

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

***TEMPUS LUGENDI Y SECUNDAE NUPTIAE EN
DERECHO ROMANO***

TEMPUS LUGENDI AND REMARRIAGE IN ROMAN LAW

Adela López Pedreira

Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
adela.lopez.pedreira@urjc.es

I. En Roma¹, al igual que en Grecia, enterrar o incinerar² a los muertos era un deber sagrado, era la forma de asegurar al difunto su reposo en el más allá, y de evitarle a su alma el vagar errante en el mundo terrenal, pues ello ofendería a sus dioses y generaría una venganza contra los familiares.

Por ello, la muerte se convertía en un hecho de gran trascendencia religiosa y social, que obligaba a la familia del difunto a organizar los cortejos fúnebres, que serían más importantes cuanto mayor fuese la dignidad social y familiar del fallecido. Además, los familiares debían realizar sacrificios para honrar a los *Manes* del difunto³ e iniciar un periodo de duelo, un *tempus lugendi*⁴, que tendría como manifestaciones el

¹ Sobre la muerte y la consideración acerca de lo que hay después de ella, Cic., *Tusculanas*, libro I. Vid. también F. DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romaines*, Milan, 1963; G. DUMEZIL, *La religion romaine archaïque*, Paris, 1966; G. DE LAS HERAS, *La consideración del cadáver en Derecho romano*, Albacete, 1987.

² En XII Tablas, X.1, se indica que en Roma se practicaba tanto la inhumación como la incineración: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito*.

³ Estos actos los organizaría la propia familia, aunque deberían no obstante ajustarse a los criterios marcados por los *pontifices*. Plut. *Numa*, 12.2.

⁴ Vid. sobre este tema, P. RASI, *Tempus lugendi*, Scritti in onore di Contardo Ferrini, Milano, 1947, 393-409; VOLTERRA,

uso de ciertas ropas de vestir⁵, *tristior habitus ceteraque hoc genus insignia*⁶ ; la restricción de participar en actividades sociales como convites, fiestas o espectáculos; la restricción de asistir al Foro⁷, y quizás también la de contraer nupcias⁸...

Osservazioni sull' obbligo del lutto nel editto pretorio, RISG, 8, 1933, 171 ss; ahora también en *Scritti Giuridici*, I , 449-476, citado en este trabajo; VOLTERRA, *Un' osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, Studi in memoria di Aldo Albertoni, I, Padova, 1935, 401-421; también en *Scritti Giuridici*, I, 1991, 477-497; R. YARON *Ad secundas nuptias convolare*, Symbolae M. David, T.I, Leyden, 1968, 249-251; HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d' histoire juridique et sociale*, Milano, 1972; J. GARCIA SANCHEZ, *Algunas consideraciones sobre el tempus lugendi*, RIDA, 1976, nº 23, 141-151. Respecto al *tempus lugendi* de la viuda, L. HALKIN, *Le délai legal de viduité chez les romains*, Les Études classiques, 17, 1949, 236-242.

⁵ Paul. *Sent.* 1.21.14: *Qui luget, abstinere debet a conviviis ornamentis purpura et alba veste.*

⁶ C.2.11.15.

⁷ Seneca, *Controv.* IV.1.: *...Credo mirari aliquem, quod in forum amissis modo liberis veniam; at ego iam in convivio fui.*

⁸ En realidad una de las cuestiones debatidas en esta materia es si existía esta restricción como sostiene P. RASI, *Tempus lugendi*, cit., 395, y en su caso, si se imponía inicialmente a cualquier hombre o mujer que guardase luto por un familiar, o sólo a las viudas por la muerte de su esposo como defiende HUMBERT, *Le remariage*, cit., 115. D.3.2.9; D.3.2.11.pr; Sen., ep. VII,63.13; Plutarco, *Numa*, 12.3.

Podrían ser tantas las manifestaciones públicas de duelo en las que debía participar todo el grupo familiar que habría intervenido el ordenamiento para limitar su duración y evitar los excesos⁹: Las XII Tablas para reducir el boato en los funerales establecieron que no se podían llevar más de tres velos, una túnica corta de púrpura y diez flautistas, eliminando asimismo los lamentos fúnebres, los ungüentos, las grandes coronas, los incensarios, y las mujeres que hacían de plañideras: (Tabla X): 3. Cic, *de leg. 2,23,59, Extenuato igitur sumptu tribus reciniis et tunica purpurea et dicem tibicinibus tollit etiam lamentationem.* 4. *Mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento; Cic. De leg. 2.24.60: "... ne sumptuosa respersio, ne longae coronae, nec acerrae".*

En igual sentido, Séneca, *Cons. Ad Helvia*, 16.1, al tratar el tema del dolor por la pérdida de un ser querido afirmaba que no debía tomarse ejemplo de la tristeza de algunas mujeres que una vez nacida no terminaba hasta la muerte. Por ello, nuestros mayores no prohibieron el luto, pero lo limitaron, y concedieron

⁹ P. RASI, *Tempus lugendi*, cit., 396: "Il legislatore si è interessato solo ed unicamente per limitare la durata, gli eccessi e gli abusi del tempus lugendi che era regolato e fatto osservare dai *mores*". Y en la página 397 afirma "interesse dello stato era quello di limitarne la durata e le manifestazioni, mentre nessun interesse aveva nel farlo rispettare, essendo a ciò sufficiente i *mores*".

diez meses para llorar al esposo, para transigir por decreto solemne con la obstinación de las tristezas de las mujeres: *Non est quod utaris excusatione muliebris nominis, cui paene concessum est inmoderatum in lacrimis ius, non inmensum tamen; et ideo maiores decem mensum spatium lugentibus uiros dederunt ut cum pertinacia muliebris maeroris publica constitutione deciderent. Non prohibuerunt luctus sed finierunt;* e incluso en la *Epistola*, VII.63.13 Séneca afirmaba que las mujeres, no es que deban llorar todo un año¹⁰, es que no deben llorar por más tiempo: *Annum feminis ad lugendum constituere maiores, non ut tam diu lugerent, sed ne diutius: viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum.*

Otras veces los tiempos de luto fueron reducidos en atención a circunstancias concretas: Livio, *Historiae*, XXII, 56 al narrar la batalla de Canna, cuenta que el Senado, para evitar que se paralizase la vida de la ciudad ante las numerosas bajas sufridas frente a las tropas de Aníbal, dictó una providencia para que el luto se hiciese dentro de las casas, y se limitase a tan sólo 30 días, *Tum priuatae quoque per domos clades uolgatae sunt adeoque totam urbem oppleuit luctus ut sacrum anniuersarium Cereris intermissum sit, quia nec*

¹⁰ Hay que entender que el año en aquella época duraba diez meses, Pomp, *Fragm. Vat.*, 321.

*lugentibus id facere est fas nec ulla in illa tempestate matrona expers luctus fuerat. Itaque ne ob eandem causam alia quoque sacra publica aut priuata desererentur, senatus consulto diebus triginta luctus est finitus*¹¹.

El texto más antiguo de que disponemos acerca de la organización de los duelos en Roma es el de Plutarco, *Numa*, 12.3, en el que se narra que Numa habría establecido la obligación de guardar el luto según la edad del difunto¹²: por un niño menor de 3 años no se hará duelo; por un niño mayor de esa edad el duelo no puede ser por más meses que los años que vivió hasta un máximo de diez ni por más tiempo a ninguna edad sino que la duración máxima del luto ha de ser de diez meses, tiempo en que además las esposas de los muertos deben permanecer viudas; y si alguna se casase antes de ese tiempo debía sacrificar una vaca preñada.

Realmente no sabemos si ésta era la transcripción original del texto de Plutarco o si este fragmento, que en realidad está planteando dos cuestiones distintas,

¹¹ Plut., *Fab. Max.* 18.1.

¹² Trascibimos el texto según la traducción latina, S. RICOBBONO, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, I, Firenze, 1941, p. 1-20: “(Numa) *officium lugendi secundum aetates et tempora constituit, ut puerum trimo minorem ne quis lugeat, maiorem ne plures menses, quam annus uixerit, usque ad decem: nec quemquam cuiusuis aetatis ultra; sed longissimu luctus tempus esse decem mensium. Per quod spatium uxoribus quoque defunctorum a secundis nuptiis abstinendum est; et si qua prius nupserit, bouem fetam immolare debebat ex illius lege*”.

sería el fruto de la unión de dos fragmentos separados¹³. En la primera parte se expone que la intención de Numa era establecer un periodo máximo de luto de 10 meses cualquiera que fuese la edad del difunto¹⁴. En la segunda parte trata otra cuestión diferente: la viuda no puede contraer nuevas nupcias hasta que haya transcurrido un plazo de diez meses, y queda obligada si lo hiciere a realizar un sacrificio religioso que aplaque la ira los dioses¹⁵.

