonra sufrida, y a flagelación, salva la vida³⁸: la pena se impone por atentar contra el honor de la hermana, al producirse la *traditio* contra su voluntad, gozo de un vil sujeto dedicado a una actividad deshonesta. Si la voluntad de la mujer está sometida a los actos previos de manifestación de una voluntad paterna prevalente, ni siquiera el silencio de ésta puede ser vía para que medren otras, que deben quedar integradas en la protección de la mujer, absorbida en la potestad, que caracteriza al padre. Realmente, ese deber inyectado en la voluntad parental protectora no puede ser manchado con infamia ni por la propia voluntad femenina protegida, en rebelión contra los designios de su protector, y así, según *ant. LV 3,3,2*, si el rapto degenera en *coniunctio*, raptor y raptada se enfrentarán a la pena capital (o, si se refugian en lugar sagrado, a su separación y servidumbre de los parientes)³⁹. Si la voluntad de la mujer no se tuerce, el rapto felizmente resuelto no redundo sino en su beneficio, por igual que en el de su esposo, a través de las sanciones patrimoniales y personales impuestas al raptor, conforme a *ant. LV 3,3,5*.

Así las cosas, sobre uniones extraesponsalicias y sponsalicias, sobre la influencia de la condición sociojurídica en las primeras y sobre la voluntad predominante en las segundas, una extravagante voluntad de un personaje extravagante asalta una ley desafiando a una interpretación dificultosa. ¿Quién es esa extraña mujer “(...) que in suo consistat arbitrium (...)”, concertadora de sponsales en *ant. LV 3,4,2*?

Paulo Merêa, entendiendo *arbitrium* como sinónimo de *potestas* y el giro expresivo citado como contrapuesto a *puella*, la identifica como la mujer *sui iuris*, independiente de la familia para casarse: no sólo la viuda, sino también la huérfana, no sometida, pues, a la *potestas parentum* (sin que el jurista admita *potestas* de los propinuos), o la divorciada; en efecto, si se tratara tan sólo de la viuda, sería inexplicable,

38. Exceptuar la pena de muerte implica, a juicio de Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 140, que fue la pena propia de este delito, aun acompañada de otra.

39. No le parece a Rafael GIBERT, “El consentimiento familiar”, cit., 724, que la pena impuesta a la raptada que se une a su raptor esté “(...) muy conforme con la posibilidad de matrimonio ilegítimo que tenían los que se unían sin el consentimiento de los padres”. Los supuestos contemplados hasta ahora son el de unión precedida de sponsales y el de unión no precedida de sponsales. En el primer caso el contenido del pacto debe respetarse, y si no ocurre así el matrimonio será nulo; en el segundo caso, la condición libre de los sujetos fuerza cierta flexibilidad en la situación, conduciendo a matrimonio válido ilícito. Otra cosa es un rapto, ante el que se responde según lo expuesto, por regla general; en el caso de los sujetos de condición libre, la flexibilidad anterior, que daría lugar a ciertas situaciones confusas en la línea de lo comentado por GIBERT, obligaría a ofrecer una respuesta legal más precisa, para lo cual se promulga *ant. LV 3,3,1*, que, como se verá, tiene en cuenta el respeto de la virginidad y no establece una pena tan grave.

como dice Merêa, sustituir tan breve palabra por tan rara expresión o por la genérica palabra *mulier*⁴⁰. Sin embargo, y ahora frente al jurista, la ley no contrapone directamente *mulierem, que in suo consistat arbitrium* a *puella*, sino que distingue entre lo que *fuert definitum inter sponsum et sponse parentes* y lo que *fuert definitum cum ipsa forsitam mulierem, que in suo consistat arbitrium*, de suerte que, dados estos actos, *postea* se complementan *puella* y *mulier* para resolver. Tampoco parece lo mismo *arbitrium* que *potestas*: en las leyes hasta ahora citadas la sustitución por sinonimia no se produce, y no es lógico pensar que el cambio terminológico, precisamente en sede en la que tal verborrea sorprende por original, sea caprichoso. Creo que, teniendo en cuenta el planteamiento legal de la *potestas coniunctionis*, los tipos de matrimonios imaginados, más la relación en esta ley entre *puella* y *mulier* y entre los dos modos de esponsales, la mujer *que in suo consistat arbitrium* es la mujer *que insiste in su voluntad*. La regulación tendría, pues, el siguiente sentido. La ley protege al esposo afectado por *adulterium*. Protege al esposo afectado por *adulterium* que negoció con los parientes de la mujer por vía regular. Y protege al esposo afectado por *adulterium* que se unió a una mujer por vía irregular (inexistentes esponsales, con ánimo matrimonial: *ant. LV 3,2,8*), en ciernes la formalización válida de sus propósitos matrimoniales desde una situación de ilicitud. Ley hermanada con *ant. LV 3,1,2*, viene a matizar nítidamente la generalidad de la solución de la nulidad del matrimonio nacido de la violación de esponsales, cualquiera que haya sido el origen, lícito o ilícito (que no válido o inválido) de su realización.

Junto a las múltiples circunstancias que influyen en el éxito o fracaso de la perfección del matrimonio debe añadirse otra de intenso interés y que recupera la influencia de la condición sociojurídica de los esposos en la arquitectura de la estructura familiar y que condiciona su construcción. Me refiero a la exigencia de que los contrayentes del matrimonio pertenezcan a la misma condición sociojurídica. Esta exigencia es destacada en *ant. LV 3,1,8*, al requerir de la mujer que toma marido, perjudicada por sus hermanos, demoradores dolosos de sus esponsales, que lo tome *natalibus suis equalem*; con un discurso rebuscado y confuso, la lógica sanción frente a conducta contraria a la norma se concreta en la pérdida por la mujer de la cuota hereditaria divisa o indivisa del patrimonio de los padres (no de los hermanos u otros parientes) en el caso de que tome marido de condición inferior si la demora de los hermanos no tenía como causa la maquinación contra ella sino la obtención de un mejor partido; parece claro que se posibilita el matrimonio con igual exista dolo o no exista⁴¹, con lo que la mención del dolo o de la buena fe es una mera descripción

40. Paulo MERÊA, "O dote", cit., 40-48 [Excurso, Aditamento]. Cf. Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 146 y nota 409.

41. Rafael GIBERT, "El consentimiento familiar", cit., 718, frente a Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 215-216, no considera decisiva la buena o mala voluntad de los hermanos. Parece que, para el jurista, el razonamiento sería: si la mujer, retrasado el desposorio, toma marido igual, vale, y si inferior, queda desheredada, con independencia de si el retraso es doloso o no. Diría que la ley distingue entre *suspendere* y *morari*: que el matrimonio sea suspendido presume dolo, y así se explica la ley, y posibilita a la mujer casarse con un igual; que el matrimonio se demore presume buena fe, y así se explica la ley, reduciéndose entonces la sanción a si en tal caso la mujer toma como marido a sujeto de condición inferior.

de ánimos que no determina la solución jurídica, al estar vinculada la sanción no a la existencia de buena fe en los hermanos sino al matrimonio con inferior: ¿o, al contrario, sería absurdo pensar que, antes que pura retórica, la sanción sólo se aplica en caso de buena fe de los hermanos porque de existir dolo el matrimonio con igual no es tanto resultado de una coacción como de una coerción, degradada la autoridad de aquéllos? Como razona Enrique Gacto, se vela por mantener en la familia el principio de autoridad representado por el padre o los hermanos: quedaría a salvo éste en matrimonios pactados por aquéllos con sujeto inferior también aceptado por la hija, pese a que “La opinión pública, aun desaparecidos los impedimentos legales, tomaría en consideración, ahora como antes, la desigualdad social de las partes como indicio seguro de un concubinato”, si bien “(...) este sentimiento, por arraigado que estuviera en la conciencia social, no recibió una confirmación jurídica y pudo ser superado sin más requisito que la celebración pública del matrimonio (...)”⁴². Así pues, la realidad podría matizar el sueño jurídico de que la mujer, por sí sola, no puede elegir varón de condición sociojurídica inferior.

Si la superioridad sociojurídica no es cosa de poca monta a efectos de contemporizar frente a situaciones irregulares, la igualdad sociojurídica requerida de los cónyuges es muestra del inmovilismo jerárquico que repugna el corte del árbol que sitúa al libre por encima del siervo. La igualdad sociojurídica conyugal taponaba filtraciones. Amén de la última ley, CE 310,5 y *ant.* LV 5,3,1 establecen que el patrono debe conseguir para la hija del bucelario que se encuentra bajo su potestad un marido de su condición. *Ant.* LV 3,1,7 exige la condición igual del pretendiente que entra en tratos con la familia de la pretendida. La repugnancia hacia mixturas sociales es tan fuerte que viene a integrar circunstancias matrimoniales y adulterinas. En *ant.* LV 3,2,2 se aplica la pena de muerte⁴³, por vivicombustión tras flagelación pública, a la mujer libre que comete adulterio o pretende como marido, esto es que se une sin intención matrimonial o con ella, a su siervo o liberto, así como a éste mismo, salvo si obtienen asilo eclesiástico, en cuyo caso quedan reducidos a servidumbre de a quien el rey los done; sucederán en sus bienes a la mujer los hijos legítimos nacidos de la unión con otro varón, no los nacidos de la unión detestable, o, en su defecto, sus propincuos hasta el tercer grado, o, en último defecto, el fisco. *Ant.* LV 3,2,3 plantea el mismo supuesto en relación con mujer libre y siervo ajeno, estatuyendo su separación (y no su muerte, frente al supuesto anterior, acaso por la razón de *Levítico* 19,20), y cien azotes, que se repetirán si reinciden en su unión, como si re-reinciden: *trina denuntiatio* que conduce en última instancia a que la mujer quede bajo la potestad de sus parientes, y sólo si éstos la liberan bajo la del dueño del siervo; los propincuos suceden a la mujer en su patrimonio y los hijos ilegítimos siguen la condición del padre; la extensión de la represión al varón libre que copula con siervas ajenas es la muestra evidente de que la jerarquía social se

42. Enrique GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español* (Sevilla, 1969), 16-17.

43. La ley habla de la separación de los unidos, tras haber hablado de la imposición de la pena de muerte. Como asegura Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 231-232, la ley funde y confunde lo que en BA,CT 9,6,1 eran diferentes respuestas para un mismo acto cometido *ante legem* y *post legem*.

impone a la valoración de la naturaleza sexual. La impermeabilidad de grupos sociojurídicos prima con sus prejuicios jerárquicos, empujados a la oscuridad del fondo de la pirámide los frutos de la abominación, con el fatalismo con que *Sabiduría* 3,16 predice la desaparición de la semilla de las uniones ilegítimas, cómo los hijos de los adúlteros no verán la madurez. Pero el error ampara al superior sociojurídico como túnel de huida de la desgracia. Así toma importancia la regulación de situaciones ambiguas, como la del siervo fugitivo fingidor de su libertad y unido en matrimonio a una mujer libre, en *ant.* LV 9,1,15: la mujer libre, dado este matrimonio putativo, es protegida, manteniendo su condición, que siguen los hijos, e incluso permitiéndole no separarse del siervo si así lo desea y el dueño de aquél no lo contraría⁴⁴. Ya que el superior ignoró, erró, no cometió pecado, no merece la caída y deviene ser salvífico para sus prójimos, mantenidos a su vera, lejos del pozo sociojurídico, los frutos de la unión y el quizá elevado costillar.

En estos márgenes sociojurídicos queda, pues, la mujer, ante el matrimonio. La discriminación gravita sobre ella, y ella es la protagonista casi absoluta de la patología. No obstante, en tiempos de Recaredo, el canon 10 del III Co. Toledo se manifestará por que las viudas no sean casadas con quienes su voluntad repele, y por que así sea con las vírgenes, mas con la vista puesta, al tiempo y aligerando excesivas novedades, tanto en su voluntad como en la voluntad de sus padres; el canon 14 añadirá, a los límites sociojurídicos, límites religiosos: ninguna católica puede ser cónyuge o concubina de judío. Mientras, el varón, libre de cortapisas, puede casarse llegado a la adolescencia, tras la muerte de sus progenitores, a los que vivos corresponde otorgar (*ant.* LV 3,1,7; *ant.* LV 3,1,1⁴⁵), con quien quiera, como, según se vio, reza *ant.* LV 3,1,7.

44. ¿Tal vez por el deber establecido en *Deuteronomio* 23,16-17, según el cual no se entregará al siervo que junto a uno trató de salvarse huyendo de su amo?

45. Es ésta una ley cuyos antecedentes y consecuentes han sido muy discutidos, y que en principio aquí no debería ocupar espacio, por cuanto indiscrimina sexualmente. Pero quizá refleje otros tiempos en los que la discriminación sexual operaba. La prohibición de matrimonios mixtos es un tema especialmente meditado, y no merece ser despachado en pocas líneas. No cabe resistirse, pese a todo, a algún comentario. Alfonso GARCÍA-GALLO, "Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda", *Anuario de Historia del Derecho español*, 13 (1936-1941), 197-201, defiende la procedencia euriciana de la *antiqua*: dice que "Como antes de Leovigildo encontramos varios matrimonios de godos con romanas entre gentes de clase elevada, cuya conducta, de ser contraria a la ley, hubiera producido un mayor escándalo, creemos que no puede sostenerse que la ley derogatoria procede de Leovigildo"; en cuanto a BA,CT 3,14,1, entiende que su referencia a los *barbari* afecta a los extranjeros y no incluye a los visigodos, por lo que la norma no versa realmente sobre los matrimonios mixtos godo-romanos. Paulo MERÉA, "Para uma crítica de conjunto da tese de García Gallo", *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra, 1948), 232-248, no considera rebatible la atribución a Leovigildo de la *antiqua*, que sería reacción contra la prohibición de los matrimonios mixtos de BA, y, por diversas razones alegadas, insiste en entender a los visigodos como sujetos afectados por la norma; a la par, la existencia de matrimonios mixtos anteriores a Leovigildo no es, en su opinión, un argumento que manifieste más que eventuales dispensas que no embaten la vigencia general de la prohibición. Álvaro d'ORS, "La territorialidad del Derecho de los visigodos", *Estudios visigóticos*, 1 (Roma-Madrid, 1956), 102-105, atribuye también la ley a Leovigildo, y, contra ZEUMER, *Historia*, cit., 212, no la cree dirigida contra una anterior ley

3. *Negotium feminae*

Si la mujer ocupa un ámbito jurídico, como lo ocupa el varón, siendo mayor o menor su equiparación con éste, su libertad se cifra no sólo en un cotejo de zonas sino, trascendentemente, en la capacidad para defender la propia. En *ant.* LV 2,3,6 la mujer queda facultada para la defensa procesal de su posición jurídica. Así, cuando, si no cabe que actúe *per mandatum* en un proceso, no se prohíbe que, en relación con el objeto que le concierne, sea sujeto activo de la causa. A la sazón, el marido no puede participar en el pleito cuyo objeto atañe a su mujer sin su *mandatum*, salvo si presta caución cara a que la mujer no rechace los términos en que resulte definido el fallo y a que, si el rechazo se produce, soporte él la cláusula penal contenida en la caución prestada. Si, pese a todo, el marido actúa sin su *mandatum* y es vencido, puede la mujer promover un nuevo procedimiento, que de terminar en una resolución igual a la anterior, demostrándose así la no indebida actuación del marido, repercutirá en indemnizaciones a favor de la parte de nuevo atacada y del juez que primero entendió⁴⁶. La definición sustantiva de la posición jurídica de la mujer se propulsa así, frente al vacío de lo puramente declarativo, en una abierta emancipación jurídica por el campo (de la hora de la verdad) de lo contencioso.

de Eurico, sino contra la disposición de BA, la cual aludía en efecto a la prohibición de matrimonios mixtos, mas con "(...) un valor puramente teórico": "(...) era una ley sin aplicación". Otra interpretación de la prohibición de los matrimonios mixtos, aguzando el problema religioso, ha mantenido Ana María JIMÉNEZ GARNICA, "El origen de la legislación civil visigoda sobre la prohibición de matrimonios entre romanos y godos: un problema de fundamento religioso", *Anuario de Historia del Derecho español*, 55 (Madrid, 1985), 742: "El rey Eurico (...) bien pudo reactualizar la prohibición de los matrimonios mixtos entre *Gothi et Romani* (...) Y, si no fue él el autor, también pudieron serlo Teodorico II, o bien Alarico II (...) Indudablemente la intención de cualquiera de estos tres reyes no habría sido impedir la fusión étnica de los súbditos de su reino, sino evitar que el arrianismo perdiera fuerza al diluirse en un medio urbano, mayoritariamente ortodoxo, o en el rural, donde todavía persistía el paganismo (...)". ¿Pudiera ser que la prohibición de matrimonios mixtos que se produce en BA, en los términos romano-goda, romana-godo, debiera ser contrastada con una ley o costumbre goda, escrita o no escrita, de acuerdo con la cual los visigodos admitieran inicialmente la unión godo-romana, pero no la unión romano-goda, propuesta de preservación de la propia mujer goda, de casarse sujeta como *uxor* a la *potestas* de un varón de otra raza, de suerte que Leovigildo se hubiera encargado, no ya de derogar la prohibición, sino de extender la permisión godo-romana a romano-goda, "Ut tam Goto Romana, quam Romano Gotam matrimonio liceat sociari", siendo la *prisca lex* bien la ley romana absolutamente excluyente, bien su propia ley tal vez consuetudinaria parcialmente excluyente, o ambas en un *totum revolutum* intrascendente ya por los avatares mezcladores de las cosas? En cuanto a la necesidad de que los matrimonios mixtos precisaran, junto a la aprobación por la prosapia, del consentimiento del *comes*, resulta sugestiva la pregunta de Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 214: "(...) ¿no será acaso que "permittente" se hubiera colocado originariamente, no junto, sino en lugar de "comite"?"

46. Cf., en principio, por su semejante espíritu, BA, CT 2,12,4 y 5, 9,1,2, y BA, PS 1,2,2. Respecto a si mayor influjo sobre la ley tuvieron las fuentes romanas antiguas o el propio BA, y a la medida en que se distinguen, vide Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 184, Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 57, y Carlos PETIT, "De negotiis causarum (I)", *Anuario de Historia del Derecho español*, 55 (Madrid, 1985), 227 y nota 151.

4. Honestas

La honestidad es virtud, siempre como un fondo indeleble religioso de las relaciones matrimoniales, prematrimoniales y postmatrimoniales. Así ha podido apreciarse en instituciones reseñadas, y podrá apreciarse en otras. En el *in facto esse* del matrimonio, procreación y adulterio se yerguen como faces positiva y negativa de su desenvoltura. Se exige honestidad a la mujer, y el grupo familiar debe encargarse de su tuición, en todo momento. Así, en *ant.* LV 11,1,1, ante la necesidad de practicarle la flebotomía, se requiere la presencia de la familia, como vigilante de que nada ocurre que contra su honestidad atente: el atreverse a intervenir el médico sin observar las medidas respecto de la presencia de terceros merece sanción pecuniaria, ya que prima la consideración, desveladora del propio juicio que merece la naturaleza masculina, de que en tales situaciones no hay forma de que no sufra el médico una elevación de la temperatura por sí sola repugnante. El hábitat del auxilio médico sólo se toma en consideración cuando la mujer es libre, y sin especificar si la deshonra tiene como motor el deseo masculino o el femenino⁴⁷. La condición sociojurídica concede mayor o menor valor a la virtud de la honestidad y, como se observó, relaja también en ciertos momentos la presunción de la deshonestidad, o al menos sus consecuencias.

5. Propagatio prolis

La posición sociojurídica juega también en la represión de los actos contra la procreación deseable y sanadora de la cierta corrupción sexual ínsita al vínculo del matrimonio. La procreación convalida la deshonestidad sexual propia del matrimonio (se toma mujer para *in coniugio copulare*, según, v. gr., *ant.* LV 3,2,6). El trance preciso para la procreación es sanado por el fin; que el fin de la procreación es sano lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que haber quedado en estado no sea impedimento para que una mujer, grávida, pueda recibir el bautismo, como advierte el canon 54 del II Co. Braga. El valor de la mujer antes del matrimonio reside en la conservación de la virginidad (como perla de honestidad y valor de cambio para futura transacción; cf. *Deuteronomio* 22,13-21 y *Sabiduría* 3,13), pero, acaecido aquél, su valor reside justamente en una actividad antivirginal, convalidada por el fin de la procreación, tal y como el matrimonio es camino para enjaular la impureza del sexo (mejor es el celibato que el matrimonio, pero, sin duda, mejor es casarse que abrasarse) según *I Corintios* 7,1-9 y 25-39. La procreación da sentido al sexo en el matrimonio y lo justifica religiosamente: “(...) nam dum causa propagandae prolis sortiantur coniugia (...)”, como reza el canon 17 del III Co. Toledo⁴⁸. Y, desde

47. Vide Carlos PETIT, “Lex Visigothorum 11,1: De medicis et egrotis”, *Cuadernos de Historia de España*, 67-68 (Buenos Aires, 1982), 10-14.

48. Richard B. LYMAN, Jr., “Barbarie y religión: la infancia a fines de la época romana y comienzos de la Edad Media”, en Lloyd de MAUSE (ed.), *Historia de la infancia* (2ª reimpr., Madrid, 1994), 107-108,

un punto de vista socioeconómico, aumenta las expectativas del grupo familiar. Por lo tanto, no es de extrañar que, dirigido el sexo matrimonial a la procreación, el aborto sea un crimen. Y las leyes de LV 6,3 *ant.* se preocupan por el castigo del aborto, con el que la mujer viola su honesta condición: leyes que Álvaro d'Ors ha estudiado concienzudamente⁴⁹.

La ley 1 castiga con la pena de muerte el aborto provocado en la madre (norma 1); y castiga el aborto provocado o maquinado por la madre (norma 2), con mayor fuerza al tratarse de mujer libre (indignidad y servidumbre) que al tratarse de mujer sierva (flagelación). La ley 2, tras contemplar con generalidad los métodos para el aborto (sin traumas discursivos: *per potionem* seguiría siendo, como en la ley 1, el principal medio, *quocumque hictu* otro), establece especial castigo para el aborto con resultado de muerte para la madre de condición libre, penado como homicidio; si la muerte de la madre no se ha producido, y amén de ser libre la madre lo es el provocador del aborto, se impone sanción pecuniaria (mayor si el *nasciturus* estaba formado que si no); la ley 3 decreta las mismas sanciones para la mujer libre que provoca el aborto en mujer libre. Las leyes 5 y 4 regulan, respectivamente, mayor castigo para el siervo que provoca el aborto de una mujer libre (flagelación y entrega en poder de la libre) que para el libre que provoca el aborto de la sierva (sanción pecuniaria de veinte sueldos). La ley 6 reconduce el problema del aborto, de ser un siervo el que provoca el aborto de sierva, a un problema de satisfacción económica (pago de sueldos al dueño de la sierva), sin que el siervo escape a la flagelación.

Ahora bien, deben ser acomodados los supuestos posibles de aborto a las concretas normas legales, ensayando una interpretación de éstas. Son 36 las posibilidades de abortos calificados distintamente, según sea la madre sujeto activo o meramente pasivo del delito, según la condición libre o servil, masculina o femenina, del provocador, según la condición libre o servil de la mujer que lo padece, según el carácter consentido o no consentido del aborto provocado, según el resultado de muerte o no derivado del aborto; entendiendo, claro es, la combinatoria eventual de todos estos elementos.

a) La ley 1, norma 2, se ocupa del aborto provocado por la madre, sierva o libre. Del aborto consentido, obviamente, pues se trata de un aborto que ora provoca ora maquina: "(...) *potionem ad avorsum facere* quesibit (...)". ¿Y del aborto no consentido? Imagínese que la madre tomó la poción, maquinación ajena, sin ser forzada, pero sin conocer los efectos del brebaje. Parece lógico pensar que el supuesto

ofrece algunos ejemplos curiosos relativos a la valoración religiosa de la virginidad, el matrimonio y la procreación: así, una reflexión de Clemente de Alejandría entendiendo a la Iglesia como una perfecta *no mujer*, por poder ser al tiempo virgen y madre; u otra de San Jerónimo, ensalzando el matrimonio, aun situando a las casadas por detrás de las monjas, porque produce vírgenes.

49. Y a las que atribuye un origen euriciano, sobre el que se producirán las alteraciones de Leovigildo: Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 122. Vide también José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del "nasciturus" en el Derecho español* (Madrid, 1946), 72-75: pone de relieve la influencia agustiniana en la distinción entre *infans* formado y no formado, cuestión a la que aludiremos, y, respecto de estas leyes en general, la mezcla de la idea de protección al concebido con la idea de composición del perjuicio sufrido por la madre o su dueño.

de aborto provocado *por* la madre sin su propio consentimiento debería formar parte de los casos de aborto provocado *en* la madre sin su consentimiento, si existe una voluntad dolosa o culposa, o, de no ser así, de casos fortuitos en los que a nadie cabría culpar del crimen.

b) La ley 1, norma 1, afecta a los abortos provocados en la madre. También las leyes 2-6 plantean este problema; así, o la ley 1 es obligado interpretarla como simultánea a las demás, o resulta, en alguna medida, sustituida. Si son entendidas las leyes 1-6 como objeto de interpretación simultánea, las especificaciones de las leyes 2-6 paralizan de momento la identificación de los residuos pertenecientes a esta ley 1, norma 1. La posibilidad de residuos informará sobre el alcance de la posible sustitución.

c) La ley 2 regula el aborto provocado en una mujer con resultado de muerte. En una mujer libre.

¿Provocado por un hombre, por una mujer, o en ambos casos? En la medida en que el aborto sin resultado de muerte es tratado a continuación centrándolo en provocador masculino, ocupándose la ley 3 del provocador femenino, sería lógico pensar que el aborto con resultado de muerte se plantea, *a contrario*, tanto para el caso de provocador masculino como femenino.

¿Provocado por un hombre o una mujer libres, o siervos? Si a continuación, respecto del aborto sin resultado de muerte, se especifica la regulación para el provocador libre, y en la ley 5 para el siervo, el aborto con resultado de muerte, relatado genéricamente, debería entenderse susceptible de protagonismo por ambos sujetos de distinta condición sociojurídica.

¿Consentido o no consentido? O bien la gravedad del resultado es tal que el tipo delictivo no concede relevancia al consentimiento habido o no en el sujeto paciente, o bien se trata de supuesto de aborto no consentido por la madre que fallecerá, en cuyo caso el aborto consentido por la madre debería regularlo la norma 2 de la ley 1, si se equipara a aborto provocado por la madre, lo que resulta absurdo, pues es broma macabra la entrega de una fallecida, o bien la norma 1 de la ley 1, con igualdad de pena de muerte que hace irrelevante la interpretación.

Si esta ley 2 plantea el caso de aborto con resultado de muerte provocado en mujer libre, ¿qué ocurre con el aborto con resultado de muerte provocado en mujer sierva? No puede regularlo supletoriamente la norma 1 de la ley 1, porque la pena de muerte resultaría exageradísima, antes bien cabe pensar en la aplicación de las normas sobre el homicidio de siervo y en las leyes 4 y 5 por lo que se refiere al específico delito de aborto.

d) La ley 2 regula también el aborto sin resultado de muerte provocado por hombre libre en mujer libre, como la ley 3 el mismo tipo de aborto provocado por mujer libre en mujer libre⁵⁰, disponiendo sanciones pecuniarias. ¿Aborto consentido

50. Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 124, dice: "Así como en la ant. 2 la pena es por el aborto mismo y no por el *damnum* inferido a la madre superviviente (*et mulier in nullo debilitata fuerit*), pues las eventuales lesiones agravaban la pena, en la nueva ley 3, la *debilitatio* se presenta como

o no consentido? Que regule ambos casos es lo más plausible. Si sólo regulara el caso de consentimiento de la madre, debería aplicarse entonces la norma 1 de la ley 1 al caso de falta de consentimiento, pero la pena de muerte parece excesiva para un libre: de hecho, sería mayor que la que para el siervo que provoca en la mujer libre el aborto establece la ley 5, y, de entenderse que ésta igualmente sólo afecta al aborto consentido, quedando el no consentido también recluido en la norma 1 de la ley 1, igual a la que sufriría el siervo, entonces, bajo la misma regulación, lo que nos enfrenta, de nuevo, al absurdo. Otra posibilidad sería encuadrar el aborto provocado por libre en mujer libre sin su consentimiento en la ley 2, y el aborto provocado con su consentimiento en la norma 2 de la ley 1, esto es en el aborto provocado por la misma mujer grávida, pero indignidad y servidumbre para la mujer que se provoca el aborto y sólo composición pecuniaria para el hombre o la mujer que provocan su aborto sin que ella consienta parece una distribución de sanciones poco razonable. Si la ley 2, entonces, regula ambos casos, en el del aborto consentido puede concurrir la norma 2 de la ley 1 como castigo para la madre, quedando la ley 2 como sancionadora de sus colaboradores. La falta, por otra parte, de una mención expresa de la presencia o ausencia de consentimiento, tan repetida en otros problemas jurídicos, de ser elemento clave de la regulación, resultaría incomprensible⁵¹.

e) La ley 4 medita sobre el aborto provocado en una sierva por un libre⁵². No hay ley que plantee el caso de autor femenino libre, que debe entenderse incluido también en esta ley, pues no puede remitirse a la norma 1 de la ley 1, por lo ilógico de la imposición de la pena de muerte a una libre que causa el aborto de una sierva. Por otra parte, si la sierva consintió el aborto, cabe entre en juego como castigo que debe sufrir el impuesto por la norma 2 de la ley 1.

f) La ley 5 se preocupa del aborto provocado por un siervo en mujer libre. Una vez más debe entenderse *servus* como nombre generalizador que abarca ambos sexos, ante la falta de regulación independiente para el supuesto de autoría por parte de la sierva; bien es verdad que la opción de introducir a la sierva autora en los designios de la norma 1 de la ley 1 queda en pie: la mayor pena para la mujer, en tal caso, puede ser incongruente, pero acaso no, si se piensa en una finalidad de la ley tendente a

resultado en alternativa con el aborto mismo (*aut eam ex hoc debilitasse cognoscitur*), lo que amplía el ámbito del delito, tanto más cuanto no se exigía la intención, sino sólo el resultado objetivo". No me parece que la ley amplíe el ámbito del delito, sino que, más bien, remite los casos en que puede encontrarse la provocadora femenina libre a los casos en que puede encontrarse el provocador masculino libre, a saber, aborto con resultado de muerte, con redundancia (pues ya estaba planteado en la ley anterior para todo caso), y aborto sin resultado de muerte para la madre (en el que hasta ahora se entendía planteado el caso del provocador masculino libre).

51. La inclusión de la falta de consentimiento en la ley 2 puede estar abonada por su presunción en *Éxodo* 21,22, probable precedente de aquella por su distinción entre el aborto provocado en una mujer sin resultado grave para su salud, resuelto con sanción pecuniaria, y el aborto con resultado de accidente grave, al que se aplica la ley del talión.

52. Como advierte Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 125 y nota 320, "El aborto de una sierva, en época de Eurico, debía de estar muy próximo todavía al daño en cosas ajenas, considerándose al feto como una *portio matris* (...)", aun cuando se distinguía entre aborto de sierva y de animales.

yugular un mercado negro de tráfico de abortivos en el que tal vez la mujer, con mayor intensidad y frecuencia que el hombre, jugara un papel protagonista⁵³; no obstante, puede pensarse aún en el vacío de una ley prevista, al modo de las leyes 2 y 3 respecto de los libres, que no fue. Si, por otra parte, el aborto es consentido, la mujer libre podría padecer la pena de la norma 2 de la ley 1. También cabe pensar que, de referirse la ley 5 exclusivamente al aborto consentido, el aborto no consentido igualaría a varón y hembra en la aplicación de la pena de muerte conforme a la norma 1 de la ley 1.

g) La ley 6 plantea el aborto provocado por siervo en sierva. De nuevo, o siervo es voz generalizadora respecto de los dos sexos, o habría que encontrar sede para el aborto provocado por sierva en sierva: pero en este caso, si la sierva que provoca su aborto recibe doscientos azotes, conforme a la norma 2 de la ley 1, resulta difícil entender que la que se lo provoca reciba la muerte conforme a la norma 1 de la ley 1, si el aborto es consentido, e incluso si es no consentido, por lo que de por sí significaría de concesión excesiva de relevancia a la voluntad de un sujeto de condición servil cuando, por demás, la referencia a esa voluntad no queda expresa.

h) La ley 1, simultáneamente, sistemáticamente interpretada, sigue teniendo, pues, un acomodo posible. La norma 2, como afección al consentimiento de la mujer que sufre el aborto, al margen de las sanciones recibidas por los colaboradores. La norma 1, tal vez en el caso legalmente residual de siervas dominadoras de un mercado de abortivos.

La posición sociojurídica vuelve a brillar, así, con luz propia.