Este sacrificio debería hacerse a *Tellus*¹⁶ por lo que algún sector de la doctrina¹⁷ ha interpretado esta obligación de la viuda de no contraer nuevo matrimonio

¹³ E. VOLTERRA, *Un' osservazione in tema di impedimenti...*, cit. 479.

¹⁴ Ese periodo de 10 meses aparece en otro texto de Plutarco, *Cor.* 39.5 mencionando que a las mujeres se les impone un luto de 10 meses por la muerte de su padre, de su hijo o de su hermano. No dice aquí nada de la muerte del esposo, y habla sólo de los parientes de sexo masculino.

¹⁵ El mantenimiento de la *pax deorum* constituía el fundamento y la *ratio* de todas los procedimientos y de los ritos públicos y privados. C. BAILEY, *Phases in the religion of Ancient Rome*, Berkeley 1932 [rist. Westport, Conn. 1972]) 76.

¹⁶ M. HUMBERT, *Le remariage à Rome*, cit., 114 ss. En el mismo sentido, R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Milano, 2000, 5. E. BIANCHI, *Per un' indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano, 2009, 29 n. 66 señala que dicha diosa tutela el matrimonio.

a partir de una justificación religiosa, el respeto debido por la mujer a los *Manes* de su difunto marido a quien debe permanecer unida incluso durante un tiempo después de su muerte. Por ello, casi podríamos pensar que esta segunda parte de la norma, al igual que hace la primera, estaría imponiendo un límite al duelo de la esposa pasado el cual ya podría contraer nuevo matrimonio.

Sin embargo, creemos que el hecho de que el texto de Plutarco indique que el sacrificio expiatorio debía de hacerse con una vaca preñada, *bouem fetam immolare debebat*, estaría aludiendo a la fertilidad de la mujer, y por ello entendemos que la obligación de la mujer de mantenerse viuda durante diez meses, plazo que las XII Tablas consideraban como máximo de gestación¹⁸, responde también a la necesidad de evitar la *turbatio sanguinis*¹⁹ y las dudas que se plantearían sobre la paternidad del hijo si la mujer se hubiere casado antes de dicho tiempo²⁰.

¹⁷ M. HUMBERT, *Le remariage*, cit., 114; VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di impedimenti...*, cit., 477 ss.

¹⁸ Gell. 3,16,12. Las XII Tablas, IV.4 consideraban este plazo como máximo de gestación para atribuir al nacido la condición de legítimo del padre.

¹⁹ R. ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit. 6.

²⁰ E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio...*, cit., 31, viene a señalar que ésta es la principal motivación de esta norma. P.

Por ello, si el luto de los parientes en general estaba basado en el fundamento religioso del respeto a los *Manes* del difunto, en el caso de la viuda, el *ius sacrum* estaba aludiendo también a la base natural del matrimonio y a la función de la mujer en la generación de la prole y en la trasmisión del *nomen gentilicio* de su marido y de sus *sacra* familiares. De ahí que la viuda, además de lograr la paz de su difunto esposo y manifestarle su respeto, no debía crearle ningún problema acerca de sus expectativas sucesorias, de la misma manera que otras normas del *ius sacrum* sancionaban el adulterio de la mujer²¹; sancionaban la bigamia²², e imponían a la mujer casada la obligación de llevar a término su embarazo²³ para no frustrar la descendencia del *pater familias*²⁴.

Esta obligación de la viuda de no contraer nuevo matrimonio en este plazo es la única que encuentra una

FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2007, 108 señala en relación con esta norma que Numa ya conocería la figura del *nasciturus*.

²¹ P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie, un reato fra storia e propaganda*, 1990.

²² Gell. 4,3,3.

²³ Plut, *Rom*, XXII, 3.

²⁴ Cic., *Pro Cluentio*, 11,32; D.47.11.4.

sanción en el texto de Plutarco, aun cuando sea una sanción religiosa. No se menciona en cambio otra sanción para ningún familiar que no respete el *tempus lugendi*, aunque sería lógico pensar que el que lo incumpliese sería expulsado de la familia por el *pater familias* en el ejercicio de su máxima autoridad, ya que su conducta estaría exponiendo a todo el grupo a una reacción adversa de los dioses.

Desde fuera de la familia, el censor, guardián o custodio de los *sacra* y de las *leges*²⁵, podría imponer una nota censoria al *pater familias* que incumpliese esta obligación de luto o que no sancionase a los que estando bajo su *potestas* no observasen tales normas de conducta que afectaban a toda la comunidad ciudadana²⁶. De hecho Dioniso de Halicarnaso²⁷ señalaba entre los deberes familiares que debían ser vigilados por los censores, el de no cumplir con los ritos religiosos dejados por los antepasados. Por ello, se

²⁵ Cic., *de legibus*, 3.4.11, *censores fidem legum custodiunto*.

²⁶ CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano, 1942,96. En el mismo sentido, E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, cit. 481, indica que es presumible que desaparecida la fuerza de las sanciones pontificales, y no pudiendo obligar a los ciudadanos a realizar sacrificios expiatorios, la defensa de muchas de las normas del *ius divinum* serían asumidas por los censores.

²⁷ Dioniso Halic., *Romanorum Antiquitarum*, XX.3.

suele citar un texto de Séneca el retor, *Controv. IV.1*²⁸, en el que se permite entrever que un *pater familias* que no respetase el duelo por sus tres hijos podría ser objeto de una nota censoria.

Hasta aquí creemos que la obligación de luto por cualquier familiar tendría un fundamento religioso, y salvo en el supuesto de la viuda, vendría sancionada dentro de la propia familia, o si acaso por el censor por incumplir los *mores*²⁹. No hacen referencia los textos a

²⁸ *Controv. IV.1: Quis est iste, qui supra flentem patrem censuram lugendi postulat? Proiectus in omnia gulae libidinisque flagitia, omnibus notandus censoribus, saeculo praecepta componit; scit quantum super amissos tres liberos patri flendum sit, quem si viveret pater fleret.* El texto no está muy claro, aunque sí está reconociendo el deber de un padre de llorar por la muerte de sus hijos, pero en realidad está criticando a aquél que quiere que se censuren las lágrimas de ese padre. VOLTERRA, *Osservazioni sull'obbligo del luto*, cit., 451; RASI, *Tempus lugendi*, cit., 404.

²⁹ A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *Las nociones de ignominia e infamia en Derecho Romano*, Homenaje a Vallet de Goytisolo, IV, Madrid, 1988, 321 afirma que el control de la moralidad originariamente consistiría en la vigilancia del cumplimiento de los *mores* recogidos y sancionados por el *ius sacrum*. Y continúa citando que en opinión de P. VOICI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, SDHI, 19, 1953, la moralidad consistiría en no atentar contra el legalismo religioso de la comunidad. Quizás a partir de las XII Tablas una parte de los antiguos *mores maiorum*, que formaban el *ius sacrum*, fue objeto de una regulación y sanción civil, y otra parte de los antiguos *mores maiorum* no sería absorbida por el derecho laico y caería bajo el control del censor.

que el marido tuviese que guardar luto tras la muerte de su esposa, aunque creemos que al menos en el contexto de las rigurosas costumbres de la época republicana debía suscitar alguna una reprobación social el que el marido contrajese nuevo matrimonio en un breve espacio de tiempo. De hecho Plutarco, *de inimic. util.* 5, menciona el reproche de Licinio Craso al censor Domicio Ahenobarbo por no haber llorado a ninguna de sus tres esposas, aunque no estaría tan mal visto como en el caso de las mujeres, que debían acomodarse al perfil de la *matrona*³⁰, mujer virtuosa y de buenas costumbres³¹, que vive dentro de la casa y que se mantiene fiel a su marido incluso después de fallecer éste³². No es que no se admitiesen en Roma en esta época las segundas nupcias, de hecho la práctica demuestra que serían bastante frecuentes pues cabe recordar la alta tasa de mortalidad en

³⁰ A. GUARINO, *Le matrone e i pappagalli*, Inezie di Giuriconsulti, Napoli 1978, 178; M. GUERRERO, *La idea de mater familias en el edictum de ademptata pudicitia*, El Derecho de familia, De Roma al Derecho actual, 2004, Huelva, 297 ss.; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età republicana*, Roma, 1984, 33.

³¹ D.50.16.46.1; D.43.30.36.