Más allá del aborto, el infanticidio será objeto de persecución. Reinando Recaredo, el canon 17 del III Co. Toledo insta a jueces y a obispos a perseguir el delito y a castigarlo duramente, si bien la pena de muerte queda excluida. El planteamiento del problema del infanticidio se centra en la concepción católica de la sexualidad con la que me introduje en el aborto: de hecho, aborto e infanticidio se reúnen, a efectos de penas canónicas, en el canon 2 del Co. Lérida, indiscriminando sexos, respecto del adulterio, y en el canon 77 del II Co. Braga, atenuando las penas, y partiendo del protagonismo de la mujer (los otros, colaboradores), respecto del adulterio o del matrimonio. Leyendo aquel canon 17, los padres que matan a sus hijos se diría lo hacen como una suerte de anticoncepción postrera, y como solución que les posibilita la relación carnal sin posteriores cargas: la continencia se ofrece como remedio si se quiere atajar el crecimiento del número de hijos, "(...) nam dum causa propagandae prolis sortiantur coniugia, hii et parricidio et fornicatione tenentur obnoxii, qui foetus necando proprios docent se non pro filiis sed pro libidine sociari". El infanticida es, así, un criminal lúbrico.

53. Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 123 y nota 314, cree que en la originaria ley euricana que ahora reforma Leovigildo se consideraba sólo el supuesto de provocador femenino del aborto *per potionem* (...). Quizá con el tiempo, dadas las nuevas leyes 2-6, la ley 1 quedara tácitamente recreada, de vuelta a sus orígenes. Por demás, y según el mismo jurista, *ibídem*, 123, si en la ley 1 "(...) se trataba exclusivamente del aborto provocado por una mujer, ello se debe a que la práctica de suministrar abortivos se consideraba más propia y hasta exclusiva de las mujeres (...)".

6. Adulterium

El adulterio es conducta deshonesta: la unión sin propósito matrimonial, la unión extramatrimonial⁵⁴. En más de una ocasión la mención del adulterio ha sido insoslayable, sumergido en otros problemas. Vuelvo ahora, axialmente, a este concepto, en época visigótica de una estricta amplitud (por incluir actos sexuales de vírgenes y viudas, o, calificado *violenter*, violaciones).

Hay dos aspectos relevantes en la regulación del adulterio que pueden servir como emblemas de las siguientes meditaciones. Por un lado, el adulterio es concebido como un acto básicamente femenino⁵⁵. Por otro lado, el adulterio hermana las situaciones de matrimonio real y de matrimonio virtual.

En efecto, esposos y maridos son equiparados como sufridores. Dado el *pretium*, reza *ant.* 3,4,2, y establecido un *placitum* de futuro matrimonio ante testigos entre el esposo y los padres de la esposa, si la mujer comete adulterio, adúltera y adúltero quedarán al arbitrio del esposo, en quien revertirá la donación realizada. Así, el adulterio reúne esponsales y matrimonio en el mismo punto de sociedad: opera no sólo en el transcurso del matrimonio, sino también pactados esponsales, que son el virtual matrimonio. Si bien es cierto que el marido no por sufrir deja de padecer perjuicios, más allá de en la honra, como la imposibilidad de ser admitido al ministerio eclesiástico, o, si se produjo el hecho repulsivo tras su ordenación, la obligación alternativa de separarse de su mujer o de renunciar a su oficio, según el canon 28 del II Co. Braga.

El varón que suele ser calificado como adúltero no es un marido, antes bien el que participa en los desmanes de la mujer adúltera. Tal adúltero es el sujeto activo, y no la mujer, cuando en ésta se nota la falta o presencia de consentimiento, aunque la respuesta legal no redunde directamente en reparación a su favor: *ant.* LV 3,4,1. Esta ley sitúa a los adúlteros bajo la potestad del marido (*ius occidendi* inclusive⁵⁶) si ha mediado en el adulterio consentimiento de la mujer, como al adúltero si se ha tratado de una violación; *ant.* LV 3,4,3 reitera la pena, tras exigir trámites procesales si la mujer “(...) deprehensa non fuerit (...)”. Álvaro d'Ors salva la reiteración considerando la ley 1 alusiva exclusivamente al caso de violación⁵⁷; parece más

54. Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 259.

55. Bonnie S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres*, cit., 62, recuerdan que en la cultura antigua si una hija debía ser virgen, una esposa debía ser casta, de suerte que el adulterio resultaba un acto fundamentalmente de mujer: el hombre lo cometía sólo si fornicaba con la esposa de otro hombre.

56. Cf. *Levítico* 20,10, *Deuteronomio* 22,22.

57. Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 146 nota 406: “El término *violenter* no parece servir para calificar especialmente el delito, sino para salvar de la pena a la mujer; la pena del hombre es la misma en ambos casos, de consentir o no la mujer; sin embargo, dada la existencia de la ley 3, que vendría a decir lo mismo, cabe suponer que esta *ant.* 1 se refería exclusivamente al caso de violación (...)”. Advierte Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 250, que la ley 1 parte de la culpabilidad del adúltero en tanto la ley 3 parte de la culpabilidad de la mujer. Que la ley 1 parte de la culpabilidad del adúltero podría favorecer la idea de que se centra sólo en la violación; pero no es ésta una apreciación concluyente, porque acaso

bien que la ley 1 piensa en el supuesto de un marido que sorprende el adulterio flagrante de su mujer, y cuyo deshonor vence cualquier justificación posible alegada por la adúltera⁵⁸ en tanto la ley 3 piensa en un marido dubitativo respecto del adulterio de su mujer, ilegalidad de la que se exige entonces prueba suficiente en juicio⁵⁹: se trata así de encauzar racionalmente según los casos el mecanismo para la aplicación de una misma pena⁶⁰.

Cuando el marido nos saluda desde la ley como adúltero, paradójicamente la iniciativa del suceso contemplado parte de nuevo de la mujer, en esta ocasión de la mujer con la que el marido adulteró su matrimonio. Según *ant.* LV 3,4,9, al cometer una mujer libre adulterio con el marido de otra mujer, queda sujeta a venganza bajo la potestad de aquélla con cuyo marido gozó⁶¹; no obstante este favor a la mujer deshonrada, la posibilidad de venganza, como no olvida Karl Zeumer, queda sólo a disposición de la mujer libre⁶²: la discriminación sociojurídica, una vez más, se superpone y colora la (in)discriminación sexual.

La discriminación sociojurídica se cierne sobre todo salteador o dinamitero sexual de barreras sociales. *Ant.* LV 3,2,2 reprime con la pena de muerte, como pudo apreciarse *supra*, a la mujer libre que comete adulterio con su siervo o liberto. *Ant.* LV 3,4,15 demuestra la vinculación de la nota de infamia a la posesión de un determinado *status* sociojurídico, o a otras circunstancias reales, así la *domus* como eventual escenario adulterino. Frente a la sierva que comete adulterio fuera de la casa del dueño, éste sólo tendrá la potestad de reivindicarla: mínima trascendencia sociojurídica del sujeto y ausencia de circunstancias atractivas de la infamia; en tanto se impondrá flagelación al libre⁶³ o al siervo que con una sierva, dado su consentimiento, comete el adulterio en casa del dueño: trascendencia sociojurídica en el libre, no en el siervo, pero presencia de circunstancia atractiva de la infamia como es la comisión del crimen en tal domicilio. La gravedad del caso propugna la indiscriminación sociojurídica. Así también, el siervo (y su inductor) o el libre que viola a una sierva padecen, conforme a *ant.* LV 3,4,16, flagelación y sanciones pecuniarias: infamia del hecho⁶⁴

no se trate sino de la adopción de un punto de vista no en orden al tratamiento exclusivo de la violación, sino *motivado por* el tratamiento de la violación, que muestra a la mujer pasiva, junto al adulterio consentido.

58. El proceso no es el problema: dice Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 146, que la ley 1 presume la declaración judicial.

59. Interpreta Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 146: "(...) el resultado venía a ser siempre el mismo, con la diferencia de que si no había sorpresa, hacía falta la intervención declarativa del juez y no se exigía matar a los dos".

60. En *Números* 5,11-31 se distingue entre el adulterio sorprendido o atestiguado y el oculto: en el caso del adulterio dudoso, y para entibiar el espíritu de celotipia del marido, se exige un procedimiento ordálico.

61. Como dice Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 147, la consideración de la infidelidad del marido como adulterio quizá no llegue aquí hasta el extremo de conceder *ius occidendi* a la ofendida.

62. Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 256.

63. Donde importa una vez más la condición sociojurídica, pues el libre padece más flagelo si la sierva era idónea que si era inferior.

64. A juicio de Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 149, "(...) para la tradición jurídica romana, el estupro de una esclava (con o sin violación) constituía un delito de injurias en la medida en que suponía una ofensa para los dueños; en otro caso, un *damnum iniuria datum*, en la medida en que

que vence distinciones sociojurídicas en el autor, más circunstancias otras *-in domo domini vel in quocumque loco*.

7. Repudium, divortium

Ant. LV 3,6,1 versa sobre la disolución del vínculo matrimonial. Karl Zeumer entiende que *divortium* “(...) era la denominación general para toda separación de los cónyuges (...)”, en tanto *repudium mittere, dare* “(...) la forma en que se llevaba a cabo la separación y se acordaba también el consensus (...)”⁶⁵. Según Enrique Gacto, “(...) se distingue la separación matrimonial (repudio) de aquella otra que rompe el vínculo del matrimonio (divorcio) y que ha de constar por escrito o en forma pública”⁶⁶. Creo que tanto repudio como divorcio son formas de disolución del matrimonio⁶⁷, el primero antecedente del segundo cuando la disolución es formal y pública, el primero un sólo acto que lleva a una disolución secreta (cf. *Mateo* 1, 19) novada por posterior nuevo matrimonio que la publique.

La mujer libre repudiada por su marido no puede contraer matrimonio a menos que exista divorcio que conste documental o testimonialmente. El repudio por el marido, si no ha devenido divorcio formal, imposibilita el matrimonio a la mujer libre, de tal guisa que toda unión con otro hombre adquiere la calificación de *adulterium*: si pende causa judicial, si el marido no ha contraído nuevo matrimonio. El marido, de abandonar injustamente a su mujer, pierde la dote, y el patrimonio de la mujer resulta protegido, así frente a enajenaciones o fraudes, frente a negocios forzados, viciados por miedo o engaño en pro del marido, cuya invalidez se declara. Así las cosas, Karl Zeumer razona que una mujer puede contraer matrimonio si prueba el *divortium*, si ha obtenido en el proceso de divorcio fallo judicial a su favor, si su marido ha contraído nuevas nupcias⁶⁸.

A mi modo de ver, el marido puede contraer nuevo matrimonio libremente, sin que ataduras previas se lo impidan; sin embargo, se exige de él que haya repudiado a su mujer, que la haya abandonado (sin el corsé, así, de la causa de adulterio: *Mateo* 19,1-12): estando a tales maduras, debe estar a las duras de la tuición legal de su cónyuge: patrimonial si el abandono es injusto (esto es, por causa diferente a adulterio de la mujer: *Mateo* 19,9), y habilitación condicionada para contraer matrimonio. Estas condiciones para que la mujer pueda contraer matrimonio una vez consumado el repudio son las que se dicen a renglón seguido. Puede contraer matrimonio si ha

la esclava había sido lesionada o, en todo caso, si era *virgo immatura*. Pero el derecho tardío debió de simplificar este régimen, considerando que siempre había lugar a la *lex Aquilia*”; cf. BA,PS 1,13,6.

65. Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 268.

66. Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 146.

67. Como se verá, repudio más nuevo matrimonio permite a la mujer casarse, luego el vínculo ha quedado disuelto; no cabe argüir que es el nuevo matrimonio el que lo disuelve, pues sería absurda entonces la exigencia de repudio, de no exigirse el cual previamente, por otro lado, se daría lugar a bigamia.

68. Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 271-272.

existido formalización de divorcio que conste por documentos o testigos (sin dirimente intervención judicial; a través del repudio del marido; nada parecería impedir que, también, por mutuo acuerdo). Puede contraerlo si ha finalizado pleito que atañe a la separación o al abandono; acaso, el fallo da fe del repudio del marido, o elucida cualquier conflicto planteado en relación con la formalización de un divorcio, o en relación con un repudio, así su justicia o injusticia, vital para las sanciones patrimoniales; con todo, tanto si la resolución resuelve en apoyo de una pretensión concreta de la mujer como si resuelve en su contra, el fallo operará como documento público en la medida en que formalice la situación de divorcio, dando cuenta de la separación o del abandono, y la habilitará para casarse. En fin, puede contraer nupcias la mujer si el marido ha contraído un nuevo matrimonio, publicando con él su repudio⁶⁹.

La *ratio legis* es regularizar la situación de abandono (por eso exige libelo *Deuteronomio* 24,1-4; *vide* también *Jeremías* 3,8), y en tanto no se haya regularizado no permitir conductas extravagantes, esto es adulterinas con intención matrimonial, a la mujer, y, sin prohibírselas al hombre, al menos favorecer en ese caso que la mujer corrobore si lo desea con nuevas nupcias la *apariencia* de divorcio por el marido precipitada mediante su nueva unión apetecida. Por eso la previsión de sanciones patrimoniales parte asimismo de la raíz del abandono, y especifica su injusticia para que aquéllas funcionen: “Certe si maritus uxorem iniuste reliquerit (...)”.

8. Pudicitia

Si el vínculo entre sexos que es el matrimonio tiene una naturaleza asateada por el acto sexual necesario en cuanto camino de procreación, existen otras situaciones jurídicas en las que el sexo, como acto que merece una preparación (soltería), como acto desaconsejable en el presente (orden sacerdotal, consagración a Dios), o como acto ya invisible del pasado (viudez), se tiñe de *pudicitia*.

La *ant.* LV 4,2,1 implantará un régimen de igualdad, en la sucesión intestada de los padres, entre hermanos y hermanas. Hasta entonces, CE 320,3 exige la virginidad de la soltera, fallecidos los padres, para su obtención de la misma cuota hereditaria que sus hermanos; ahora bien, los inmuebles que su derecho alcanza revierten a los hermanos tras su óbito. CE 320,4 exige de la religiosa, cuya opción por la castidad decidieron los padres, permanecer en tal estado si quiere ver reconocidos sus derechos sucesorios. CE 320,5 concede a la hija, en la sucesión intestada, la misma cuota hereditaria que corresponde a los hermanos, mas con derecho de usufructo sobre los inmuebles, cuya propiedad corresponde a sus herederos.

69. Se pregunta Juan GARCÍA GONZÁLEZ, “El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la historia del Derecho español”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 23 (Madrid, 1953), 625, si, no pudiendo la mujer contraer matrimonio por el mero hecho de que el marido la abandone, la esposa queda sometida a esa misma imposibilidad.

Es conocida la discusión en torno a si CE 320 contempla exclusivamente la sucesión intestada, o si contempla la sucesión testada y la intestada. Esta última es la lectura de Álvaro d'Ors, según la cual el apartado 5 regularía la sucesión intestada y las normas anteriores la sucesión testada⁷⁰. Jesús Lalinde Abadía ha discrepado, basándose, entre otras razones, en el sin sentido de la aplicación del principio de igualdad de sexos a la sucesión testada: su pensamiento es que el apartado 5 se ocupa de la situación de la religiosa cuyo ingreso en religión no ha recibido amparo económico testamentario, y así, tanto los demás apartados como aquél tienen como objeto la regulación, común, de la sucesión intestada⁷¹. Jesús Lalinde Abadía cree que CE 320 establece un régimen *suave* para la mujer, si se tiene en cuenta la posición bárbara, movida por la exclusión de la mujer, respecto de la transmisión de tierras: el régimen visigótico habría encontrado el usufructo vitalicio como instrumento de confabulación de intereses de hija y hermanos⁷². Así, la desigualdad respecto de la posición del varón no nace de un ánimo contra la mujer, sino de una atenuación de éste⁷³.

Por otra parte, la condición sociojurídica resplandece como vara de medir las conductas contra la virginidad, la viudez, en agentes y pacientes. Según *ant.* LV 3,4,14, el hombre libre que hace padecer violación o estupro a viuda o virgen libre debe sufrir cien azotes y devenir siervo de la violentada; el hombre siervo, ser quemado. *Ant.* LV 3,3,1 advierte que si lo que padece la virgen o la viuda es rapto por parte de un libre, caben dos posibilidades; si la mujer queda fuera del poder del raptor

70. Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 255-257.

71. Jesús LALINDE ABADÍA, "La sucesión filial", cit., 118, 126-127. En opinión de Jesús LALINDE, *ibídem*, 121-122, CE 320 dicta: "(...) a) equiparación de las hermanas a los hermanos en la sucesión intestada de los padres, en cuanto a recibir una porción igual; b) pleno disfrute y libertad de disponer para las hermanas que eran casadas al fallecer los padres, como, asimismo, para las que se hayan casado después, pero con el permiso del grupo parental; c) pérdida de la porción en favor de los hermanos o herederos de éstos, cuando la hermana hubiera casado después de fallecer los padres, sin el permiso del grupo parental; d) derecho de disfrute sobre todos los bienes, pero sin facultad de disponer nada más que sobre los bienes que no fueran tierras, las cuales habrían de reservar a los herederos, para las hermanas que permanecieran solteras y para las religiosas que lo hubieran sido por voluntad de los padres, y e) para las religiosas que no lo hubieran sido por voluntad de los padres, habría que tenerse en cuenta las distintas situaciones en que podrían devenir, pues podrían casarse con o sin la voluntad del grupo parental, o permanecer solteras, debiendo por tanto ser incluidas en cada uno de los grupos anteriores según las circunstancias".

72. Jesús LALINDE ABADÍA, "La sucesión filial", cit., 125-126.

73. Guilherme BRAGA DA CRUZ, "A sucessão", cit., 771, 774-775, 781, 783, ve reflejada en la sucesión de los hijos la posición privilegiada del sexo masculino sobre el sexo femenino: principio de masculinidad que sin embargo no operaría a fuer de rígido de no existir hijos varones, quedando liberadas las hijas de las restricciones sucesorias referidas. Sin embargo, Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 184-185, rebaja la importancia de tales restricciones, en la medida en que están vinculadas a la permanencia en la soltería o al matrimonio sin consentimiento de los hermanos al morir los padres, de no producirse lo cual los bienes pasarían con toda probabilidad, antes que a los hermanos, a los hijos de la mujer: como dice Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 257, "No es exacto decir (...) que las mujeres ceden a los herederos varones con que concurren la nuda propiedad de los inmuebles que heredan; esto vale para la que no tiene otros herederos legítimos preferentes, pero no, por de pronto, para la que tiene hijos".

“(…) *antequam integritatem virginitatis aut castitatis amittat (...)*”, éste es desposeído de la mitad de sus bienes, en favor de la raptada; si la mujer queda fuera de su poder inmunda, se prohíbe matrimonio entre raptor y raptada, sin composición posible, y recibe el raptor azotes y es entregado en condición de siervo con todos sus bienes a los padres de la mujer o a ésta misma. Para Karl Zeumer, no existe contradicción entre esta prohibición de contraer matrimonio y el posible acuerdo al que alude *ant. LV 3,3,7*: el rapto no es un impedimento matrimonial, antes bien ocurre que “El raptor tendrá sólo el derecho de pedir el matrimonio pagando una multa”⁷⁴; no obstante, tal vez *ant. LV 3,3,7* se esté refiriendo sólo al primer caso, esto es al de no existencia de ataque contra la virginidad, contra la castidad, de inmundicia⁷⁵.

La virginidad es una virtud absolutamente apreciada en la mujer, y su salvaguarda explica que aquélla pueda ser objeto de transacción, pero no, por decirlo así, de ocupación. La unión de la viuda a la virgen en las normas, acentuando en aquélla el sentido de la castidad, y la relación de vírgenes y viudas con el voto religioso, quizá sea reflejo de un estado social arrumbado desde el siglo III: Peter Brown ha descrito esta época, y ha dibujado la figura de la viuda influyente y devota, *perturbadoramente anfibia*, como más habitual ejemplo de continencia que el de la virgen consagrada desde la infancia; la mujer continente normal “Más bien era una mujer que había sido cabeza de una familia cristiana y madre de hijos cristianos. A menudo dirigía sus negocios. Su riqueza le permitía inmiscuirse en la iglesia local en calidad de benefactora (...) Madura, económicamente independiente y ya persona influyente, la viuda cristiana tomaba la decisión de abrazar la continencia (...)”; en Hispania y en las Galias se deja sentir, debilitada con el tiempo la posición de los clérigos casados, la influencia de estas clases altas junto al arrebato extravagante de los ascetas⁷⁶. Vírgenes y viudas, en todo caso, son protegidas en su condición por el canon 10 del III Co. Toledo: no deben ser obligadas a casarse, y, si alguno intenta descarrilar el ímpetu de su castidad, será privado de la comunión y de la entrada en la iglesia. Recaredo, en la corriente canónica, prohíbe, en LV 3,5,2, que se tome por cónyuge a virgen o viuda consagrada a Dios, o a próxima en parentesco (ya, contra el matrimonio incestivo, el canon 5 del II Co. Toledo y el canon 4 del Co. Lérida, y, contra el levirato, el canon 79 del II Co. Braga), consentimiento mediante o violentamente (violación contra la que arbitraba pena de excomunión el canon 6

74. Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 243, entiende que tal criterio supone el abandono de los principios germánicos que apuntalan el rapto como medio en orden a contraer matrimonio. En relación con los principios germánicos, y siguiendo a Pietro VACCARI, “El matrimonio germanico”, cit., 8-9, habría que distinguir entre la posibilidad de un matrimonio dado el pago de una suma a la parentela de la mujer como indemnización de daños por la ofensa consumada y la posibilidad de un matrimonio dado el pago de una suma como precio del consentimiento que dejaría caer un velo sobre posteriores acontecimientos.

75. Términos que forman parte de un mismo campo semántico, con sus matices: *virginitas, integritas, incorruptio, pudicitia*: cf. Julio CAMPOS RUIZ, “La virginidad consagrada en el pensamiento de San Leandro Hispalense”, *Studia Silensia. IV. Homenaje a fray Justo Pérez de Urbel, OSB*, 2 (Abadía de Silos, 1977), 25-38.

76. Peter BROWN, *El cuerpo y la sociedad. Los hombres, las mujeres y la renuncia sexual en el cristianismo primitivo* (trad. Antonio Juan Desmots, Barcelona, 1993), 209, 211-212, 479-481, 498.

del Co. Lérida, aplicable al violador, y a la violada que muestra apego a aquél, y no a la que reingresa en la santa religión): el matrimonio se entiende nulo “(...) quia nec verum poterit esse coniugium, quod a meliori proposito deducitur ad deterius, et sub falsi nominis copula incestiva pollutio et fornicationis immunditia perpetratur”, correspondiendo el patrimonio a los hijos de matrimonio anterior, o, si no los hay, a los engendrados en la unión irritable si han quedado expiados, de la infamia que los hizo nacer, a través del bautismo⁷⁷; la misma sanción se establece para los religiosos a los que los cánones prohíben casarse; y se exceptúa de la sanción a las mujeres si por violencia y sin precedente ni subsiguiente consenso se las forzó. La posición jurídico-religiosa de la mujer es escrudriñada con ojos encomiásticos, mercedora de salvaguarda: como dota de una cualidad especial, es una situación no rectificable. Razón que explica la pena, condita por el canon 4 del II Co. Barcelona, ante un comportamiento indigno del propio hábito: expulsión de la Iglesia, contra la virgen que, tras consagrarse a Dios, contrae matrimonio, o contra la que, si raptada y violada, no acepta separarse del violador.

Así las cosas, el voto religioso imprime calidad y cimenta la confianza en la mujer. La perversión solitaria o la inutilidad procreadora se redime en la religión, mientras el varón, tantas veces menos controlado sexualmente, al profesar religión toma una andadura vigilada⁷⁸.

La función sanatoria del vínculo religioso en la naturaleza de la mujer hace comprender que CE 320,4 propugne la no reversión del ingreso en religión decidido por los padres; el canon 30 del II Co. Braga dispone sanciones canónicas para el padre clérigo y la madre acogedores sin reproche de la hija que, consagrada a Dios, contrae sin embargo matrimonio. El contacto con la religión, por otra parte y en la línea de lo arriba dicho respecto de las viudas elevadas, no sólo aprecia la naturaleza femenina, sino que favorece su economía: la *ant.* LV 5,4,1 permite que las viudas de los sacerdotes o de otros clérigos posean los bienes eclesiásticos pertenecientes al padre si se encomienda a los hijos a la Iglesia. La sospecha ensombrece la posición de la mujer que no asume votos religiosos y que pretende contacto con lo religioso: la mujer no puede entrar en la sacristía, según el canon 42 del II Co. Braga. La

77. Enrique GACTO, “La situación jurídica de los hijos naturales e ilegítimos menores de edad en el Derecho histórico español. Alimentos y tutela”, *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. XXXVI. L'enfant. Deuxième partie: Europe médiévale et moderne* (Bruxelles, 1976), 169-170, distingue entre los hijos no legítimos, quienes “(...) engendrados por padres solteros que podrían haber contraído matrimonio de haberlo querido, carecen de cauces jurídicos a través de los cuales obtener alguna ventaja, para cuyo disfrute, por otra parte, no se encuentran absolutamente incapacitados”, e hijos ilegítimos *stricto sensu*, quienes “(...) proceden de relaciones sexuales adulterinas, incestuosas o sacrílegas (...)” y “(...) son declarados indignos e incapaces, de forma rotunda, por el Derecho”. En la ley de Recaredo, la suma de incesto o sacrilegio, y reconocimiento de ventajas jurídicas, edifica una mixtura entre aquellas categorías.

78. Celibato postmatrimonial hasta finales del siglo VI, “(...) cuando definitivamente desaparecieron las esposas de las casas de los clérigos y la mayor parte de los obispos se trasladaron de los monasterios a las ciudades (...) y puede decirse propiamente que se inició el celibato eclesiástico que asociamos con la Edad Media”, según Peter BROWN, *El cuerpo y la sociedad*, cit., 577-578.

repugnancia se acentúa, como es obvio, ante la religiosa que viola sus deberes, así la que peca o contrae matrimonio, paciente de penas canónicas como su corruptor, y de normas rigurosas para su admisión a la iglesia y a la penitencia, de acuerdo con el canon 31 del II Co. Braga.

Los clérigos, casados o no, viven sometidos a la continua vigilancia de los cánones, preocupados por los tentáculos de la tentación femenina. Así, los cánones conciliares muestran desconfianza hacia el clérigo que se relaciona con mujeres: el canon 1 del Co. Tarragona quiere que las visitas del clérigo a sus consanguíneas sean rápidas, sin demora, y acompañado; el canon 9 que el clérigo abandone a la adúltera a la que se haya unido; el canon 6 del Co. Gerona exhorta al clérigo a vivir acompañado, y no solo con su mujer, si fue ordenado con posterioridad a su matrimonio; el canon 7 a no tener en su casa como gobernadora a mujer que no sea madre o hermana (admonición cuyo caso omiso castigará el canon 15 del Co. Lérida, perdonando a los corregidos), u otra familiar según el canon 3 del II Co. Toledo (la alusión a las próximas en parentesco se repite en el capítulo 15, contra el priscilianismo, del I Co. Braga; el canon 32 del II Co. Braga impide al clérigo adoptar mujer de la que no se pueda decir está a salvo de sospecha, así hermana o tía, y a la religiosa tener la compañía de seglares no consanguíneos); el canon 8 incapacita, para la admisión al clero, al seglar que haya conocido a más de una mujer, aunque medie matrimonio; el canon 26 del II Co. Braga considera como circunstancia que imposibilita el acceso al clericalato el matrimonio con divorciada (mujer invadida ya por la polución); el canon 5 del III Co. Toledo ordena que los sacerdotes no vivan con sus cónyuges bajo el mismo techo y que mantengan castidad, así como que los sometidos al celibato no cohabiten con mujeres provocadoras de sospechas (práctica que el canon 3 del I Co. Sevilla intentará reprimir más tarde con la colaboración de los jueces seculares, ante la ineficacia de los obispos; la preocupación canónica por mujeres de mala fama, también en Co. Huesca). Púdica conducta reclamada, pues.

La permanencia *in pudicitia*, la no elección del adulterio en vez del honesto matrimonio (y probablemente el no contraer nuevo matrimonio antes del año, de acuerdo con García Garrido⁷⁹), son condiciones para que la viuda pueda poseer lo que el marido difunto donó, con libre disposición *mortis causa*, de suerte que no sea desplazada, como de observar una conducta impúdica ocurriría, por los herederos legítimos del donante. Así se explica CE 319⁸⁰. Alfonso Otero cree que "(...) es una regla de excepción para el caso de inexistencia de hijos (...) "⁸¹, criterio opuesto al

79. Manuel GARCÍA GARRIDO, "El régimen jurídico", cit., 432.

80. Francisco SAMPER POLO, "La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar", *Anuario de Historia del Derecho español*, 38 (Madrid, 1968), 160-161, defiende, frente a Levy, que CE 319,1 versa, en conexión con BA,CT 3,8,2, sobre "(...) la regulación de la *sponsalia* y las asignaciones *mortis causa* del marido a la mujer, después de la muerte de aquél y no trata de donaciones directas entre cónyuges".

81. Alfonso OTERO, "La mejora", *Anuario de Historia del Derecho español*, 33 (Madrid, 1963), 43. Vide también Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 131-132.

de Zeumer y García Garrido⁸². A esta circunstancia de la existencia o no de hijos no alude expresamente el precepto. Diferentemente, *ant. LV 5,2,5* sí lo hace, de modo que no tener hijos se requiere para que la viuda pueda libremente disponer *mortis causa* de lo donado, al tiempo que los hijos legítimos se convierten en rescatadores preferentes de lo donado a la viuda deshonesta. Dice Enrique Gacto: “Nótese que mientras CE 307 se refería a las donaciones *mortis causa* realizadas indistintamente por el marido o la mujer, CE 319 se circunscribe ya a las realizadas por el primero. ¿Cabe concluir de esto que el marido en todo caso retiene lo que recibió de su cónyuge aunque haga una vida desordenada? Pensamos que sí, teniendo en cuenta, además, la idea de García Garrido que pone en conexión inmediata la honestidad de vida con el año de luto, limitación de que se exime el viudo, con lo cual (...) encontramos indicios de un tratamiento discriminatorio de la mujer, a quien se exige un comportamiento moral del que se dispensa al varón”⁸³. La ley *ant. LV 5,2,5* añade cómo si es la mujer la que fallece intestada y sin hijos, lo recibido del marido revierte a éste, o a sus herederos, si aquél murió. Para Enrique Gacto el texto resulta insólito, dado que parecía no ser otra su sede que la de las donaciones *mortis causa* y, sin embargo, un marido vivo nos sobrecoge; por eso el jurista lanza hipótesis de explicación: o se trata de regular las donaciones *propter nuptias*, o se trata de la persistencia del principio romano según el cual la donación no se perfecciona si el donante sobrevive al donatario⁸⁴.

CE 321 (= *ant. LV 4,2,13*) aprecia, asimismo, que el viudo no tome nueva mujer. Al viudo corresponde la patria potestad sobre los hijos, y así puede poseer los bienes maternos de aquéllos, conservándolos íntegramente sin poder de disposición, siempre y cuando no contraiga nuevo matrimonio. Idéntica condición se impone para percibir los frutos y consumirlos en utilidad común. Cuando el hijo o la hija contraen matrimonio, deben recibir de su padre los bienes maternos reservados dejando a aquél una tercera parte en usufructo⁸⁵; de no haberse casado, al cumplir los veinte años el padre debe restituirles la mitad de los bienes maternos, quedando con la otra mitad, que a su muerte les dejará también⁸⁶. Sin embargo, si el viudo vuelve a casarse,

82. Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 334; Manuel GARCÍA GARRIDO, “El régimen jurídico”, cit., 435. En esta línea, también Francisco Luis PACHECO CABALLERO, “La reserva binupcial en el Derecho histórico español: antecedentes y consecuentes de la ley 15 de Toro”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 57 (Madrid, 1987), 421, 430-432.

83. Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 132.

84. Cf. BA,PS 2,24,5. Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 133.

85. Si bien, como dice Paulo MERÊA, “O poder paternal na legislação visigótica”, *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra, 1948), 20-21, el hijo podría continuar viviendo con la mujer en la casa paterna, renunciando a la entrega de la cuota hereditaria de los bienes maternos. La renuncia, ¿debería afectar al total del monto hereditario? ¿La casa define el ámbito económico familiar?

86. Como dice Alfonso OTERO, “La mejora”, cit., 46, mediante lo retenido hasta su muerte el padre tiene la posibilidad de la mejora: lo que no tiene sobre los bienes maternos es una cuota de libre disposición: en este sentido cf. también Alfonso OTERO, “La patria potestad”, cit., 219, y “La mejora del nieto”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 31 (Madrid, 1961), 392. Asimismo, vide Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 141, a propósito del no carácter dispositivo de esta posibilidad de mejorar.

debe devolver todos los bienes maternos a los hijos, por un motivo que, curiosamente, desplaza la minusvaloración del varón a una sospecha sobre la naturaleza de la mujer, cual las posibles vejaciones de la madrastra sobre los hijastros⁸⁷.