³² M. HUMBERT, *Le remariage*, cit., 66, indica que frente a los numerosos epitafios que pueden encontrarse alabando a la mujer *univira*, son muy escasos aquéllos en que se encuentra este elogio respecto de los hombres. La castidad indica, no era una virtud masculina.

edades muy jóvenes³³, pero el estereotipo de mujer ideal sería el de la mujer *univira*³⁴, aquella que se casa una única vez y que le guarda luto por siempre a su marido³⁵.

II. La primera sanción con relevancia propiamente jurídica se encuentra en el edicto pretorio³⁶ y se refiere al supuesto de la viuda que contrae segundas nupcias antes de que haya transcurrido el *tempus lugendi*.

D.3.2.1.pr. *Iulianus libro primo ad edictum*³⁷:
Praetoris verba dicunt: Infamia notatur, ... qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in

³³ A. CASTRESANA, *Catálogo de virtudes femeninas*, Madrid, 1993, 61.

³⁴ E. CANTARELLA, *L' ambiguo malanno, condizione e immagine della dona nella antichità greca e romana*, Roma, 1981, 150; Marcial, *Epigram.* XI, 53.

³⁵ Plut. *Tib. Grac.* 1.

³⁶ No se conoce la fecha de elaboración de este edicto, pero en D.3.2.8 hay una referencia a Labeo, jurista de la época de Augusto.

³⁷ R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio*, Vol. II, Cuadernos compostelanos de Derecho Romano, 6, Santiago de Compostela, 1993, 19 ss., considera dudoso que el texto D.3.2.1 sea atribuible a Juliano inclinándose más hacia la autoría de Ulpiano.

matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit...

“Dicen las palabras del pretor: es notado de infamia: ...El que muerto el yerno, y sabiendo que éste había fallecido, hubiese colocado en matrimonio a la que tuviese en su potestad, dentro del tiempo en que es costumbre llorar al marido, y antes de que por él cumpliese el luto, o el que a sabiendas la hubiere tomado por esposa, sin mandato de aquél bajo cuya potestad está; y el que hubiere permitido que aquél a quien tuviera en su potestad se case con ésta de que se ha hecho antes mención”.

En primer lugar nos llama la atención, que a diferencia del texto de *Numa* 12.3, este fragmento no está imponiendo ninguna sanción a la mujer que contrae matrimonio *intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret*, sino sólo a los varones que, conocedores del fallecimiento del primer esposo y antes de que haya transcurrido el *tempus lugendi*, sean responsables de que ella lo contraiga: es decir, al padre de la mujer, al padre del nuevo esposo o a éste mismo. La razón parece estar en que este texto formaría parte del título del edicto que llevaba la

rúbrica *de postulando*³⁸, es decir que se estarían determinando las condiciones que debían de reunir las personas para comparecer ante el pretor, y puesto que las mujeres no podrían hacerlo, no sería necesario hacer ninguna referencia a las mismas³⁹. En cambio sí aparecen ya mencionadas las mujeres en *F.Vat. 320*⁴⁰, texto que a pesar de su similar estructura, está

³⁸ Según la reconstrucción de Lenel, este texto está comentando el Título VI del edicto del pretor, que con la rúbrica “*de postulando*”, estaría determinando las condiciones para que se pudiese comparecer ante él, y distinguiría tres clases de personas: &14, *qui omnino ne postulent*; &15 *qui pro aliis ne postulent*; & 16, *Qui nisi pro certis personiis ne postulent*[?]. En este último párrafo 16, se indicaba que no podían ser representante procesal las personas que hayan realizado conductas deshonorosas: el que por causa ignominiosa sea despedido del ejército por el Emperador; el condenado en juicio público por calumnia o prevaricación; los condenados por hurto, robo con violencia, dolo; el que contrae dos esponsales o nupcias al mismo tiempo; o los cómplices de que la mujer contrajese matrimonio antes de expirar el año de luto, entre los cuales mencionaba a quien ejerce la *potestas* sobre la viuda que contrae nuevo matrimonio, a quien lo contrae con ella, cuando no lo haga por mandato de quien ejerce la *potestas* sobre él, y a éste que lo hubiese permitido.

³⁹ D.50.17.2; D. 3.1.1.5.

⁴⁰ *Fragmenta Vaticana 320: ...Secuntur haec uerba: ‘et qui eam, quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse tum sciret, in matrimonium conlocauerit eamue sciens uxorem duxerit, et qui eum, quem in potestate haberet, earum quam uxorem ducere passus fuerit,...quaeue uirum parentem*

refiriéndose a quienes pueden nombrar *cognitor* o *procurator*, lo que sí que pueden hacer las mujeres, y asimismo aparecen en otros textos como la Constitución de Gordiano C.2.11.15.

Es dudoso que las palabras *infamia notatur* de D.3.2.1 estuviesen en el texto original⁴¹, pues como indica Gayo 4.182 : *...nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem*

liberosue suos uti moris est non eluxerit, quaeue, cum in parentis sui potestate nonesset, uiro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere uirum moris est, nupserit'....

⁴¹ Es posible que no existiese esta mención en el Edicto y después los compiladores hayan identificado esta limitación con la calificación jurídica de la infamia y hayan añadido la rúbrica en D.3.2 , *De His, Qui notatur infamia*. En este sentido se pronuncia P. RASI, *Tempus lugendi*, cit. 405, que cotejando este texto con *Fragm. Vat. 320*, refiere la intervención de compiladores justinianos, o mejor de juristas postconstantinianos. F. CAMACHO, *La infamia en el Derecho Romano*, Alicante, 1997, 84 afirma que “el pretor presupone que el concepto de *infamia* es antiguo y suficientemente conocido. En realidad el pretor no ha creado el concepto, lo ha encontrado existente, con un carácter más social que jurídico, y como tal lo ha utilizado en sus funciones[...] Es Justiniano el primero en traducir la calificación social de la infamia en una auténtica calificación jurídica, como es característica de su metodología compiladora[...]” En el mismo sentido, A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *Las nociones de ignominia...*, cit., 331.

*dare procuratoremue habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse dicitur*⁴².... Por ello entendemos que el § 16 del Título VI del Edicto contendría una lista de personas a las que el pretor prohibía *postulare nisi pro certis personis*, pero no una lista de personas infames, pues esta sanción aunque podría existir con un sentido social o de hecho⁴³, no habría alcanzado todavía una calificación jurídica.

Este texto del Edicto no sanciona a ninguna otra persona por el incumplimiento del *tempus lugendi* al margen de las responsables de que la viuda contraiga segundas nupcias. No dice nada de la obligación del esposo de guardar luto por su mujer ni habla tampoco de los demás parientes, lo que sí encontramos en otros textos.

⁴² Gayo 4.182: "... en ninguna parte del edicto hay pronunciamiento expreso de cuando alguien incurre en infamia, sino que se considera afectado de infamia al que le está prohibido postular por otro, designar representante procesal solemne, o tener procurador, como también actuar en un juicio desempeñando estos menesteres".

⁴³ Juliano, D.37.15.2.pr, libro XIV *Digestorum: pr. Honori parentium ac patronorum tribuendum est, ut, quamvis per procuratorem iudicium accipiant, nec actio de dolo aut iniuriarum in eos detur: licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.*

En primer lugar contamos con el testimonio de las *Sententiae* de Paulo 1.21.13: *Parentes et filii maiores sex annis anno lugeri possunt, minores mense: maritus decem mensibus et cognati proximioris gradus octo. Qui contra fecerit, infamium numero habetur.*

Este texto señala al igual que hacía Plutarco, *Numa* 12.3, diferentes periodos de tiempo en que puede guardarse luto por los distintos parientes, aunque nos llama la atención que cuando habla del luto por los ascendientes y descendientes mayores de 6 años está mencionando el plazo de un año, que inicialmente era de diez meses, mientras que al hablar del luto de la viuda, menciona expresamente diez meses, *maritus decem mensibus*, por lo que de nuevo encontramos su relación con el plazo de las XII Tablas para evitar la *turbatio sanguinis*. Sin embargo, a la hora de hablar del luto por la muerte de uno de los cónyuges, sólo habla de la obligación de la mujer de guardar 10 meses de luto por el esposo, no dice nada en cambio acerca de la obligación de éste.

Por otra parte, no hace ninguna distinción entre los parientes ya sean de sexo femenino o masculino que deben guardar luto, de hecho en la última frase afirma *Qui contra fecerit, infamium numero habetur*, al igual que indica *Sent.1.23.14: Qui luget, abstinere debet a convivis ornamentis purpura et alba veste*, es decir, que quien se encuentra en ese estado, sea hombre o mujer, debe abstenerse de llevar ropas y adornos que no serían acordes con el mismo. Sin embargo, dudamos de que la citada sanción de infamia estuviese en el texto original de las *sententiae*, pues no podría imponerse a aquéllos a los que simplemente les está indicando que pueden guardar luto durante un tiempo, *lugeri possunt*, por lo que creemos que esta redacción será de un momento posterior extendiendo a todos los parientes la sanción que se imponía por razón de las segundas nupcias de la viuda⁴⁴.