La viuda que permanece viuda sucede en los bienes paternos como sus hijos⁸⁸: el objeto de su derecho no es, pues, toda la herencia, a diferencia del viudo. Su cuota, además, es usufructuaria⁸⁹, y tras su fallecimiento revierte a los hijos por igual. Son los términos de CE 322 (= *ant.* LV 4,2,14). Mas si se casa de nuevo, su porción pertenece a los hijos⁹⁰. No tiene poder de disposición, por lo que los hijos tienen acción contra ella si lo ejerce: si lo hace, dolosa o culposamente, amén de admoniciones judiciales en vida, los hijos serán indemnizados con los bienes maternos tras su muerte. No es disponer, y puede pues, sin embargo, ceder el aprovechamiento del usufructo al hijo o hija que ella quiera (o a un extraño, desde *ant.* LV 4,2,14), lo que no es, a su vez, mejor con los bienes paternos⁹¹. No hay nada de tutela materna hasta *ant.* LV 4,3,3, con el conocido requisito del mantenimiento en la viudez⁹².

Al margen, por lo tanto, de las distintas posiciones jurídicas de viudo y viuda de mantenerse en su condición de tales, la llamada a evitar un nuevo matrimonio tiene distinto sentido en el caso de uno y otra: si, como explica Enrique Gacto, en

87. La *domus aliena* a la que pasan los hijos con sus bienes maternos es, para Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 258 nota 867, la casa de la madrastra: el padre cuida la persona del hijo, pero la administración de sus bienes corresponde a un tutor. Para Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 36-38, es la casa del tutor, sin disociación entre una tuición personal del hijo a cargo del padre y una tuición patrimonial a cargo del tutor: como explica, si no fuera así no se comprenderían las alusiones de LV 4,2,13 bis a la necesidad innovadora de que padre e hijos no vivan separadamente, idea en la que, para no mermar la protección frente a las vejaciones o a la disposición indebida de los bienes reservados, se justificaría la precaución del inventario de bienes. GACTO hace referencia, pues, a una mutación normativa producida en LV 4,2,13 bis: como dice también Antonio MERCHÁN ÁLVAREZ, *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo XV* (Sevilla, 1976), 86-87 y nota 40, aquella ley presenta, frente al bínubo que perdía toda relación personal y patrimonial con los hijos menores del matrimonio anterior, al bínubo constituido en tutor, voluntario, de sus hijos.

88. Escribe Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 142: "En cuanto a los derechos de la viuda sin hijos no podemos precisar el alcance de sus derechos sucesorios, ni si tendría el usufructo de una parte semejante a la heredada por los parientes más cercanos del difunto".

89. Alfonso OTERO, "La mejora", cit., 42: "El derecho de usufructo sobre una cuota de los bienes del padre que CE 322 confiere a la madre no es una cuota viudal, sino una cuota hereditaria, que no puede mermarse, como el derecho del padre sobre los *materna*, precisamente por su diferencia de carácter, por ser una cuota hereditaria". Cf. también Alfonso OTERO, "Aventajas o mejoría. Bienes excluidos de partición en beneficio del cónyuge sobreviviente", *Anuario de Historia del Derecho español*, 30 (Madrid, 1960), 495-497.

90. Como matiza Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 9-10, salvo que el finado no deje descendientes ni consanguíneos dentro del séptimo grado de parentesco: cf. CE 334.

91. Así, Alfonso OTERO, "La mejora", cit., 37, 44.

92. Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 259, cree que, aunque no se dice expresamente, la madre tiene la tutela de sus hijos menores en CE 322, conforme al Derecho romano. Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 45-46, no está de acuerdo, subraya el carácter excepcional de tal tutela incluso en aquel Derecho, y suspende su reconocimiento hasta Leovigildo. En fin, respecto de la tutela materna cf. Antonio MERCHÁN ÁLVAREZ, *La tutela*, cit., 148-151, 180-182.

el caso del viudo que contrae matrimonio se establecen restricciones para impedir que esa nueva unión afecte al patrimonio de los hijos, en el caso de la viuda subyace “(...) una conceptualización muy cercana a la de una infidelidad póstuma hacia el anterior marido (...)” propia del pensamiento jurídico romano imperial⁹³. La muerte disuelve el matrimonio para el marido, pero la mujer queda ligada a un se diría matrimonio de ultratumba⁹⁴.

De nuevo la viudez persistente es requisito en CE 327,2 para que la viuda, si muere un hijo sin descendientes tras morir el padre⁹⁵, pueda reclamar la herencia de aquél⁹⁶. Y a la viuda, según *ant.* LV 3,1,7, corresponde la *potestas coniunctionis* respecto de los hijos mientras no contraiga nuevas nupcias.

Afectando precisamente al matrimonio de la viuda, la perseverancia en la viudez casta, en la idea antedicha de la *infidelidad póstuma*, tiene un mínimo expresado por la *ant.* LV 3,2,1: el *tempus lugendi*, de un año (cf. BA,CT 3,8,1); so pena de la pérdida de la mitad de sus bienes en favor de los hijos del matrimonio, o, de no existir tales, de los herederos determinados judicialmente. La ley teme que la viuda grávida emprenda aborto para evitar que el advenimiento del hijo zancadillee unas segundas nupcias. La muerte del marido da inicio a aquel *tempus*, pero la viudez, antes de sujetarse a tales reglas, debe ser verdaderamente tal. En *ant.* LV 3,2,6 la obviada se hace problema: la ausencia del marido sólo puede traducirse en presunción de fallecimiento si constan indicios ciertos aportados por la viuda o por el nuevo marido: si el marido presuntamente muerto reaparece, viuda y su

93. Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 142.

94. *Vide*, para el origen teológico, canónico, de este pensamiento, a propósito de una radicalidad ascética en el seno de la patrística (Tertuliano, Atenágoras de Atenas), Enrique GACTO, “El divorcio en España. Evolución histórica”, *Historia 16*, año III, n.º 27, julio 1978, 23.

95. Álvaro d'ORS, “El Código de Eurico”, cit., 262, piensa que se trata de la muerte de un hijo que no deja descendencia ni hermanos, sino sólo su madre y tíos paternos o los descendientes de éstos. Guilherme BRAGA DA CRUZ, “A sucessão”, cit., 786-787, y Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 183, creen que se trata de la concurrencia de la madre viuda con sus hijos en la herencia de los bienes del padre pertenecientes a un hijo que fallece: en concreto, el segundo jurista no ve lógica la solución de d'ORS supuesta su presentación como novedad respecto de anterior legislación, cuando no lo es (y cita BA,CT 5,1,2 *Interpretatio*), en la ley euricana.

96. Sin poder dispositivo y a título usufructuario si existen otros hijos, nietos..., con pleno poder dispositivo si no existen, sin implicar tal regulación una manifestación del principio de troncalidad, según Guilherme BRAGA DA CRUZ, “A sucessão”, cit., 786-790, quien reconoce razones a Paulo MERÊA, “Para uma crítica”, cit., 212-213, y justifica el silencio para el caso del viudo, en cuanto a los bienes maternos heredados por el hijo que fallece, en la escasa importancia de regular cara a la herencia materna, integrada normalmente por bienes muebles, frente a la mayor importancia de la herencia paterna integrada por bienes inmuebles. Frente a BRAGA DA CRUZ, Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 184-185, pone en entredicho la carencia de poder de disposición y expone dos casos en los que la hija puede contar con patrimonio a transmitir a sus hijos tan importante como el de un hermano, a saber, si está casada cuando mueren sus padres o si se casa después con el consentimiento de los hermanos: así, la situación jurídica del viudo ante el supuesto de la ley euricana sería paralela a la de la viuda. Ya se definía contra el carácter meramente usufructuario Álvaro d'ORS, “El capítulo 327 del Código de Eurico”, *Estudios visigóticos. I* (Roma-Madrid, 1956), 138-139, en conexión con el problema de la *luctuosa hereditas* a la que se referiría este precepto y la ley de Chindasvinto LV 4,2,18.

nuevo varón serán dos sujetos sometidos a la potestad del redivivo, quien podrá hacer con ellos lo que le venga en gana⁹⁷.

El respeto por la certeza de la muerte, y el respeto a la memoria del muerto por parte de la viuda, ofrecen, en definitiva, una visión negativa de la bínuba. Parece admitirse la nueva unión, aparte límites, como circunstancia en que naturaleza obliga; el poder sociopolítico y económico de las viudas también tendría, posiblemente, su parte de culpa en la resurrección de su vida matrimonial. Pero algo dice que el matrimonio, que se disuelve con la muerte de un cónyuge, aún perdura de manera extravagante. En sede canónica, la relación sexual con la viuda repercute en consecuencias jurídicas, sin tapujos, contraproducentes. Según el canon 26 del II Co. Braga, no debe ser admitido en el clero aquél que se casa con viuda; según el 29, la viuda de clérigo nuevamente casada no puede disfrutar de la compañía de clérigos y religiosas ni recibir comunión salvo en la hora de su muerte; según el 43, el lector que se casa con viuda ve paralizada su carrera eclesiástica.

9. Meretrices

La represión de la prostitución, urbana o rural, y la represión del proxenetismo corren parejas: la represión de la prostitución ruge en un huracán de reincidencias al parecer invencibles y de provechos proxenetas por parte de quien debe combatirla: el individuo a quien se entrega la prostituta reincidente, los padres, el dueño, el mismo juez eventualmente recompensado por el pútrido consorcio. *Ant. LV 3,4,17* se ocupa de la prostituta libre y de la prostituta sierva. El *comes civitatis* dispone azotes para la mujer libre que ejerce la prostitución y exhortación para que la abandone, y para la reincidente ordena de nuevo trescientos azotes, y que sea donada a algún sujeto de baja condición social que no la permita circular por el lugar; los consentidores y proxenetas padre y madre de la prostituta reciben cien azotes cada uno. En cuanto a la prostituta sierva, debe padecer públicamente trescientos azotes y ser decalvada y entregada a su dueño con la condición de que se encargue de alejarla del lugar o de venderla para que nunca al lugar retorne; si no lo hace, y de nuevo en el lugar nos la encontramos, su señor recibirá cincuenta azotes, y será entregada a sujeto de baja condición social, con nuevo intento de destierro; trescientos azotes recibirá el dueño, si se beneficia, consentidor, proxeneta, de la prostitución de aquélla. Si el juez no quiere perseguir el vicio, por beneficio o por negligencia, recibirá cien azotes y pagará una multa de treinta sueldos.

Así pues, la prostituta libre padece flagelación; en su primera captura es requerida al abandono del infame oficio; es sometida a reclusión, y no a expulsión, en el lugar;

97. El reflejo del "(...) principio romano de presunción de vida (...)", cuyo origen bien se encuentra en el Derecho romano clásico, en el Derecho romano justiniano, en la influencia católica... Véase Santos M. LOZANO, "La ausencia en el Derecho histórico español", *Anuario de Historia del Derecho español*, 53 (Madrid, 1983), 300 y 301 nota 49.

y es acompañada en el cumplimiento de la pena por la familia, si ésta se benefició de su actividad. De distinta manera, la prostituta sierva ve acompañado el flagelo por la decalvación, y reiterado el intento de su expulsión del lugar; es muestra, el castigo al dueño proxeneta (como, también, el castigo al juez), no tanto de la preocupación por la moral⁹⁸, como por el estrangulamiento del tráfico, del comercio de la carne.

§ 3. SIGLO VII

En el siglo VII acaece la promulgación, en sus dos versiones recesvintiana y ervigiana, del *Liber iudiciorum*. El material utilizado en el *corpus* refleja un espíritu de persistencia de la legislación antigua, en cuya corriente se hunde la nueva legislación. De esta manera, los nuevos principios son formas de retorcer unos principios antiguos no derogados, sino restantes como una capa inferior de sedimentos. La persistencia del pensamiento legislativo antiguo debe ser punto de partida, así, para entender el pensamiento del nuevo siglo. Con esa llave, es posible el asomo a las meditaciones nuevas o renovadas del siglo nuevo: progresiva indiscriminación económica sexual, control mayor preventivo de la violación de los cauces sociojurídicos de relación intersexual, radicalidad católica en la indisolubilidad de los vínculos matrimoniales reconocidos socialmente como sólidos y en el combate del sexo aberrante y del comercio carnal, sacralización más intensa de la progenie...

10. Nam cum viris res illa dederit nomen, quod vi feminas agant

Esta proposición se halla en una ley de Recesvinto, LV 3, 1, 4, donde se desprecian los matrimonios de varones con mujeres de mayor edad. Armoniza con aquélla que encabezó el viaje por los siglos V y VI y que sostenía la potestad del marido sobre la mujer. Los matrimonios de edad desigual degeneran, se enjuicia, en espantos de la progenie, enfrentan costumbres desacordes, son material inflamable para que la avidez sexual de la mujer vicie a los barbilampiños y corrompen el sano principio, antiguo, de la dirección por el hombre de la mujer. Dadas estas razones, las mujeres deben desposarse con hombres de no menor edad; si el desposorio se realiza contra este criterio, la impugnación, por cualquiera de las partes, conseguirá su anulación⁹⁹.

98. Bonnie S. ANDERSON Y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres*, cit., 69, explican que en "Las culturas celta y germánica (...) los hombres utilizaban a las esclavas para el sexo y practicaban la poligamia cuando les convenía. No se estigmatizaba al hombre que compraba el sexo de las mujeres".

99. Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 222 nota 11, advierte que de la letra de la ley parecería deducirse no caben esponsales entre aquéllos que tengan la misma edad: "(...) ut femine minoris semper etate viris maioribus in matrimonium dispensentur"; postula sin embargo que pueda deberse a una redacción defectuosa. Su comentario es admisible, máxime si se entiende paralela la referencia a la viuda vinculada "(...) alii viro ab adulescentie eius annis (...)"; pero la diferencia de expresiones puede ser deliberada,

Así, una regulación amparada, una vez más, por el principio de que el timón de la mujer lo gobierna el hombre.

El varón continúa prevaleciente, en cuanto marido, en cuanto padre¹⁰⁰. Pero cierta atenuación de lo discriminatorio y consiguiente equiparación de sexos eriza la piel de las nuevas leyes. Así, Chindasvinto, en LV 4,3,1, considera pupilos a los hijos menores de quince años huérfanos de padre o¹⁰¹ madre, frente a la situación jurídica pretérita en la que pupilo sólo era el huérfano de padre. Se razona la extensión “(...) quia non minorem curam erga filiorum utilitatem matres constat frequenter impendere (...)”, esto es partiendo de una regla antigua de mayor capacidad natural del padre para cuidar de los hijos¹⁰². Esta vencida superioridad natural del padre para la educación del hijo se completa, incluso, con el pensamiento de una equilibrada intervención del padre y de la madre en la procreación, como arguye la ley de Chindasvinto LV 10,1,17: “Si enim filius ab utroque parente gignitur et creatur, cur idem ad conditionem tantum pertineat genetricis, qui sine patre nullatenus potuit procreari?”; coparticipación prenatal que fundamenta el equilibrio de la división económica, del hijo nacido de la unión de siervo y sierva de diferentes dueños, entre éstos, aun cuando se reconozca la educación *apud matrem* hasta los doce años. Por otro lado, en LV 4,5,1, Chindasvinto reconoce no sólo al padre, sino también a la madre y a los abuelos, el poder de corrección¹⁰³ frente a los hijos o nietos que les hubieran causado injuria, así como el ejercicio de la gracia.

La recia sujeción teórica de la mujer al hombre no se elimina, sino que se dulcifica. De esta manera, Chindasvinto, en LV 3,6,2, ante la reducción a servidumbre del marido, ofrece a la mujer dos posibilidades: permanecer con él en consorcio conyugal, manteniendo así el principio de subordinación férreamente, o permanecer en vida casta sin licencia para casarse con otro hombre hasta que su marido muera,

quizá porque la edad de la viuda se presume tal que la igual del varón es suficiente, presunción que no rige con la edad de la soltera: por demás, siendo la anulabilidad, que no la nulidad, una solución no radical del matrimonio entre mujer y hombre de menor edad, no cabe desechar que quisiera extenderse al matrimonio entre varón y hembra de igual edad, en busca de que el primero sea el mayor.

100. Cf., para apreciar la posición jurídica principal del padre, *infra*, LV 4,2,18 Chindasvinto, 4,3,1 Chindasvinto, y LV 9,1,16 Ervigio.

101. Paulo MERÊA, “O poder paternal”, cit., 15 considera la expresión “(...) ab utroque parente, hoc est patre vel matre (...)” disyuntiva, y no copulativa.

102. Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 47-50, comprende LV 4,3,1 “(...) como un pasaje puramente declarativo sin contenido sustancial, sin repercusión ninguna sobre las competencias de la viuda en la persona y bienes de sus hijos (...)”: el jurista vacila entre una interpretación de la ley según la cual se tendería a borrar las diferencias entre la tutela de la viuda y la patria potestad del viudo, por la frecuencia práctica con que las viudas solicitarían aquélla, y una interpretación según la cual la diferencia entre ambas instituciones permanecería, de lo que daría prueba la limitación de la tutela materna hasta los catorce años inclusive. Contra la *matria potestas* y a favor del sentido retórico, programático y declarativo de esta ley, *vide* Antonio MERCHÁN ÁLVAREZ, *La tutela*, cit., 44-45, 148-150: “Se trata de una ley en línea con la tendencia postclásica a reforzar la importancia de la madre y su intervención en asuntos domésticos, pero a nivel moral, no jurídico”.

103. Paulo MERÊA, “O poder paternal”, cit., 4, entiende el poder de corrección inherente al deber de educación.

independizando a la mujer pero sometida al principio inquebrantable de fidelidad. Wamba, en LV 6,5,21¹⁰⁴, defiende un principio de responsabilidad jurídico-penal personal y no familiar.

En la ley de Chindasvinto LV 2,1,8, la posición jurídica de la mujer es espejo de una situación patrimonial autónoma de la que se nutre, instrumentalizada, la posición jurídica del marido. Realmente, la mujer cuenta con un campo de actividad jurídica propio y con un ámbito de responsabilidad personal, pero no deja de ser pensada su posición como resorte eventual del cónyuge. Ocurre cuando se decretan penas para desertores, traidores y conspiradores contra el príncipe, entre las que se encuentra la pérdida del patrimonio, y se avisa contra las prácticas fraudulentas consistentes en transmitir los maridos a sus mujeres su *facultas*, con el fin de que los bienes queden ajenos a su dominio, *iure precario*, y no afectos por la sanción: para evitarlo, tales negocios son considerados inválidos por la ley, y los varones perpetradores del fraude sujetos a los que se atribuye la pertenencia de los bienes que ahora quedan bajo el arbitrio de quien el rey designa. Pero tiene su importancia esa posición autónoma de la mujer que hace pensar en un régimen económico matrimonial de separación de bienes.

En la línea de impulso hacia la equiparación entre los sexos, el equilibrio patrimonial entre marido y mujer se edifica sobre medidas contra una desigualdad desbocada en perjuicio del varón. Ni la mujer ni sus padres pueden exigir al esposo o a sus padres más de lo que las leyes determinan como dote (*donatio propter nuptias*¹⁰⁵) ni hacer valer escritura en que se otorgue tal exceso. Lo constituye Chindasvinto en LV 3,1,5. Previamente se ha establecido el límite máximo de la cuantía: entre los *primates* y *seniores*, mil sueldos y una serie de regalos complementarios¹⁰⁶, y, entre el resto de sujetos, una décima parte del patrimonio, solución segunda que se extenderá a los primeros (añadiendo *ornamenta* de hasta mil sueldos en los regalos complementarios) con la versión ervigiana. Se crea así una válvula de seguridad que limita los beneficios de la mujer, los cuales sólo cabe acrecentar si a su vez ella acrecienta su aportación: si aumenta la dote, puede aumentar la *donatio propter nuptias*, consagrándose el principio de equilibrio entre ambas que ve plasmado

104. Álvaro d'ORS, "El Código de Eurico", cit., 111 nota 262, considera la ley notoriamente postervigiana.

105. Alfonso OTERO, "Liber Iudiciorum 3,1,5 (En tema de dote y "donatio propter nuptias")", *Anuario de Historia del Derecho español*, 29 (Madrid, 1959), 546-547, explica las razones de la confusión entre los términos *dos* y *donatio* y *pretium*.

106. No es éste el momento para analizar la supuesta persistencia de *Morgengabe* germánica, definida por José Manuel PÉREZ-PRENDES, *Breviario*, cit., 63, como "(...) la donación de la mañana (...) que le entregaba el marido [a su mujer] al día siguiente a la noche de consumación del matrimonio como recompensa por la conservación de la virginidad hasta ese momento"; conviene no obstante recordar la opinión de Alfonso OTERO, "Liber Iudiciorum 3,1,5", cit., 548-549, según la cual, por un lado, sería difícil apreciar un premio a la virginidad en regalos que son anteriores al matrimonio, y, por otro, la referencia al futuro matrimonio de varón y *mulier*, junto al de varón y *puella*, puede suponer un problema grave a la hora de encontrar la virginidad a premiar.

en esta ley Alfonso Otero¹⁰⁷. Si el esposo promete en los esponsales, constando la promesa en escritura o mediante juramento, dotar por sobre lo establecido, puede retraer el exceso a su potestad; si por reverencia al juramento o por negligencia no quiere recuperar ese exceso, los padres o propincuos tienen la posibilidad de reivindicarlo, pues “(...) non oportebit unius tepiditate multis ad futurum damna nutriri (...)”. Transcurrido un año una vez contraído el matrimonio (no antes, salvo peligro de muerte), y alejado así el eventual fraude en los tratos prematrimoniales¹⁰⁸, el marido tiene licencia para donar a la mujer recompensándola *pro dilectione vel merito coniugalis*: siguiendo a Alfonso Otero, en el transcurso de ese año no se produciría una prohibición de donaciones maritales, sino una prohibición de donar más de lo pactado en el caso de que esa donación no fuera compensada por un aumento de la dote a cuenta de la mujer¹⁰⁹.

La mujer no puede dañar la situación jurídico-patrimonial del marido, ciertamente: tampoco las expectativas de los hijos. De la donación marital, la mujer puede disponer por completo, *causa mercedis ecclesiis vel libertis sive cuicumque*, sólo si no tiene hijos o nietos: si los tiene, no puede disponer de más de la cuarta parte: quedan reservadas a los hijos o nietos las tres partes restantes, protegido cada originario núcleo familiar si la mujer tuvo varios maridos, al no poder percibir cuota un hijo de lo dotado por padre que no fuera el suyo¹¹⁰. La motivación de Chindasvinto, en LV 4,5,2, para adoptar esta solución, es la siempre sospechosa naturaleza de la mujer, y sus extrañas inclinaciones apertentes: “Quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus iudicare quod voluissent, quedam repperiuntur, spretis filiis vel nepotibus, easdem dotes illis conferre, cum quibus constiterit nequiter eas vixisse (...)”. La confabulación entre los intereses de marido e hijos como condicionantes de la situación jurídica de la mujer refulgía ya en LV 3,1,5, al advertir cómo la dote que recibe la mujer está a su disposición sólo si no tiene hijos, y cómo tras su muerte intestada queda en poder de su marido o de los herederos propincuos de éste.

Ahora bien, si en la última ley citada se aprecia cómo la disposición por la mujer de la *donatio propter nuptias* recibida resta limitada por el merodeo de los hijos y del viudo, es obligado añadir que los hijos no son un filtro que sólo adelgaza las expectativas jurídicas de la mujer: también enmagrece las del varón. La versión

107. Según Alfonso OTERO, “Liber Iudiciorum 3,1,5”, cit., 545, y “La mejora”, cit., 26, 50, en la ley ahora comentada se percibe el ideal de la política patrimonial familiar de contraprestación dote-*donatio*, tendente a la formación de un patrimonio común, establecida por Chindasvinto.

108. Como dice Alfonso OTERO, “Liber Iudiciorum 3,1,5”, cit., 552, “Probablemente el legislador pensó que, después de un año, la posible existencia de hijos ya limitaba la facultad de donar la mujer al marido y el marido a la mujer (...)”.

109. Alfonso OTERO, “Liber Iudiciorum 3,1,5”, cit., 552: “Sucedería como con anterioridad a la celebración del matrimonio: es decir, se podría aumentar la *donatio* del marido, aun excediendo la tasa legal de Chindasvinto, siempre y cuando fuese acompañada de una contraprestación dotal por parte de la mujer (...)”.

110. En la ley de Chindasvinto LV 4,5,4 se declaran los derechos, en la sucesión intestada de un hermano que no dejó hijos ni nietos, de sus hermanos hijos de un mismo padre y madre, si éstos tuvieron más de un cónyuge con descendencia.

ervigiana de la ley LV 4,2,19 de Chindasvinto decreta la nulidad de donaciones *mortis causa* entre cónyuges (no de las prematrimoniales¹¹¹), así tanto del marido a la mujer cuanto de la mujer al marido, para salvaguardar las expectativas de los hijos aún no nacidos, salvo una quinta parte de libre testar.

11. Raptus, violentia

Sobre el sedimento de los dos siglos anteriores, el nuevo siglo matiza, escruta y desarrolla virtudes y vicios de las relaciones intersexuales. Perenne la misma tónica: impedir interferencias entre dispares grupos sociojurídicos, por razones religiosas y por posibles vulneraciones de las reglas del tráfico socioeconómico.

El problema del rapto como medio de abrir cauces a la desenvoltura de las relaciones entre sujetos de sexo y condición sociojurídica dispar, refleja aquella tónica y agudiza ideas en las conductas ilegales y en las leyes. Chindasvinto, en tal vorágine, arbitra medidas contra el rapto de mujer libre ejecutado a través de un siervo. En LV 3,3,8 se protege a aquélla del rapto por siervo cuya comisión su dueño conoce u ordena, obligando a éste a satisfacción legal: sólo el siervo raptor y acaso violador es castigado (decalvación y azotes si no existió violencia, *penali sententia* si la hubo) si el dueño no puso voluntad. La repugnancia hacia el rapto como modo de barrenar las vías de relación dentro de cada nivel sociojurídico es repugnancia hacia la ruptura del tráfico económico cuando se produce entre siervos, como en LV 3,3,10, de nuevo de Chindasvinto, que decreta decalvación y azotes para el siervo que rapta a la sierva ajena, y separación entre ambos. Recesvinto se ocupa del rapto de liberta realizado por siervo en LV 3,3,9: o el dueño compone por el siervo, o el siervo padece suplicio. La versión ervigiana de esta última ley dispone, para el caso de siervo y liberta *idonei*, la posibilidad de composición por parte del dueño de aquél; si no se produce composición, el siervo es entregado y queda bajo la potestad de la mujer, quien de ninguna manera puede *in coniugio copulare* con el raptor: si lo hace, el dueño puede reivindicar a su siervo y a la prole; si siervo y liberta son *rustici aut vilissimi*, el dueño del siervo debe pagar el precio del siervo a la mujer: con él quedará tan cierto como la decalvación y flagelo que ha de padecer éste¹¹². Importa la sanción de las interferencias entre niveles sociojurídicos: cuanto más alto es el nivel, mayor carácter purgativo y penitencial tienen las sanciones, transfiguradas en convalidación económica cuanto el nivel es más bajo.

111. Lo que supone, en opinión de Manuel GARCÍA GARRIDO, “El régimen jurídico”, cit., 442, posibilitar un régimen paccionado de comunidad universal de bienes.

112. José ORLANDIS, “Sobre el nivel de vida en la Hispania visigótica”, *Anuario de Estudios Medievales*, 8 (Barcelona, 1972-1973), 23: “(...) el *servus idoneus*, tasado por Ervigio en 100 *solidi*, valoración alta que acredita la estima en que se le tenía. El precio del *rusticus aut vilissimus servus*, dedicado al cultivo de la tierra e indispensable para la rentabilidad de ésta, supondría una porción alícuota variable, pero imposible de precisar, del valor del *servus idoneus*”.

Entre paréntesis, es sabido que Chindasvinto conoce la utilidad de la simulación para alterar el orden sociojurídico sobreentendido y especular económicamente. Imagínese que el dueño ofrece una imagen de su siervo como libre con el objeto de atraer a una mujer libre que lo acepte como marido; nacida prole y descubierta la unión infame, planea, quedarán reducidos a servidumbre los descendientes. La maquinación dolosa se combate con la nota de infamia y la concesión de libertad para siervo y descendientes. De esta suerte, el problema es resuelto *hacia arriba*, con pérdida de patrimonio, con la única salvedad de que no haya prueba de la confianza de la mujer en la libertad del siervo, falta que conduciría a la recuperación, por el dueño, del siervo y de sus hijos y de sus bienes. Esta respuesta de LV 3,2,7 ante la maquinación dolosa queda extendida a siervas simuladas libres, y a libertos y libertas. Si, como matiza Ervigio en LV 9,1,16, es el propio siervo el que finge ser libre, fugado o de cualquier manera evadido del poder de su dueño, de modo que copula con mujer libre y tienen hijos, la falsedad, y deshonestidad, de la unión, resolverá que los hijos sigan la condición del padre, y que el dueño de éste pueda recuperar no sólo al fugitivo sino también a aquéllos y su peculio; lo mismo, si las fugadas son siervas fingidoras que se unen a varones libres. Así, no siendo ya culpable el dueño de fines torcidos, y a diferencia de soluciones antiguas (*ant.* LV 9,1,15) en las que el error sanaba, de la mano de la situación jurídica del engañado, la de la prole fruto del engaño, por tratarse de una unión matrimonial y haber precedido indagaciones consideradas suficientes sobre la condición sociojurídica del esposo, en este nuevo tiempo, y ante una unión mera cópula, la posición jurídica del dueño del simulador importa más, su compensación de pérdidas, la garantía del tráfico real, y a ese principio de tuición de la masa patrimonial se someten las medidas arbitradas. La repulsa moral sólo puede maquillar, que no dominar, la respuesta económica. Esta siempre juega, si en juego están expectativas, derechos amenazados, aturrida la seguridad del tráfico. Lo demuestra Recesvinto, en LV 3,3,3, al hacerse consciente de la intervención del grupo familiar de la mujer que se dispone a contraer matrimonio, en la frustración de expectativas económicas, de pactos, por su voluntad suscritos; así, protege al esposo lícito, concediéndole el precio que pagó por la mujer, cuadruplicado, si es raptada con el consentimiento de los padres, quedando bajo su potestad el raptor.

La mujer libre, con Chindasvinto, según LV 3,3,11, debe quedar protegida de violencia por la cual la familia pretenda unirla a un hombre. Una sanción económica en provecho de la violentada, más la nulidad del matrimonio si la mujer no presta su consentimiento, son las consecuencias constituidas. No obstante, el privilegio por razón de la categoría sociojurídica es vencido por el privilegio de otra condición más alta, la de la voluntad real, pues la violencia no queda descartada si se produce por mandato regio¹¹³. La propia nefanda polución del matrimonio (o del adulterio) incestivo, tratada por Chindasvinto en LV 3,5,1, se admite cuando

113. Sobre el ejercicio por los reyes visigodos de este derecho, *vide* Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 248-249.

media orden o consentimiento del príncipe. La versión ervigiana de LV 3,2,1 admite el matrimonio de la viuda, dentro del año posterior a la muerte del marido, si la voluntad real ha favorecido la eliminación del plazo de luto tras la lúgubre noticia. Así, el mandato del príncipe en orden a la celebración del matrimonio se enrosca en el cuello de la mujer, y la posición sociojurídica superior se inmiscuye en la posición legal de los inferiores.

12. Adulterium

El adulterio (cuyo concepto amplio, comentado en el análisis de los siglos V y VI, se perpetúa) es todavía una actividad protagonizada fundamentalmente por la mujer casada y por el varón que seduce a o es seducido por una mujer casada, y excepcionalmente por el varón casado.

En cuanto al protagonismo de la mujer casada, se deduce de la forma de imponer penas Chindasvinto en LV 3,4,12, quien no obstante muestra una preocupación especial por la probanza del adulterio¹¹⁴. La mujer adúltera y el adúltero quedan bajo la potestad del marido afrentado; y, para colmar vacíos, su patrimonio también, si los adúlteros no tienen hijos legítimos de anterior matrimonio. Se añade que tras quedar por causa de adulterio la mujer bajo la potestad del marido, carece éste de licencia para hacer vida conyugal con la viciosa, de manera que, si viola esta orden, nada tendrá de los bienes de la mujer. Resulta una vía de perdón, penada, pues, para el marido que se decide por la indulgencia.

Este mantenimiento de la afición conyugal del marido, pese a todas las cosas, adquiere tintes repulsivos, que dicen mucho sobre la proclividad al adulterio de la mujer casada y sobre sus mañas arteras, en otra ley de Chindasvinto, LV 3,4,13. Informa acerca de una curiosa práctica de la mujer adúltera, cual la de la perturbación de la mente del marido a través de pociones y otros saberes inicuos, con el objeto de que éste no proceda a acusarla públicamente y de que no pierda la afición conyugal: práctica malevolente contra la que debe reaccionar el núcleo familiar, marido, hijos legítimos y propincuos del marido, o, en caso de negligencia o complicidad de éstos, sujeto designado por el mismo príncipe. La versión ervigiana de la ley quiere ver a los adúlteros como siervos entregados con todos sus bienes a aquél que haya instado la causa, quien saborea el poder de mutilación o flagelación *salvas animas*¹¹⁵. La persecución de la adúltera se torna sutil.