⁴⁴ E. VOLTERRA, *Osservazione sull' obbligo del lutto*, cit. 452 entiende que seguramente están repitiendo la norma establecida en el edicto pretorio, pues no la habrían introducido los autores visigodos que no serían fieles a los usos paganos dado que ellos eran cristianos, por lo que de haber intervenido ellos habrían señalado una sanción distinta. Tampoco, afirma este autor, se trata de la inclusión de un autor postclásico. Vid. también P. RASI, *Tempus lugendi*, cit. 403.

Si seguimos analizando otros textos encontramos de nuevo la obligación de guardar luto por los parientes, incluso por los de sexo femenino:

Papiniano D.3.2.25.pr, libro II *quaestionum*⁴⁵, *Exheredatum quoque filium luctum habere patris memoriae placuit, idemque et in matre iuris est, cuius hereditas ad filium non pertinet.*

Ulpiano en D.3.2.23 libro VIII, ad edictum: *Parentes et liberi utriusque sexus nec non et ceteri adgnati vel cognati secundum pietatis rationem et animi sui patientiam, prout quisque voluerit, lugendi sunt: qui autem eos non eluxit, non notatur infamia.* Nos confirma expresamente Ulpiano que se lleva luto por los ascendientes y descendientes de ambos sexos, *utriusque sexus*, así como también por los demás agnados y cognados. Sin embargo, después afirma que el que no guardó luto por ellos no queda tachado de infamia, *qui autem eos non eluxit, non notatur infamia*, y asimismo que el luto no está sujeto a ningún periodo de tiempo determinado, sino que se llevará según el afecto y el sentimiento de su ánimo, conforme cada cual hubiese querido, *secundum pietatis rationem et animi sui*

⁴⁵ Comenta también este texto el Título VI del Edicto pretorio, *De postulando*.

***patientiam, prout quisque voluerit*, lo que creemos que habrá sido alterado debido a la influencia cristiana de reducir las manifestaciones paganas de duelo⁴⁶, pues de hecho encontramos otro texto de Ulpiano, *Fragmenta Vaticana 321*⁴⁷, que reflejaría la**

⁴⁶ VOLTERRA, *Osservazioni sull' obbligo del luto...*, cit. 459, sigue esta teoría y en relación con la frase *qui autem eos non eluxit, non notatur infamia* entiende que se habrá añadido la partícula (*non*) *notatur infamia*. Por el contrario RASI, *Tempus lugendi*, cit. 403 dice que no está modificada, pues no tendría sentido la palabra *autem* del original que precisamente está queriendo indicar una contradicción con lo que se ha dicho anteriormente. Entiende que la infamia sería aplicable sólo a los que no guardaban el luto contrayendo segundas nupcias, pero no a los demás parientes para los que no existían sanciones por la violación del luto, de la misma manera que entiende que la sanción de la infamia en *Sententiae* de Paulo, 1.21.13 no estaría en el texto original sino que supone una introducción del amanuense que ha aplicado a todos la sanción que correspondería a los que no cumplan plazo para las segundas nupcias.

⁴⁷ F.V. 321: "*Parentem*", *inquit. Hic omnes parentes accipe utriusque sexus, nam lugendi eos mulieribus moris est. Quamquam Papinianus libro II quaestionum etiam a liberis virilis sexus lugendos esse dicat; quod nescio ubi legerit. Sed quatenus extendatur parentum appellatio, non est definitum apud quemquam; itaque erunt lugendi etiam ex feminino sexu parentes. Liberos similiter accipere debemus et nepotes et deinceps ulteriores exemplo parentum. Lugendi autem sunt parentes anno, liberi maiores X annorum aequo anno. Quem*

opinión clásica de este autor, y vuelve a hacer referencia a los plazos de tiempo en que debe guardarse el luto por los parientes sin dejarlo a la libre decisión de su ánimo.

Los textos citados que mencionan la obligación de guardar luto por los parientes, ya de sexo femenino o masculino, no hacen referencia a la obligación de los esposos de guardar luto por la esposa. Incluso Paulo niega de modo expreso que exista dicha obligación, D.3.2.9, *libro V ad edictum*⁴⁸: *pr. Uxores viri lugere non compelluntur. 1. Sponsi nullus luctus est*, lo que nos lleva a analizar cuál sería en la época clásica el fundamento de la obligación de luto de la viuda, que no existe para el esposo.

En las etapas anteriores se le daba una gran importancia al carácter sagrado del vínculo matrimonial, y era necesario respetar al difunto y

annum decem mensuum esse Pomponius ait; nec leve argumentum est annum X mensuum esse, cum minores liberi tot mensibus elugeantur, quot annorum decesserint usque ad trimatum minor trimo non lugetur, sed sublugetur; minor anniculo neque lugetur neque sublugetur.

⁴⁸ Según Lenel, se encuentra bajo la rúbrica *de postulando* y está comentando el título VI del Edicto pretorio y la lista de personas que según el Pretor no pueden abogar por sí ni por otros.

proteger su descendencia⁴⁹. En tiempos de Augusto todavía encontramos huellas de que el luto estaría justificado en esa obligación de *reverentia* al esposo como aparece en D. 23.2.6 donde Ulpiano⁵⁰ siguiendo la opinión de Cinna, jurista del siglo I a.C., indica que aun no consumado el matrimonio por estar la mujer ausente, hay que guardar luto por el marido, lo que denota un fundamento religioso y moral. Pero sin embargo la mayoría de los textos clásicos empiezan a prescindir de este aspecto y destacan sólo la idea de la *turbatio sanguinis*⁵¹.

⁴⁹ M. HUMBERT, *Le remariage*, cit., 119 ss.

⁵⁰ *Ulpianus libro 35 ad Sabinum: Denique Cinna scribit: eum, qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a cena iuxta Tiberim perisset, ab uxore lugendum responsum est.* Este texto está en el libro de Ulpiano *ad sabinum* a continuación del que afirma que *nuptias enim non concubitus, sed consensu facit*, D.35.1.15 y antes del que afirma que los esponsales se pueden contraer entre ausentes, D.23.1.4.

⁵¹ Incluso aparece en textos literarios: Ovidio, *Fasti*, 1,33: *Quod satis est, utero matris dum prodeat infans, hoc anno statuit temporis esse satis; per totidem menses a funere coniugis uxor sustinet in vidua tristia signa domo.* Apuleio, *Metamorf.*, VIII, 9: *"Adhuc" inquit "tui fratris meique carissimi mariti facies pulchra illa in meius deversatur oculis, adhuc odor cinnameus ambrosei corporis per nares meas percurrit, adhuc formonsus Tlepolemus in meo vivit pectore. Boni ergo et optimi consules, si luctui legitimo miserrimae feminae necessarium concesserit tempus, quoad residuis mensibus spatium reliquum compleatur anni, quae res cum meum pudorem, tum etiam tuum salutare*

Un texto que nos parece muy claro en esta nueva dirección de los juristas clásicos es D. 3.2.11.1, Ulp. ad edictum, 6, 1. *Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur: qui solet elugeri propter turbationem sanguinis*. Aunque sea tal el marido que por él no deba llevarse luto según la costumbre de los mayores⁵², no puede la mujer ser dada en matrimonio dentro del tiempo legal. Si lo hiciere, como ya indicaba el pretor, incurriría en infamia, y aclara Ulpiano que la razón de esta obligación de luto para la mujer es la de evitar la mezcla de la sangre: *qui solet elugeri propter turbationem sanguinis*. Por ello, continúa Ulpiano, en los casos en que la mujer hubiere dado a luz dentro del tiempo legal de luto puede casarse desde luego, pues ya no habría dudas acerca de la *turbatio sanguinis*: *Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se*

commodum respicit, ne forte in maturitate nuptiarum indignatione iusta manes acerbos mariti ad exitium salutis tuae suscitemus".

⁵² Quedaban excluidos los ahorcados, los condenados por delito de lesa majestad, los enemigos...D.3.2.11.3.

collocare: quod verum puto. Este texto que nos parece muy relevante se encuentra entre dos fragmentos que tratan de los maridos por los que no se tiene obligación de guardar luto, ***qui lugeri non possunt***, por lo que podría plantearse la duda de si la posibilidad de casarse la mujer que ha dado a luz ***intra tempus lugendi*** se estaría limitando sólo a estos casos⁵³ o bien se refiere a todas las mujeres en general. Pero la verdad es que en otros textos clásicos se observa también una relajación en la costumbre de guardar luto siempre que no sea necesario para salvaguardar la legitimidad de la prole.