114. En la ley ahora comentada, en LV 3,4,13 Chindasvinto, desarrollando LV 3,4,3 *ant.*.

115. Explica Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 257: “El enorme apasionamiento con que los legisladores visigóticos castigaban las ofensas al honor de la familia llega aquí al punto máximo de su expresión. Incluso se podrá dar el caso de que la madre sea sometida a la esclavitud de su propio hijo, dejando a la voluntad de éste los castigos corporales de aquélla. Esta brutalidad de la ley queda algo suavizada en una redacción más tardía, cuyo autor desconocemos, y que nos ha sido transmitida en algunos manuscritos sueltos: a los hijos les será entregada la persona y los bienes del cómplice del adulterio, así como los bienes de la madre, pero la persona de la madre será entregada a un tercero que el rey determine”.

El protagonismo del varón seductor se aprecia en LV 3,3,11, de Chindasvinto, con toda pujanza, como personaje hábil e industrioso en sus artes. Queda sujeto a la ley si engaña a la mujer o a la hija de otro o a una viuda, con fines adulterinos, a través de los servicios interpuestos de libre, siervo o liberto de cualquier sexo: seductores y celestinas que se hunden bajo la potestad de aquél cuya mujer fue engañada.

El marido adúltero no protagoniza las leyes, salvo en los casos especialmente graves de afección al núcleo familiar. Así ocurre en la escandalosa unión sexual con mujeres, libres o siervas, con las que han mantenido ya relaciones otros miembros de la familia, en concubinato o en adulterio. La regla LV 3,5,5, de Chindasvinto, con aroma a LV 3,5,1 sobre los prohibidos matrimonios y adulterios incestivos, y pena con pérdida de bienes, penitencia y exilio. El mismo espíritu está presente cuando Ervigio, en *ant.* LV 3,3,1, se ocupa del raptor de una mujer, teniendo la propia e hijos legítimos, y lo reduce a siervo de la raptada, otorgando a los hijos sus bienes. En relación con el divorcio, véase *infra* LV 3,6,2. La violación del respeto al núcleo familiar tatúa al hombre como malhechor, y es la gravedad sociofamiliar, religiosa, de los hechos, no su ligereza concupiscente, la que hace del hombre, del marido, un adúltero.

La versión ervigiana de *ant.* LV 3,4,2 extiende la sombra del adulterio hacia los esponsales. Con mayor amplitud, trata sobre la mujer que, una vez pactados esponsales, pacta esponsales, contrae matrimonio o comete adulterio con otro hombre. Esta mujer y el adúltero o el injusto marido o el esposo ilícito, quedan sometidos a servidumbre del primer esposo, con todos sus bienes de no tener aquéllos hijos legítimos de anterior matrimonio. Esta introducción de los esposos en idéntica situación jurídica a la de los casados, aproximando matrimonio real y virtual, la acomete Ervigio también en las citadas LV 3,3,11 y 3,4,12.

13. *Divortium, filiorum suorum necatores*

En LV 3,6,2 Chindasvinto es el cirujano del divorcio, de sus causas y efectos jurídicos. Discurre sobre el divorcio que el marido promueve por causa lícita, sobre el que promueve por causa ilícita, sobre el divorcio que la mujer promueve por causa lícita, sobre el que promueve por causa ilícita.

Sólo el adulterio de la mujer (que queda, por su comisión, bajo la potestad del marido) es causa lícita para que el marido promueva el divorcio. En tiempos de Ervigio, el canon 8 del XII Co. Toledo, inspirado por *Mateo* 19,9, decretará pena de excomunión para el marido que abandona a la mujer *sine causa fornicationis*, “(...) quia quod Deus iunxit ille separare disposuit (...)”, apartando de la dignidad palatina a los que no retornan al consorcio conyugal tras la amonestación del sacerdote. Realmente, el pecado del varón está en su desprecio por el vínculo familiar, más que en su posible refocilarse con mujer que no es la propia: “Si alienam coniugem violare res sine crimine non est, quanto magis illa contemnere, quam sponte sua unusquisque possidendam sortitus est?”.

Si el marido se separa de su mujer sin esta causa adulterina, y ha conseguido mediante ardides sumar a su voluntad la de ella para la realización de escrituras con miras al divorcio, éstas se entienden nulas, y la mujer conserva íntegro su patrimonio y la donación marital. Para Karl Zeumer, la alusión a las escrituras obtenidas coactivamente es testimonio de la posibilidad de un *divortium communi consensu*, en la medida en que no tendría sentido pretender obtener por medios coactivos la voluntad de la mujer si ésta carece de valor¹¹⁶.

Creo, sin embargo, que se trata más bien de la persistencia truncada de las antiguas soluciones de *ant. LV 3,6,1* para el repudio y el divorcio. La ley 1 acogía repudio y divorcio, mientras la ley 2 sólo acoge divorcio, lo que resulta significativo. La ley 1 exigía la constancia formal del divorcio, más allá del repudio del marido, testimonial o documentalmente, para que la mujer pudiera contraer matrimonio. En la ley 2 alienta el intento del marido, que ve cercenada la vía libre para el repudio, de utilizar el camino que formalizaba antiguamente la disolución para ambos cónyuges, cual la constancia documental del divorcio; mas la ley 2, realmente, al prever este intento, lo combate, limitando la disolución del matrimonio a causa taxada: la expresión de la ley 1 “(...) aut scriptis aut coram testibus (...)” como clave para la disolución abrigadora también de la situación de la mujer, se transforma en la ley 2 en “(...) neque per testem neque per scripturam seu sub quocumque argumento (...)”, cercenando en puridad el antiguo cauce. Una mayor cristianización neotestamentaria, frente a la antigua de mayor influjo veterotestamentario, encorseta la posible disolución del vínculo frente a ambos cónyuges: el abandono no es sino dureza de corazón y todo nuevo matrimonio (salvo por muerte: *I Corintios 7,39*) adulterio, así *Mateo 19,1-9, 5,31-32, Marcos 10,2-12, Lucas 16,18, Juan 4,16-18*.

El marido divorcista ilícito, es decir, divorcista por causa no de adulterio, queda privado de su patrimonio, que se reserva a los hijos nacidos en el seno del matrimonio bombardeado o en un su anterior matrimonio, *equaliter* si existen unos y otros, y, sólo si no existen, a la mujer de la que se apartó¹¹⁷; los hijos de ésta, de anterior matrimonio, si no existen del disuelto, o sus propincuos en su defecto, pueden subrogarse en su acción contra el ilegal divorcista. El marido que fuerza a la mujer a otorgar escritura de divorcio o, despreciada su mujer, otra mujer toma (esto es, antiguas vías de la ley 1: constancia documental de divorcio, repudio y nueva unión), es condenado a azotes y decalcación y exilio y servidumbre. Admitido el protagonismo del marido en el adulterio, la mujer adúltera no se libra de ver castigada su saña contra la mujer del prójimo con el que yace, cuando no se reprime a pesar de saber que existe tal mujer del varón con quien copula, y es entregada a la mujer infamada: ésta hará con ella lo que considere oportuno, salva su vida, subrogándose, si ha muerto, hijos legítimos o herederos propincuos en su posición jurídica.

116. Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 278-279.

117. Según Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 147, se trata de “(...) una sanción excesiva que hace pensar en el deseo de equiparar al marido y a la mujer, difícilmente aplicable en la práctica”.

“Sane quia per mulieres etiam huius rei interdum fieri solet scandalum, ut favorem regum vel iudicum viros proprios spernere videantur (...)”: este enunciado es toda una declaración de principios sobre su naturaleza y su carácter artero, corrupto y medrador. Pues bien, sólo causas lícitas disuelven el matrimonio y legitiman a la mujer para casarse con otro hombre; si no se producen, y la mujer “(...) sive principis opem aut quocumque ingenio seu cuiuslibet auxilio (...)” pretende el divorcio, será castigada de la misma manera que el marido que pretende divorcio ilícitamente.

Estas causas lícitas para que la mujer promueva el divorcio son (y lo son “[...] quia tale nefas fieri nequaquam inter christianos oportet [...]”): la práctica por el marido de concubinato homosexual, de proxenetismo con o mera entrega en adulterio de la propia mujer sin su consentimiento, su pasividad ante la violación de su cónyuge.

Interpreto la primera causa en el sentido de una relación sexual sodomítica, pública o escandalosa, acaso estable, o delictiva (violación, prostitución) y/o frustradora de la sexualidad matrimonial en cuanto acto de servicio a la procreación. Me parece que la homosexualidad marital clandestina, discreta, esporádica y no constitutiva de otro delito, no provocaría disolución del matrimonio¹¹⁸. Reconozco que esta interpretación no cuenta con respaldo expreso de la literalidad de la ley, aunque sí es expresa la necesidad de *adprobare*; con todo, una prueba contundente de homosexualidad, si para la mujer acaso más difícil, acaso menos para su parentela investigadora en bloque, tal vez lograrse la disolución pese a la discreción, etc., del acto. En cualquier caso, tras la radical represión de la homosexualidad acometida por el canon 3 del XVI Co. Toledo y la ley de Egica LV 3,5,7, más adelante abordadas, los matices de la homosexualidad causa lícita de divorcio se desvanecerían.

La alusión a la frustración de la procreación en el seno del matrimonio, por mor de los deleites homosexuales del marido, como uno de los basamentos para fundamentar el divorcio por homosexualidad, parece conectar bien con la línea que implanta Chindasvinto de endurecimiento de las penas contra actos de frustración de la procreación en el matrimonio, como los de abortistas e infanticidas: frente a la multiplicidad de soluciones, ante el aborto, propia de la legislación antigua, dependiente tanto de la condición sociojurídica de la persona, en LV 6,3,7 se estatuye la pena de muerte, o la ceguera si hay piedad, para la libre o la sierva, sin distinción, que mata a su hijo o aborta, así como, sin distinción a su vez entre autoría,

118. Me pregunto si sería lógico entender como causa de disolución una homosexualidad sin mayores circunstancias concurrentes, por la palabra de Dios menospreciada (*Levítico* 18,22, 20,13), cuando ¿no se contempla? el bestialismo (*Éxodo* 22,18, *Levítico* 18,23, 20,15-16, *Deuteronomio* 27,21) o el travestismo (*Deuteronomio* 22,5): ¿por qué no serían causas de divorcio, si la homosexualidad masculina por sí sola lo es, el lesbianismo, la pederastia, el transexualismo, la masturbación, la promiscuidad, la prostitución, otras consideradas perversiones sexuales cercanas a la semántica de aquélla (*vide*, para esta proximidad, H. J. KUSTER y R. J. CORMIER, “Old Views and New Trends. Observations on the Problem of Homosexuality in the Middle Ages”, *Studi Medievali*, serie terza, anno 25, fasc. 2 [Spoleto, 1984], 587-610, y Carlos ESPEJO MURIEL, *El deseo negado. Aspectos de la problemática homosexual en la vida monástica (Siglos III-VI d. C.)* [Granada, 1991], 73-78, 154).

complicidad, inducción o negligencia, para el marido que lo mandó o permitió¹¹⁹. Ahora bien, ¿no podría operar la mera impotencia, sin calificativo homosexual, como causa de disolución, o como presunción de homosexualidad, o de desviación ambigua de la naturaleza masculina, causante de la disolución?

En cuanto al proxenetismo, a la mera entrega carnal y a la pasividad ante la violación de la mujer, pienso son las ideas que se plasman en la expresión “(...) eandem suam uxorem, ea nolente, adulterando cuicumque viro dedisse vel permisisse (...)”: da en adulterio a su cónyuge, o permite el adulterio, el proxeneta, o el simple indolente o el *voyeur*, el que no defiende a su cónyuge frente a una violación¹²⁰.

Por demás, si alguno de los cónyuges expresa su deseo de consagrarse a Dios, el sacerdote debe conocer el acuerdo de ambos y queda a los dos imposibilitada la vía de un nuevo matrimonio. Se trata de evitar con esta imposibilidad que, como razona Karl Zeumer, nadie convenza a su cónyuge para que se retire a la vida contemplativa prometiéndole hacer lo mismo, para luego sin obstáculos incómodos contraer nuevas nupcias¹²¹.

Recesvinto, en LV 3,6,3, reitera la necesidad de mutuo consentimiento para el que pretende abrazar la religión. Y dice respecto de los que pactaron esponsales o están comprometidos tras la tradición de las arras¹²², lo que Chindasvinto decía respecto al divorcio de los casados.

Se radicaliza católicamente, en suma, la indisolubilidad del vínculo real y virtual.

119. Manuel TORRES AGUILAR, *El parricidio*, cit., 93, advierte cómo no puede hablarse todavía de una distinción paladina entre parricidio, aborto e infanticidio, si bien se trata de una ley que, primero, tipifica la muerte del recién nacido junto a la del *nasciturus*, y, segundo, independiza del parricidio como tipo la muerte del recién nacido por la madre. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica*, cit., 75-77, explica esta nueva legislación como reacción contra las costumbres abortistas que no habían desterrado las anteriores leyes, con un influjo más ajustado de los principios cristianos: “No hay, pues, como en la antigua teoría romana una protección de los intereses del padre, ni una salvaguarda de los de la familia, como en la concepción germánica (...) Se protege, pues, la vida del que ha de nacer, pensando en él mismo y negando expresamente a los padres cualquier derecho sobre ella”.

120. Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 82 y 147, considera causa lícita de divorcio, ambiguamente, la inducción al cónyuge al adulterio, según expresión de aquella primera página, o la inducción al adulterio de su cónyuge, según expresión de aquella segunda. Dar a su mujer, según la letra de la ley, en adulterio, o permitir el adulterio, contra su voluntad, no parece que sea sólo inducirla a cometerlo, sino incurrir en proxenetismo o, si no se saca provecho, en un vicio por sí solo detestable (indolencia, *voyeurismo*, otra perversión); permitir que una mujer sea sometida a adulterio contra su voluntad es permitir una violación, y no una inducción a que lo padezca. Sí implica la norma quizá una inducción a tercero a la consumación del acto sexual, pero también puede entrelazarse una autoría, complicidad, encubrimiento, según el delito que imaginemos (proxenetismo, violación, etc.): la ley no atiende a matices técnicos conceptuales, a efectos de propiciar en toda circunstancia el divorcio.

121. Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 276-277.

122. Sobre el término arras, *vide*, por ejemplo, Paulo MERÊA, “Um problema filológico-jurídico: a palavra “arras””, *Novos estudos de História do Direito* (Barcelos, 1937), 139-149, y “Sobre a palavra “arras””, *Estudos de Direito hispânico medieval. I* (Coimbra, 1952), 139-145; también, Georges BOYER, “Isidore de Séville et la définition des arrhes”, *Mélanges. I. Mélanges d'Histoire du Droit occidental* (Paris, 1962), 299-314.

14. Virgines, viduae, religio

Ya en las reflexiones sobre los anteriores siglos cabía detectar la conexión semántica entre vírgenes, viudas y hombres y mujeres de condición religiosa, y su común vínculo en su carácter peculiar frente al sexo, al matrimonio.

La ley de Chindasvinto LV 4,2,18 versa sobre la *luctuosa hereditas*, bajo el faro de la reciprocidad sexual¹²³. La viuda tiene derecho al patrimonio del cónyuge que, muerto éste, debería haber heredado el hijo o la hija difuntos tras al menos (más o menos, según Ervigio¹²⁴) diez días de vida bautizados (esto es, con capacidad sucesoria); en la misma posición se encuentra, en tal caso, el viudo¹²⁵. No puede ser de libre disposición cuota mayor de la quinta parte para obras pías. Viuda o viudo deben reservar aquellos bienes a otros hijos, si los hubiere, o, en su defecto, a los nietos¹²⁶, los cuales no pueden ser mejorados en más de una décima parte del patrimonio, o de un tercio en la versión ervigiana. A falta de hijos o de nietos, se reserva a bisnietos o a otros parientes próximos, en la versión recesvintiana; en la versión ervigiana, queda el patrimonio de libre disposición: si la sucesión, no obstante, resulta intestada, el patrimonio corresponderá a los parientes del padre o de la madre difuntos.

Si un hijo muere *patre vivente*, tiene mujer e hijos y su hijo *vivente avo* muere, si no ha recibido del padre la totalidad de la cuota hereditaria que le pertenece, la viuda recibe lo que el suegro, de su hijo, tuviera secuestrado; si el hijo vivía en común con el padre y éste nada le había dado, la viuda no tiene derecho a más que lo recibido *donationis titulo* en las nupcias. Si el hijo, por obediencia al padre, le deja poseer lo que del patrimonio de la madre le pertenece, y después dona de aquello a su mujer o a cualquier otro, esta donación es válida siempre y cuando no existan hijos.

Otras normas visigóticas traslucen la posición jurídica de la viudez. Algunas ya nos visitaron y ahora no serán traídas otra vez a colación. Al margen de la situación jurídica patrimonial, Chindasvinto, en LV 3,3,11, se ocupaba de la incardinación de la viuda en sucesos adulterinos; Recesvinto somete expresamente a la viuda en LV 3,1,4 a la limitación de edad para contraer matrimonio consistente en que el esposo tenga al menos la misma edad que ella; Ervigio, en su versión de *ant.* LV 3,3,1,

123. Alfonso OTERO, "La mejora", cit., 70-71, utiliza el término reciprocidad.

124. Desvirtuando el plazo de los diez días y haciendo depender la capacidad hereditaria sólo del bautismo, como explica Enrique GACTO, *La condición jurídica*, cit., 186-187, y explicó antes Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 318.