En este sentido indica Ulpiano, en el libro VI ***ad edictum, D.3.2.11. pr. Liberatorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est***, y en D.3.2.8: ***"Genero" inquit "mortuo": merito adiecit praetor: "cum eum mortuum esse sciret", ne ignorantia puniatur. Sed cum tempus luctus continuum est, merito et ignorantia cedit ex die mortis mariti: et ideo si post legitimum tempus cognovit, Labeo ait ipsa die et sumere eam lugubria et deponere.*** Puesto que el tiempo de

⁵³ E. VOLTERRA, *Osservazione sull' obbligo del lutto*, cit., 474 se inclina hacia esta postura mientras que M. HUMBERT, *Le remariage*, cit., 128, se inclina a que puede aplicarse a cualquier mujer.

luto es contínuo, si la mujer conoce el fallecimiento de su marido después del tiempo legal, el mismo día comienza y acaba el luto, es decir, que el luto responde al dato objetivo de evitar la confusión de la prole, y cuando no es necesario, la mujer no tiene una obligación de *reverentia* hacia su marido. Este texto recoge además la opinión de Labeo, por lo que expresa la idea que venimos afirmando de que ya desde el siglo I d.C. hay indicios de que el luto se despega de las ideas religiosas y morales y se justifica más bien en la *turbatio sanguinis*.

En el mismo sentido podemos citar un texto de Paulo que indica que la mujer puede celebrar esponsales durante el tiempo de luto, ya que esta celebración no tiene por qué tener consecuencias respecto a la descendencia, D.3.2.10. 1, VIII *ad edictum, Quae virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet*. También puede la mujer pedir al príncipe dispensa del luto para poder casarse, D.3.2.10.pr *Solet a principi impetrari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat*, aunque Gordiano, C. 2.11.15, año 239, va a limitar los efectos de dicha dispensa a las meras manifestaciones externas del luto tales como vestidos y demás signos de esta naturaleza, pero en cambio no permite a la mujer contraer matrimonio dentro del tiempo en que es de costumbre

llorar al marido, pues en ese caso tanto ella, como el que a sabiendas la tomó por mujer, aunque sea militar, echan sobre sí, según el edicto perpetuo, la nota de impúdicos⁵⁴.

Creo que al final de la época clásica la razón del *tempus lugendi* de la viuda está únicamente en evitar la *turbatio sanguinis*, lo que tendría además una justificación en la proliferación de matrimonios contraídos para evitar las sanciones caducarias de la legislación augustea⁵⁵. Como en el supuesto de los varones no se plantearían los problemas de la mezcla de la sangre, ellos no tienen que esperar un periodo de tiempo, por lo que Paulo habría aclarado que para ellos no hay luto de esposo: D.3.2.9: *pr. Uxores viri lugere non compelluntur. 1. Sponsi nullus luctus est*⁵⁶.

⁵⁴ C. 2.11.15, año 239, *Decreto amplissimi ordinis luctu feminarum deminuto tristior habitus ceteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur, non etiam intra tempus, quo lugere maritum moris est, matrimonium contrahere permittitur, cum etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam ea quam is, qui sciens eam duxit uxorem, etiam si miles sit, perpetuo edicto labem pudoris contrahit.*

⁵⁵ La *Lex Iulia* señaló para las mujeres viudas un plazo de 12 meses y de 6 para las divorciadas. La *Lex Pappia Poppea* lo fijó en 2 años y 18 meses respectivamente. Para los viudos se señalaba un plazo de 100 días desde la apertura del testamento.

Por ello, creemos que se puede llegar a la conclusión de que inicialmente en Roma tanto los hombres como las mujeres tenían la obligación religiosa de guardar luto por la muerte de cualquier pariente, pues el respeto a los *Manes* del difunto era la mejor forma de no ofender a los dioses. Para evitar que las manifestaciones de luto impidiesen el normal funcionamiento de la ciudad se establecería un límite a las mismas. Además, en el caso de la esposa, ya desde el primer momento se vería de especial gravedad el hecho de contraer segundas nupcias antes de transcurridos los diez meses desde la muerte de su esposo porque ello iría en contra de los principios del *ius sacrum* que prescribían salvaguardar el carácter sagrado del vínculo matrimonial y la descendencia del *pater familias* como una muestra más de *reverentia* al

⁵⁶ VOLTERRA, *Osservazioni sull' obbligo del lutto*, cit., 460 explica el texto de Paulo D.3.2.9 a partir de la consideración originaria del luto como una obligación derivada del culto familiar. Por ello si la mujer ha contraído matrimonio sin celebrar la *conventio in manu*, no formaría parte de la familia, por lo que no existiría el deber de luto por ella, y en la época de Paulo estos matrimonios serían la regla general. Indica asimismo la evolución que sufre el concepto de familia en Roma desde la familia agnaticia a la familia cognaticia, incluyendo a los *cognati* entre aquéllos por los que se puede guardar luto. Por ello, aunque se admita la familia cognaticia, la mujer ocuparía el último lugar entre la parentela de sangre como se deduce del sistema pretorio y el sistema imperial de la sucesión intestada, de ahí la inexistencia de una obligación de luto por las esposas.

fallecido, por lo que sería necesario realizar un sacrificio expiatorio para aplacar la ira de los dioses.

Con la secularización del derecho, la obligación de luto vendrá recogida por las costumbres, *quo elugere virum moris est, quem more maiorum lugeri...*⁵⁷, y su incumplimiento podría venir sancionado por el censor, mientras que el pretor no sancionará jurídicamente más que el supuesto de la viuda por entender que era el más grave al crear dudas acerca de la paternidad de los hijos, dejando los demás supuestos a la mera reprobación social⁵⁸. Por ello, el texto de Séneca, *epistola*, VII.63.13, después de señalar que el luto de las mujeres no debe exceder de diez meses, indica que *viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum*.

El argumento de la *turbatio sanguinis* irá adquiriendo cada vez mayor fuerza entre los juristas clásicos hasta el punto de convertirse en el aspecto central ineludible que no puede dispensarse, como se indica en C.2.11.15, en detrimento de la consideración del luto como obligación de respeto al marido difunto, D.3.2.11.2; D.3.2.8. Esto tendrá su reflejo en un incremento de las segundas nupcias promovidas además por las *leges Iulia et Papia Poppaea*, hasta que

⁵⁷ D.3.2.1, *F.Vat.* 320, D.3.2.11.1.

⁵⁸ Plutarco, *de inimic. util.* 5.

en las épocas postclásica y justiniana, la influencia cristiana desincentivaré los segundos matrimonios y ampliaré el duelo de la viuda hasta los doce meses como veremos más adelante.

III. No obstante todo lo que hemos visto hasta ahora, ninguno de los textos jurídicos o literarios que refieren la obligación de la viuda de esperar diez meses tras la muerte del marido expresan que el matrimonio que se hubiese contraído antes de dicho tiempo fuere nulo⁵⁹. Como hemos visto se imponía a la viuda una sanción religiosa⁶⁰, o a los cómplices del mismo una sanción pretoria que les privaba de cierta capacidad procesal, pero ningún texto indica que

⁵⁹ Esta fue sin embargo la tesis que se mantenía a comienzos del siglo XX. C. FADDA, *Corso de diritto romano*, 1909-1910, *Diritto delle persone e della familia*, Napoli, 1910, 273, incluye entre los impedimentos absolutos para el matrimonio, haber perdido al marido o haberse divorciado antes de 10 meses. Asimismo P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, Roma, 1925, 195 al hablar de las condiciones absolutas para poder contraer matrimonio en Roma señala la capacidad natural, la capacidad civil, la ausencia de un matrimonio precedente y el respeto al año de luto, aunque en otras obras no lo afirma de manera tan clara, vid. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, 153.

⁶⁰ VOLTERRA, *Un' osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, 480, indica que además sería bastante probable que la mujer dentro del año de luto no pudiese celebrar en el segundo matrimonio el rito sagrado de la *confarreatio*.

ese matrimonio deje de producir todos los efectos civiles tanto para los nuevos cónyuges como para los hijos que puedan tener. De hecho, el tratamiento del *tempus lugendi* en las fuentes jurídicas no se encuentra entre los títulos relativos al matrimonio, sino precisamente al tratar de las personas infames, D.3.2, *de his, qui notatur infamia*, y C.2.12, *ex quibus causis infamia irrogatur*.