125. Alfonso OTERO, "La mejora", cit., 70, se plantea el problema de si el derecho de la viuda es en propiedad o en usufructo, inclinándose hacia la primera opción ya que en la ley "(...) no se hace distinción en este sentido, de lo cual parece que debe deducirse una unificación del régimen de unos y otros bienes en todos los supuestos. Esta unificación pudo haberse hecho, simplemente, sobre la idea de reserva".

126. Según Alfonso OTERO, "La mejora del nieto", cit., 393, y "La mejora", cit., 70, 72, estos nietos tienen que ser hijos de los hermanos del hijo premuerto, y no de éste, pues según LV 4,2,2 *ant.*, en este último caso, en la sucesión excluirían a la madre. Sin embargo, atendida la configuración de la *luctuosa hereditas*, la solución de OTERO supondría, como dice Karl ZEUMER, *Historia*, cit., 320, no distinguir en nada el derecho de reserva del derecho de expectativa hereditaria general.

insistirá en lo imposible de la unión entre la raptada virgen o viuda y su raptor, so pena de sometimiento con sus bienes a los parientes que insten su pena, y, en su versión de *ant. LV 3,4,14*, en lo imposible de la unión entre violador y violada virgen o viuda so pena de reducción a servidumbre, con todos sus bienes, de sus herederos. También Ervigio, en su versión de *ant. LV 3,2,1*, admitía el matrimonio de la viuda dentro del plazo de luto si la *principalis auctoritas* así lo decretaba.

Con Ervigio precisamente, una viuda singular verá discriminada su situación jurídica: la viuda del rey, la reina viuda. Esta discriminación corre paralela a la protección de la reina en vida: el canon 4 del XIII Co. Toledo impone penas frente a distintos atentados contra la persona o el patrimonio de la reina o de los hijos o hijas (o de sus esposas o esposos, o de sus cónyuges) del rey; la conducta que da lugar a la aplicación de las penas está matizada extrañamente (con relajación tácita, escepticismo problemático, tal vez, ante la complejidad de los hechos políticos, o con previsión de mutación del ánimo principesco por la expresión “(...) sine iustu partis suae negotio (...)”); “(...) citra evidentium culparum indiculum (...)”, en el canon 7 del XVII Co. Toledo, con los ojos puestos en un tiempo en el que la reina será viuda, pero exigida una viudez religiosa (“[...] religiose existat in viduitate [...]”)¹²⁷.

El estado de viudez religiosa de la reina, exigido en la ley de Ervigio LV 12,1,3, sirve al amparo del honor de ultratumba del príncipe y a la evitación de clientelas alrededor de las conspicuas y perversas viudas reales¹²⁸: se detesta posterior matrimonio o unión adulterina de la reina viuda. Terrible pena de excomunión, y profecía de arder en el fuego eterno, sentencia el canon 5 del XIII Co. Toledo, argumentando lo horrendo de que el antiguo súbdito, incluso si ahora rey, se una a la reina, en matrimonio o en adulterio; lo horrendo de que una parte del cuerpo del rey aún viva sea profanada.

Reinando Egica, el canon 5 del III Co. Zaragoza ratificará las normas pretéritas a propósito de las viudas reales y, constatando las murmuraciones y el desprecio que a menudo padecen aquéllas muerto el rey, dispondrá su toma del hábito religioso y su ingreso en monasterio de vírgenes.

Como ocurría en los siglos V y VI, en el siglo VII vírgenes y viudas mantienen una vinculación discursiva que acoge aún a los clérigos, todos personajes reunidos en círculos secantes por un asomo al precipicio de la religión.

En el reinado de Sisebuto, el canon 11 del II Co. Sevilla se preocupa por que los monjes que protegen los monasterios de vírgenes consagradas no las traten con familiaridad, reduciendo al mínimo visitas y conversaciones. En el reinado de Sisenando, el canon 19 del IV Co. Toledo establece como impedimento para la

127. Reinando Egica, “(...) extra evidentis culpae indicium (...)”, en el canon 8 del XVI Co. Toledo, que no cita a la reina. Sobre los problemas políticos impresos en esta temática de la reina viuda, ahora y en lo sucesivo, *vide* José ORLANDIS, *Historia de España. La España visigótica* (Madrid, 1977), así como José ORLANDIS y Domingo RAMOS-LISSON, *Historia de los concilios de la España romana y visigoda* (Pamplona, 1986).

128. Cf. José ORLANDIS, “La reina en la monarquía visigoda”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 27-28 (Madrid, 1957-58), 125.

promoción al obispado el haber contraído segundo matrimonio, el haber sido marido de una viuda o de una mujer abandonada por su cónyuge o de otra mujer no virgen, o el haber tenido concubina; el canon 42 ordena que los clérigos no traten con mujeres que no sean madre, hermana, hija o tía; el canon 43 pena a los clérigos que se unen a mujeres extrañas o siervas en uniones ilegítimas; y el canon 44 combate el matrimonio de clérigo con viuda, repudiada o meretriz.

El canon 55 del IV Co. Toledo obliga al apóstata, penitente que vuelve a la vida del siglo o cambia el hábito religioso por el seglar, a reintegrarse a la vida religiosa, so pena de anatema; la regulación se extiende a las viudas y vírgenes consagradas y mujeres penitentes que cambian el hábito religioso o contraen matrimonio¹²⁹. Reinando Chíntila, los cánones 6 y 7 del VI Co. Toledo continúan en lucha contra la apostasía, indiscriminando sexualmente entre varones y hembras. Chindasvinto, en LV 3,5,3, persiste contra los apóstatas en una imposición de sanciones personales (reingreso en religión, infamia, penitencia) y patrimoniales que afectan tanto al hombre como a la mujer, si bien ésta no queda exenta de alguna valoración negativa extra sobre su naturaleza: “Et quoniam apostizandi precipitatio fraude potius mulierum sepiissime perpetratur (...)”. Recesvinto, por su parte, en LV 3,4,18, aproxima el juicio negativo de hombre y mujer religiosos corruptos, ante el supuesto de matrimonio o adulterio entre un presbítero, diácono o subdiácono, y una viuda o virgen consagrada a Dios o cualquier otra mujer secular; la unión debe deshacerse y jamás rehacerse, el varón queda sometido a penitencia bajo la potestad del pontífice y la mujer a la espera de azotes: como es claro, en la línea de las meditaciones conciliares contra familiaridades más o menos completas entre religiosos y mujeres, propias o no¹³⁰. El éxito de las medidas debió de ser escaso, como denuncia el canon 10 del IX Co. Toledo, que desesperado radicaliza la política, para afectar a la prole nacida de unión detestable entre el clérigo y una mujer sierva o libre: la descendencia queda desheredada, y sierva de la iglesia de su padre; por otro lado, los cánones 4 y 5 del X Co. Toledo, al constatar la apostasía de las viudas consagradas, les imponen escritos formales de asunción de la profesión religiosa, hábitos y velos que indiscutiblemente identifiquen su condición, sin admitir el abandono de religión ni siquiera a las devotas aparentes que, si bien no recibieron el hábito del obispo, ellas mismas lo vistieron o consintieron ser vestidas con él.

Bajo Wamba, el canon 5 del XI Co. Toledo castiga severamente al obispo que mediante engaño comete adulterio con la mujer, hija, nieta u otra familiar de un magnate, así como al homicida de nobles mujeres o doncellas; el canon 4 del III Co. Braga vuelve a la tradición de requerir del clérigo que no viva sin compañero testigo junto con mujer que no sea su madre, excluyendo inclusive hermanas y consanguíneas consideradas hogaño peligrosos estímulos.

129. La viuda religiosa es castigada porque ha abandonado ya el traje seglar asumiendo el voto de castidad con el hábito religioso, cosa que no ocurre en el caso de la viuda seglar, quien, pensando en casarse, no cambia el hábito seglar: canon 56 del IV Co. Toledo.

130. Cf. VIII Co. Toledo, *Quartae congressionis eventus*, *Quintae actionis impulsus* y *Sextae discussionis obiectu*.

Ervigio estoquea en LV 12,3,21 con pena de deposición y de servidumbre y exilio al sacerdote que, vencido por la lujuria, se entiende sórdidamente con mujeres de hebreos.

Egica, en fin, refleja en LV 3,5,6 la curiosa práctica de las viudas que cometen engaño contra la devoción llevando por un tiempo el hábito religioso con costura oculta de vestidura seglar para, en su momento, aducir que nunca tomaron realmente el hábito: es reputada la viuda por de aquel signo religioso que lució, al primar la idea de que es verdadero signo de la propia condición no lo que para transgredir se esconde sino lo que se aprecia exteriormente. Ocurre así que, como se deduce también de los cánones 4 y 5 del X Co. Toledo citados, la religión atrapa a la persona, le ofrece una especial calidad y transfigura la apariencia en vínculo de necesario respeto y devoción.

15. Concubitores masculorum

Chindasvinto, en LV 3,5,4, se desfoga contra el sexo practicado entre homosexuales varones.

La pena de castración los afecta, además de ser reclusos y obligados a expiar su pecado; también afecta a los consentidores. El que infiere o sufre involuntariamente este deshonor no resulta reo del crimen si descubre el sacrilegio; si reincide, soporta la pena.

Los hijos de los *masculorum concubitores* obtienen su patrimonio, o en su defecto los herederos legítimos, y corresponde al cónyuge la dote percibida y la integridad de sus bienes, con licencia para casarse de nuevo. Esta última licencia conecta con LV 3,6,2, ley de Chindasvinto que considera causa lícita para el divorcio promovido por la mujer el concubinato homosexual por parte del marido.

¿Hablamos de una homosexualidad pública o clandestina, especialmente agravada o por sí sola suficientemente horrenda? Parece claro que la ley 4 puede gobernar perfectamente absorbiendo tanto casos públicos como clandestinos de homosexualidad; entre los primeros, y completando la represión de la prostitución heterosexual femenina de *ant.* LV 3,4,17, los de prostitución homosexual masculina (sin embargo, el silencio de las leyes pesa sobre la prostitución homosexual femenina; y sobre la prostitución heterosexual masculina: ¿adulterio?). También puede absorber casos de delito homosexual en concurso con otros delitos, como el de violación. La aparición, junto a los *concubitores*, de los *consentientes*, es la de, quizá, los proxenetas, controladores del tráfico, quizá la de los llamativos travestidos y afeminados¹³¹, quizá la de los homosexuales pasivos, quizá la de todos ellos; por otra parte, se ofrece la posibilidad de la denuncia para evitar la pena al que infiere sin voluntad, quien podría ser justamente el que no participa en primer plano o a conciencia en el tráfico, aunque es descubierto en su terreno, o aquél que consumó viciado su consentimiento,

131. Cf. Carlos ESPEJO MURIEL, *El deseo negado*, cit., 188: cf. BA,CT 9,4,5.

así como al que padece sin voluntad, quien podría ser la víctima de una violación masculina, o el que ha sido engañado o no era consciente de la homosexualidad del trance; en ambos casos, la falta de colaboración activa en la denuncia y la reincidencia denotan la afición culpable, por principio, propiciadora o cómplice de escándalo público. La razón de la ley es estrangular la nefanda depravación y el tráfico carnal extirpando el *mal sexo* de los *malos ambientes*¹³².

132. Me he preguntado tras la lectura de las páginas de John BOSWELL dedicadas a la homosexualidad si la ley visigótica estaría encaminada a reprimir, exclusivamente, una homosexualidad agravada y delictiva: la prostitución homosexual masculina, la violación homosexual masculina, y no cualquier género de actividad homosexual. BOSWELL no considera absolutamente generalizable y sin falla la postura intolerante hacia la homosexualidad que impregnará el catolicismo progresivamente, desde el Bajo Imperio: si la homosexualidad es una sexualidad que no contempla la procreación, y así se opone al ideal estoico de su natural uso, tampoco conduce al autoengaño de un coito, so capa de generador de prole, aberrante por extramatrimonial, ni afecta como mancha sexual, inevitable por naturaleza, a hijos futuros; por otra parte, la literatura germánica, dice BOSWELL, sugiere la aceptación de una homosexualidad no digna de reprehensión: los visigodos, que fueron de los pocos en arbitrar legislación antisodomítica, de cuya eficacia duda, intentaron, sostiene, con esta política, una unificación cristiana peninsular basada en la consideración de sodomitas (y de judíos) como chivos expiatorios: John BOSWELL, *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad. Los gays en Europa occidental desde el comienzo de la Era Cristiana hasta el siglo XIV* (Barcelona, 1992), 154-157, 202-210. Las ideas de BOSWELL, aquí ni siquiera resumidas, son sugerentes, y, paradójicamente, su sugerencia genérica nos induce al desacuerdo cuando se trata de interpretar la legislación visigótica en particular. Porque su idea de los chivos expiatorios resulta forzada: la rigidez de la ley en el castigo de la homosexualidad no implica que los homosexuales sean chivos expiatorios, como no lo implica para los homicidas la represión legal, literal y rígida, del homicidio: los principios católicos hacen ver con la misma naturalidad el carácter criminal de ambos actos; además, ¿hasta qué punto puede hablarse de la represión de los homosexuales precisamente para una unificación religiosa, ya en tiempos de Chindasvinto? Ahora bien, lo que me sugiere positivamente BOSWELL, es que quizá la legislación visigótica sobre homosexualidad, si parece a su juicio una excepción formal frente a la permisividad germánica, no lo sea, conforme al sentir general de la época que él analiza, y acaso no pretenda reprimir la homosexualidad de forma tajante. Quiero decir que la ley de Chindasvinto podría estar dirigida a atajar exclusivamente la prostitución masculina, contra la que no se había legislado hasta entonces, a diferencia de lo ocurrido con la prostitución femenina. Se ansiaría cerrar el círculo de la represión sobre una sexualidad marginal, furtiva, sórdida y desvergonzada: sobre el comercio de la carne, frente al escarnio de los cimientos socioreligiosos que provoca su presencia como foco de depravación, frente al desafío palmario hacia el orden católico de las cosas. BOSWELL se refiere a cómo “Los actos homosexuales se criticaban a veces (...) porque llevaban implícita alguna actividad objetable en sí misma, como la prostitución masculina” (pudiendo conectar con el abuso sexual de menores: un aspecto posible del tráfico de esclavos): John BOSWELL, *ibidem*, 170-171. La ley yugularía la prostitución, además de otras manifestaciones con relevancia pública de la homosexualidad, como la violación: Carlos ESPEJO MURIEL, *El deseo negado*, cit., 187, conecta el problema de la homosexualidad con el de la pederastia, y el de la pederastia con el de la violación de menores: cf. BA,PS 5,4,14. La ley sólo tipificaría una homosexualidad grave y delictiva. Sin embargo, la letra de la ley no ofrece resquicios para limar su feroz mensaje, si bien es cierto que, si comparamos la ley 4 con la ley 7 de Egica, las cláusulas de generalización del destinatario de esta última ley, por un lado, y, por otro, su título, *de sodomitis*, ya no como la ley de Chindasvinto *de masculorum stupris* (*stuprum* que las normas visigóticas vinculan conceptualmente a otros problemas delictivos como el adulterio y la violación: cf. Gerhard KOBLER, *Wörterverzeichnis zu den Leges Visigothorum* [Giessen-Lahn, 1981], 283; la ley 7 continúa empleando la palabra), ofrece visos de ampliación del tipo del delito que obligaría a interpretar en qué consistiría su primitiva mayor estrechez.

Con posterioridad, el canon 3 del XVI Co. Toledo radicalizará la persecución de la homosexualidad, abominando de todos sus actos, especialmente despreciable en el caso de los clérigos, del brazo de los cuales la embestida se extenderá, sin matices, al resto de varones: deposición en su grado y destierro para sodomitas obispos, presbíteros o diáconos, y azotes, decalvación y destierro amén de castración (remisión a la ley civil) para cualesquiera otros, expulsados todos de la comunidad cristiana sin posibilidad de recibir la comunión. En su lucha, en LV 3,5,7, por eliminar el vicio entre varones, prohibido tanto por las Sagradas Escrituras como por la ley y el canon, aparte de remitirse al decreto sacerdotal, Egica esgrimirá de nuevo el arma de la castración generalizando, en consonancia con la norma conciliar, el rostro del vicioso, así cualquier sujeto, religioso o laico, de cualquier edad o condición, al que se haya probado manifiestamente incurso en esa extravagante gimnasia.