Pero es que además, aun en los supuestos en que se impone la sanción pretoria, ésta corresponde sólo a los que conduzcan a la mujer a contraer matrimonio con conocimiento de la muerte del marido, de manera que no se le impondría a aquéllos que no lo supieran, por lo que es éste un dato subjetivo del cual no se puede hacer depender la validez o no del matrimonio.

D.3.2.11.4: (Ulpiano, VI ad edictum):. *Notatur etiam "qui eam duxit", sed si sciens: ignorantia enim excusatur non iuris, sed facti. Excusatur qui iussu eius, in cuius potestate erat, duxerit, et ipse, qui passus est ducere, notatur, utrumque recte: nam et qui obtemperavit, venia*

dignus est et qui passus est ducere, notari ignominia. Es decir, queda notado de infamia el que se casó con ella, pero si lo sabía; porque se excusa la ignorancia no de derecho, sino de hecho. Es disculpado el que se hubiere casado por mandato de aquél bajo cuya potestad estaba; pero es tachado de infamia el que consintió que se casara. Una y otra cosa con razón, porque tan digno de perdón es el que obedeció, como de ser tachado con ignominia el que consintió que se casara. Por ello, el que se casó por mandato de su padre, aunque después de libre de la *patria potestas* retenga a la mujer, no es tachado de infamia, D.3.2.12⁶¹.

Se puede citar un texto que podría presentar alguna duda: Ulpiano, VI *ad edictum*, D.3.2.11.pr: ***Liberorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est.*** Al afirmar que el luto de los hijos y de los padres no es impedimento para las nupcias, podría parecer que lo opone al luto por otros parientes que sí lo sería, y concretamente sería lógico pensar en el que debe guardar la viuda por el marido. Sin embargo, ni Ulpiano ni otros juristas mencionan

⁶¹ D.3.2.12: *Qui iussu patris duxit, quamvis liberatus potestate patria eam retinuit, non notatur.*

nada en ningún otro texto, por lo que se puede pensar con Volterra⁶² que no debe entenderse aquí la palabra impedimento en un sentido técnico, sino que está queriendo sólo decir que no hay dificultad para contraerlo. Esta opinión la confirman además las constituciones imperiales, la ya citada C.2.12.15, de Gordiano que ante la violación del luto sólo menciona la nota de infamia, y otras constituciones de los emperadores cristianos⁶³, que llegan a imponer sanciones económicas, pero no determinan nunca la invalidez de dicho matrimonio⁶⁴.

⁶² E. VOLTERRA, *Un' osservazione in tema di impedimenti...* cit., 488.

⁶³ C.5.9.1.2 y 6. En igual sentido C.6.56.4 del año 380.

⁶⁴ No obstante, en relación con los hijos nacidos de ese matrimonio podría plantearse una cuestión, y es que según los plazos legales, el nacido dentro de los diez meses tras el fallecimiento del primer marido, podría ser considerado hijo de éste, mientras que el nacido después de los siete meses de la celebración del nuevo matrimonio, podría serlo del segundo marido. La cuestión puede ser relevante a efectos de determinar la herencia que le pueda corresponder al hijo, o a efectos de reclamar una posible obligación de alimentos. Siguiendo el *Senatusconsultum Plancianum*, que obligaba a la mujer divorciada a comunicar en el plazo de un mes al primer marido que está encinta, en tiempos de Adriano se hizo otro senadoconsulto para que si el parto hubiere sido dado a luz durante el matrimonio, se proceda también respecto a su reconocimiento. D.25.3.3.1. Ulpianus, 34 *ad edictum*: *Quia*

IV. Los principios de la religión cristiana que poco a poco se fueron introduciendo en el Imperio romano, hasta llegar a convertirse en tiempos del emperador Teodosio I en religión oficial del mismo, necesariamente afectaron a la consideración y fundamento del *tempus lugendi* por la muerte de un familiar, y más concretamente al duelo de la viuda. Pues por una parte el cristianismo entiende que la muerte representa el paso hacia la Vida Eterna, y por tanto no ha de ir acompañada de las manifestaciones de llanto y dolor que serían propias de una religión pagana⁶⁵; y por otra parte, la doctrina cristiana irá permeabilizando poco a poco la institución del matrimonio⁶⁶, de

Plancianum senatus consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.

⁶⁵ Esto justificaría la alteración de algún texto clásico en materia de luto, D.3.2.23.

⁶⁶ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1952, 77, indica que el matrimonio no había sido especialmente tratado por los juristas clásicos: una obra *de nuptiis* de Neracio, que no se conserva y el tratado de Modestino, *de ritu nuptiarum*, D.23.2.42. De hecho se contemplaba sólo en relación con otras instituciones, básicamente la filiación y las donaciones entre cónyuges, y para cumplir los fines de la legislación augustea. Sin

manera que frente a la concepción tradicional pagana en que el nacimiento y la duración del matrimonio dependían de la voluntad de los contrayentes, que podían extinguirlo en cualquier momento, en la época postclásica el matrimonio, concebido por la Iglesia como un Sacramento, se orienta hacia una concepción contractual en la que adquiere mayor importancia el pacto inicial, y cuyos efectos perdurarán no obstante el cese de la *affectio maritalis* entre los esposos⁶⁷.

embargo a partir de la época postclásica el matrimonio será considerado como un instituto autónomo regulado en numerosas disposiciones. El *Codex Theodosianus* le dedica varios títulos del libro III, C.Th. 3.7-10; el *Codex* de Justiniano le los títulos, C.5. 4-10 bajo las rúbricas *De nuptiis*.; *De incestis et inutilibus nuptiis*; *Si nuptiae ex rescripto petantur*; *De secundis nuptiis*; *Si secundo nupserit mulier, cui maritus usum fructum reliquerit*, y Justiniano lo regula en la *Nov. 22 De nuptiis*, del año 535 que en 48 capítulos elabora, como afirma P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, 150, un verdadero código matrimonial cristiano.

⁶⁷ G. CERETTI, *Divorzio, nuove nozze e penitenza nella Chiesa primitiva*, Bologna, 1977, 64, n. 25. P. OMBRETTA CUNEO, *Testi patristici per la storia del matrimonio*, Accademia Romanistica Constantiniana, XV Convegno Intern. Milano, 2000, 290, señala, no obstante, que no son tantos los cambios producidos en las estructuras paganas. El sacramento da una mayor dignidad a las nupcias, casi confirmando la *divini et humani iuris communicatio* de Modestino.

La nueva ética cristiana pretende dar estabilidad a la institución matrimonial, institución que considera acorde con el mandato divino de la multiplicación de los hombres⁶⁸. Por ello quiere evitar los abandonos injustificados entre los esposos, limita las causas de repudio⁶⁹ y presenta como uno de los principales objetivos el de proteger a los hijos nacidos de esa unión, C.5.17.8.pr., año 449. *Imperatores Theodosius, Valentinianus. Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum.* Pero por otra parte, la doctrina cristiana va a defender y ensalzar como virtudes la castidad y el celibato recomendando incluso a los solteros y a las viudas⁷⁰ que permanezcan en ese estado siempre que puedan hacerlo sin incurrir en los pecados de la carne⁷¹. Es decir, verá en el

⁶⁸ Génesis 1,28:” Creced y multiplicaos, llenad la tierra y sojuzgadla”.

⁶⁹ C.5.17.8. 2 y 3. J. GAUDEMET, *La législation sur le divorce dans le droit imperial des IV et V siècles*, 143-156 en *Droit et société aux derniers siècles de l’empire romain*, Paris, 1992.

⁷⁰ San Pablo, *ad Corinth.* I, 7,8.

⁷¹ El matrimonio era visto por algunas corrientes cristianas como una concesión a la debilidad de la naturaleza humana, un estado netamente inferior al celibato, de ahí que se exaltase la castidad. No obstante, otras corrientes de pensamiento no eran tan

matrimonio un recurso para débiles, una concesión para que los impulsos de la carne no sean ocasión de pecar.

Tales planteamientos se traducen en la consideración que para la doctrina de la Iglesia van a adquirir las segundas nupcias, no sólo tras el divorcio⁷², sino también tras la muerte del cónyuge, como refleja el libro I de la epístola de San Pablo a los corintios: 7:39-40: “La mujer casada está ligada por la ley mientras su marido vive; pero si su marido muere, libre es para casarse con quien quiera con tal de que sea en el Señor. Pero a mi juicio, más dichosa será si se quedare así; y pienso que también yo tengo el Espíritu de Dios⁷³”. Es decir, la Iglesia va a admitir las segundas nupcias, aunque no las alaba especialmente, incluso considera que será preferible mantenerse en estado de viudedad

críticas y concebían que si el matrimonio había sido elevado por Dios a la dignidad de sacramento no podía ser un estado de menor perfección respecto a la virginidad. Incluso defender en exceso el celibato iría contra el mandato divino de la procreación. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 141 ss, refleja esta discusión en la patrística.

⁷²M. I. NUÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988, 150.

⁷³ **En el mismo sentido, San Marcos 12, 18-27; Tim. I. 5,5.**

pues ello supondrá una nueva oportunidad para la castidad, un camino hacia la perfección, y ello sin perjuicio de encontrar tesis más estrictas entre algunos filósofos y moralistas cristianos de los siglos II y III d.C. para los que ni siquiera la muerte rompía el vínculo matrimonial, por lo que las segundas nupcias serían consideradas como un adulterio, aunque fuese un adulterio decente⁷⁴.

Estas nuevas ideas que la doctrina de la Iglesia mantiene respecto al matrimonio tenían que percibirse de alguna manera en la legislación romana elaborada por los emperadores cristianos, quienes no van a prohibir las segundas nupcias en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, pero sí van a establecer alguna forma de limitarlas y de proteger a los hijos del primer matrimonio⁷⁵, invirtiendo el criterio que se había mantenido en la época clásica, pues si la

⁷⁴ Vid. Atenágoras, *Legatio pro christianis*, cap. 33. Tertuliano, *de exhortatione castitatis*, 3,6 s.

⁷⁵ Nov. 22, cap. 20 &1.

legislación augustea⁷⁶ imponía penas al celibato, ahora se impondrán las *poenae secundarum nuptiarum*.

Otra cuestión es el duelo que debe guardarse por el cónyuge difunto. Como señala Humbert⁷⁷ la posición de la Iglesia acerca del duelo aparece en cierto modo contradictoria: por una parte siente un rechazo hacia las manifestaciones paganas de dolor por la muerte de un ser querido, incompatibles con la dicha de la Vida Eterna, pero por otra parte, entiende que el luto entre los

⁷⁶ En la época cristiana dejará de aplicarse la legislación augustea que había estado en vigor hasta la época de Paulo y Ulpiano, pues entendido ahora el matrimonio como un sacramento no puede verse al servicio de intereses políticos ni verse afectado por premios o ventajas que conlleven a contraerlo, debiendo ser por el contrario totalmente libre. C.8.57.1, *Imperator Constantinus . Qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. 1 . Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus imposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue ómnibus. Vid. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 139; 143 ss.*

⁷⁷ M. HUMBERT, *Le remariage*, cit., 381 ss.

cónyuges debe ser perpetuo ya que el vínculo subsiste tras la muerte, aunque debe armonizarlo con la posibilidad de las segundas nupcias como un remedio a la incontinencia. Por ello, la Iglesia en sus textos no señala un *tempus lugendi* a la viuda sino que el límite lo vuelve a poner el Estado. Los emperadores cristianos extienden el duelo de la viuda a los 12 meses, y aún lo consideran escaso expresando así su manera de acomodarse a la idea del duelo perpetuo: *parvum enim temporis post decem menses servandum adicimus tametsi id ipsum exiguum putemus*, C.5.9.2⁷⁸, C.TH.3.8.1⁷⁹, y la

⁷⁸ **C.5.9.2: *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius . Si qua ex feminis perditto marito intra anni spatium alteri festinavit innubere (parvum enim temporis post decem menses servandum adicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus) , probrosis inusta notis honestioris nobilisque personae et decore et iure privetur atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsalium vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat.* * GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. EUTROPIO PP. * <A 381 D. III K. IUN. CONSTANTINOPOLI EUCHERIO ET SYAGRIO CONSS.>**

⁷⁹ *CTh.3.8.1 [=brev.3.8.1]Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius aaa. Eutropio pf. p. Si qua ex feminis perditto marito intra anni spatium alteri festinaverit iam nubere (parvum enim temporis post decem menses servandum adiicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus), probrosis inusta notis, honestioris nobilisque personae et decore et iure privetur, atque omnia,*

viuda que no lo respete, y contraiga matrimonio antes de dicho plazo, además de ser tachada con afrentosas notas, privada de la consideración y del derecho de persona honesta y noble, sufrirá unas limitaciones económicas, tanto en lo que puede recibir del primer marido, ya por esponsales o por última voluntad del difunto, como lo que puede dejar al segundo⁸⁰, pudiendo

quae de prioris mariti bonis vel iure sponsaliorum vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat et sciat, nec de nostro beneficio vel annotatione sperandum sibi esse subsidium. Dat. iii. kal. iun. Constantinopoli, Eucherio et Syagrio coss. Interpretatio. Mulier, quae post mortem mariti intra annum alteri viro nupserit, sciat se infamiae subiaceret et notabilem usque adeo reddi, ut quaecumque sponsalicia* largitate percepit, vel si per testamentum ipsi aliquid prior maritus donavit, amittat, et totum illius filiis cedat: si filii non fuerint, illis profuturum personis, qui priori marito gradu proximiori iunguntur et hoc sibi per successionem poterunt vindicare.*

⁸⁰ C.5.9.1:Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius . Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem notissimo sit infamis. 1 . Praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem ne det neque ei testamento plus quam tertiam partem relinquat. 2 . Omnium praeterea hereditatum legatorum fideicommissorum suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. Haec namque ab heredibus vel coheredibus aut ab intestato succedentibus vindicari iubemus, ne in his, quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem. 3 . His etiam amittendis, quae prior maritus ei suprema reliquerit voluntate, quamquam haec, quae mulieri a priore viro

ser tales bienes reivindicados por los herederos, pues se trataba de evitar que en estas cosas en que se procuraba la corrección de las costumbres, no pareciese que se miraba por la conveniencia del Fisco.

Se introduce entonces una nueva idea: la viuda que no respete el *tempus lugendi*, además de la nota de infamia, sufrirá unas penas económicas, lo que en la práctica va a suponer una forma de desincentivar las segundas nupcias y de favorecer, en su caso, a los hijos del primer matrimonio. Y es que de hecho se observará en los textos postclásicos y justinianeos una visión peyorativa hacia las madres bínubas aun cuando hubieren guardado el año de luto. Se las califica como *feminas immoderatas atque intemperantes*⁸¹, *matre iam secundis nuptiis*

*relinquuntur et per immaturum matrimonium vacuata esse coeperunt, primo a decem personis edicto praetoris enumeratis, id est adscendentibus et descendentibus et ex latere usque ad secundum gradum, scilicet gradibus servatis, deinde praesumi a fisco iubemus. 4 . Eandem quoque mulierem infamem redditam hereditates ab intestato, vel legitimas vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare. * GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. EUTROPIO PP. * <A 380 PP. XV K. IAN. GRATIANO V ET THEODOSIO AA. CONSS..*

⁸¹ Constant., C. 5.37.22.5: *Lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra feminas immoderatas atque intemperantes*

***funestata*⁸², y se entiende que deben penar por su debilidad o incontinencia, llegando incluso a privárseles del derecho a la educación de sus hijos⁸³. Asimismo, con el objetivo de beneficiar a los hijos del primer lecho, surgirá en esta época la figura de la reserva viudal⁸⁴ que obliga a la mujer bínuba a reservar los bienes del cónyuge premuerto en favor de los hijos de ese matrimonio, obligación que sólo a partir de Teodosio II⁸⁵ se va a imponer a los hombres que contraigan segundas o ulteriores nupcias⁸⁶.**

prospexit minoribus, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt.

⁸² C.5.9.3.1, *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius*, año 382: *Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex isdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, matre iam secundis nuptiis funestata.*

⁸³ Nov. 22.38, aludiendo a una disposición de Alejandro Severo. Respecto a la tutela sobre los hijos en caso de segundas nupcias, C.5.35.2.

⁸⁴ C. Th. 3.8.2, Teodosio I. Vid. A. DONADO, *Los antecedentes históricos de la reserva viudal*, Cuadernos de Historia del Derecho, 2009, 16, 111-202. Esta figura está regulada en los artículos 968-980 del Código civil español.

⁸⁵ Antes esta limitación tenía sólo para los hombres el carácter de obligación moral, C.Th.3.8.2. Nov. 14.2

⁸⁶ C.5.9.5: *Imperatores Theodosius, Valentinianus . Generaliter censemus, quoquo casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto,*

Este es el contexto que se observa en la época cristiana acerca del *tempus lugendi* y las *secundae nuptiae*. Respecto a la obligación de luto de la viuda creemos que, junto con la justificación siempre vigente de evitar la *turbatio sanguinis*, se vuelve a acentuar la consideración religiosa del mismo⁸⁷, que de hecho sobrepasa el periodo de diez meses que se había establecido para asegurar la legitimidad de la descendencia. Se va a basar en el respeto al marido⁸⁸ y a la unidad familiar creada por el sagrado vínculo

quae de bonis mariti ad eam devoluta sunt servare sanxerunt, isdem casibus maritum quoque quae de bonis mulieris ad eum devoluta sunt morte mulieris matrimonio dissoluto communibus liberis servare, nec interesse, si alter pro marito donationem ante nuptias vel pro muliere dotem crediderit offerendam.

⁸⁷ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 100 entiende que se ha vuelto a una concepción ético- religiosa a tenor de los textos postclásicos en que se habla de la *praestatio religionis luctus* por parte de la viuda al observar el *tempus lugendi*, C.5.8.1 y se califica a la violadora de este precepto como impía, *effusa concupiscentis*, Nov. 22.40. En contra, O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano*, Roma, 1970, 208 ss afirma que la *turbatio sanguinis* sigue siendo la razón principal, justificándolo en que dicho tiempo se exige también a la divorciada y en alguna constitución en que se dice expresamente que está prescrito para obtener certeza acerca de la legitimidad de la prole, C.5.17.9.

⁸⁸ Nov. 22.40, *propter solam honestatem haec agunt.*

matrimonial, de ahí el interés hacia los hijos del primer matrimonio, lo que no obsta para que el matrimonio contraído por la mujer aún dentro del año de luto sea válido, sin perjuicio de la sanción de infamia⁸⁹ y de las demás sanciones económicas que actúan como freno a las segundas nupcias. Éstas serán las únicas penas que se impongan al marido que contraiga segundo matrimonio, que no es sin embargo objeto de ninguna reprobación moral por no respetar la memoria de su esposa fallecida⁹⁰.

V. El mismo periodo de un año de luto exigido a la viuda por la legislación romano-cristiana es el que aparece en textos posteriores a Justiniano y en el Derecho castellano⁹¹, y se justifica en las mismas razones de evitar la ofensa a la memoria

⁸⁹ Nov. 22.40.

⁹⁰ Nov 22.22: *...Si igitur sine filiis manserint ex prioribus aut etiam ex ambabus nuptiis, nulla perscrutatio circa secundas est, sed viri quidem ibunt omnino omni observatione liberi, mulieribus autem solummodo imminebit metus, ut non ante annale tempus ad secundum veniant matrimonium, aut sciant quia, si quid tale gesserint et immaturas contraxerint nuptias, subibunt poenas, alias quidem, si sine filiis ex prioribus sint matrimoniis, maiores autem, si etiam filii sint...*

⁹¹ **Fuero Juzgo, Libro IV, Título II, ley 20; Libro III, Tit II, ley 1-3; Fuero Real, libro III, título 1 y Ley 13.**

del marido difunto que indicaba la *Nov. 41.2*, y en la razón siempre existente de evitar la *conmixtio sanguinis*. Pero encontramos incluso nuevos argumentos para justificar esta restricción, argumentos que manifiestan una posición peyorativa y de desconfianza hacia la mujer bínuba que al igual que en otros tiempos no aparece respecto del hombre: así se habla del temor a que el inmoderado ardor con que la viuda se entregaba al nuevo cónyuge pudiese producirle un aborto en el supuesto de que se encontrase encinta, como indicaba la *Lex wisigothorum*⁹², o incluso como indican las Partidas, se llegaba a considerar que la mujer que tan apresuradamente contraía nuevo matrimonio podría ser sospechosa de la muerte del primer marido.

Partida VII, Tit. VI, ley 3: *“Siendo la mujer casada hallada en algún lugar que hiciese adulterio con otro, o si se casase por palabras de presente o hiciese maldad de su cuerpo antes que se cumpliese el año en que muriera su marido, es infamada por derecho. En ese mismo infamamiento caería el padre si antes que pasase el año en que fuese muerto su yerno, casase a*

⁹²*Lex Visigothorum* III 2.1: ... *dum inmoderato desiderio ad secundi coniugii vota festinat vel adulterium perpetrat, spem partus, priusquam nascatur, extinguat.*

su hija que fuera mujer de aquel, a sabiendas. Y moviéronse los sabios antiguos por dos razones a vedar a la mujer que no casase en este tiempo después de la muerte de su marido. La primera es porque sean los hombres ciertos que el hijo que nace de ella es del primero marido. La segunda es porque no puedan sospechar contra ella, pues que casa tan pronto, que fue en culpa de la muerte de aquel con quien estaba antes casada”.

Las Partidas, al igual que la legislación romana de la época cristiana, siguen considerando infame⁹³ a la mujer y le imponen unas sanciones económicas: pérdida de las arras, donación y demás bienes que le hubiere dejado el finado⁹⁴, sanciones que se derogaron sin embargo en la *Novísima Recopilación* de 1805, libro X, Tít. 2, Ley 4⁹⁵.

⁹³ *Decretales* 4, tit. 21, Urbano III e Inocencio III en el año 1214 suprimieron la declaración de infamia, pero no las demás penas civiles.

⁹⁴ Partida IV, Título XII, Ley III.

⁹⁵ Indica E. GACTO FERNANDEZ, *Entre la debilidad y la simpleza: la mujer ante la ley*; Historia, 16, 145, 1988, 24-32, que circunstancias sociológicas, en especial la despoblación del país a consecuencia de la peste negra, determinaron en Castilla la suspensión provisional de esta obligación de respetar el *tempus lugendi*, que fue decretada a comienzos del siglo XV. Pero esta norma que venía a permitir el matrimonio de las viudas dentro

Sin embargo la ley de Matrimonio Civil de 1870 en el artículo 5.4 declaraba que “no podría contraer matrimonio la viuda durante los 301 días desde la muerte del marido, o antes del alumbramiento si estuviere encinta”, imponiéndole el Código Penal de 1870, art. 490, una multa de 125 a 1250 pesetas. Y en la misma línea quedó recogida esta prohibición en el art. 45 nº 2 del Código civil de 1889: declaraba *prohibido el matrimonio a la viuda durante los 301 días siguientes a la muerte de su marido o antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta*, indicando el artículo 50 que *el matrimonio celebrado en contra de dicha prohibición sería válido*, si bien los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal, quedarán sometidos a las siguientes reglas: *1ª se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el*

del año de luto, transitoria y provisional, resultó inexplicablemente incorporada a la Novísima Recopilación, (1805), con lo que el más reciente Derecho español del Antiguo Régimen abrió las puertas a uno de los más serios e inquietantes problemas históricos del Derecho de familia. La crítica doctrinal unánime a este precepto no sirvió de nada en el ámbito civil, aunque sí en el penal, lo que provocó la peregrina situación jurídica de que mientras la recopilación civil predicaba la licitud de estas uniones, los códigos penales tipificarán como delito el comportamiento de la viuda que contrae nupcias antes de trascurrido el periodo de luto, o antes del parto si hubiere quedado embarazada.

dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio. 2ª ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación ni testamento. No obstante, se indicaba, ninguna de estas dos reglas se aplicaría en los casos del número segundo del artículo 45, si se hubiere obtenido dispensa.

Esta posibilidad de dispensa, así como la segunda de las dos reglas citadas desapareció con la reforma de abril de 1958, pero se mantuvo la prohibición de la viuda de contraer matrimonio antes de los 301 días hasta la reforma del Código Civil producida por Ley 30/1981 de 7 de julio, pues para adaptarse a la igualdad de los cónyuges promulgada por el artículo 32.1 de la Constitución de 1978, desaparecerá todo tipo de sanción jurídica hacia el segundo matrimonio de la viuda por razón del tiempo en que se contraiga, quedando libres cualquiera de los cónyuges para contraer segundo o ulterior matrimonio en cualquier momento. Para evitar dudas acerca de la paternidad y evitar la suposición de parto cuando quien lo contrae es la viuda, son aplicables las precauciones que establecen los artículos 959 y siguientes, además de ser de aplicación las presunciones legales de paternidad, que no obstante pueden destruirse

mediante la comprobación de la paternidad biológica por los medios científicos. Todo ello, sin perjuicio de que se mantengan ciertas restricciones económicas para cualquiera de los cónyuges que contraigan nuevo matrimonio, obligándoles a reservar los bienes procedentes del cónyuge fallecido en beneficio de los hijos del mismo, tal como establecen los artículos 968 y siguientes del Código civil español⁹⁶.

⁹⁶Artículo 968 Código Civil: “Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales”. Sobre el estudio de esta regla Vid. A. DONADO VARA, *La reserva viudal*, Madrid, 2009, 565 pp.