Los castigos hereditarios en el corpus alfonsino y la ficción de unidad personal padres/hijos

Alejandro Morin

Edición electrónica

URL: <https://journals.openedition.org/cem/9502>

DOI: 10.4000/cem.9502

ISSN: 1954-3093

Editor

Centre d'études médiévales Saint-Germain d'Auxerre

Referencia electrónica

Alejandro Morin, « Los castigos hereditarios en el corpus alfonsino y la ficción de unidad personal padres/hijos », *Bulletin du centre d'études médiévales d'Auxerre | BUCEMA* [En ligne], Hors-série n° 2 | 2008, mis en ligne le 16 janvier 2009, consulté le 02 mars 2023. URL : <http://journals.openedition.org/cem/9502> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/cem.9502>

Este documento fue generado automáticamente el 2 marzo 2023.

Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Partage dans les Mêmes Conditions
4.0 International - CC BY-NC-SA 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Los castigos hereditarios en el corpus alfonsino y la ficción de unidad personal padres/hijos

Alejandro Morin

- 1 El crimen de lesa majestad romano se introduce en el derecho castellano medieval en las *Siete Partidas* de Alfonso X, en *Partidas* VII.2. Las modalidades de esta recepción han sido extensamente trabajadas pues el modo de apropiación de esta normativa resulta un proceso confuso e incompleto : en *Partidas* VII.2.1 se identifica el crimen de lesa majestad con la traición pero a ésta se la encuadra al estilo feudal en el marco de la deslealtad ¹.
- 2 En todo caso, esta apropiación desplazada de la figura de la lesa majestad brinda el contexto para la instrumentación de castigos hereditarios por traición. Así queda definido por *Partidas* VII.2.2 que estipula pena de infamia y privación de la herencia a los hijos varones del traidor – « & de mas todos sus fijos q^{ue} seaⁿ varones deuen fincar por enfamados por sienpre que nunca puedan auer onrra de caualleria ni de dignidad ni ofiçio ni puedan heredar apariente que aya ni aotro estraño que los estableçiese por herederos. ni puedan auer las maⁿ-das que les fueren fechas. Esta pena deueⁿ auer por la maldad que fizo su padre ². » En el prólogo del mismo título, el texto alfonsino compara a la traición con la lepra en cuanto a sus efectos, es decir, la transmisibilidad del mal – « es taⁿ fuerte maletia q^{ue} no faze mal al q^{ue} la ha en si tan sola meⁿte. mas avn al linaie q^{ue} por la liña derecha del desçieⁿdeⁿ & alos q^{ue} coⁿel moraⁿ » – y la necesidad de apartar a quien lo porta – « faze a oⁿbre despues q^{ue} es gafo ser apartado & aloⁿgado de todos los otros » ³. Esta normativa se complementa con sendas leyes de *Partidas* II. En una, la ley 6 del tít. 13, se habla de una pena para el linaje « por sienpre », arco temporal que la glosa se encargará de relacionar con otros textos castellanos y del derecho común en los cuales se plantea una reducción del alcance de la transmisión ⁴. La otra ley es la 6 del tít. 27 donde se estipula además pena de destierro pero haciendo allí una distinción entre los hijos nacidos antes o después del delito ⁵.
- 3 Este tipo de castigos transmisibles a los hijos había recibido ya una formulación en *Espéculo* 2.1.6 en unos términos ciertamente más duros, en tanto implicaba pena de

muerte : « *Porende dezimos que todos aquellos que tal cosa fazen o proevan de facer son traydores e de la mayor traycion que seer puede e deven morir ellos e todos sus fijos e quantos dellos decendieren derechamente la mas cruel e mas aviltada que seer pueda* ⁶. » Previamente en *Fuero Juzgo* 1.1.11 se establecía, acerca de las donaciones reales realizadas sobre bienes confiscados a traidores, « *que sos fillos daquellos, que quebrantaron el sacramento de sua generacion. en nengun tiempo non los fagan nenguna contraria sobre aquellas cosas, nen aesmen dello las toller* ⁷ ».

- 4 La fuente más clara del texto alfonsino es la ley *Quisquis* del Código de Justiniano (C. 9.8.5.1) ⁸.
- 5 Esta instrumentación de los castigos hereditarios relativos al crimen de lesa majestad en el derecho común y en el castellano puede ser explicada sin inconvenientes si se postula la existencia de una lógica de orden político operando en la base de tal construcción. En efecto, como señala Jacques Chiffolleau, la majestad, al contrario de la soberanía real, se construye de forma negativa, es decir, se define realmente por aquello que la daña ⁹. Y como dice Alain Boureau, así como el suplicio del condenado invierte en espejo la preservación del cuerpo real, la confiscación de bienes a los herederos inocentes funciona como inversión de la salvaguardia de la sucesión perpetua de la majestad ¹⁰.
- 6 Pero también habría que pensar cómo se efectúa la construcción jurídica de la institución de castigos hereditarios y analizar qué lógica es la que gobierna en ese registro. Máxime cuando esta instrumentación de los castigos transmisibles contradice una serie de principios jurídicos y morales que, con amplio consenso, apuntan a garantizar la personalidad de la pena.
- 7 En efecto, muchos pasajes del derecho justiniano establecen la impertinencia de la aplicación de penas por delitos ajenos. Así el texto de Calistrato inscripto en D. 48.19.26 o la ley de C. 4.13 – « *Ne filius pro patre vel pater pro filio emancipato vel libertus pro patrono conveniatur* » – ; asimismo, Ulpiano en D. 50.2.2.7 y Papiniano en D. 23.2.34.3. La *Biblia* aporta también a la cultura medieval algunos pasajes ampliamente citados tanto por canonistas como por civilistas, como el de *Ezequiel* 18, 20 : « *Filius non portabit iniquitatem patris* ». En el marco del derecho hispánico medieval también es posible hallar una tendencia a la salvaguardia del principio de personalidad de la pena, detectándose casos de responsabilidad colectiva por faltas individuales pero con un alcance restringido a lo económico. Así lo afirman los estudios de Carlos Petit para el mundo visigótico ¹¹, de José Orlandis sobre el derecho altomedieval español ¹² y de Jesús Lalinde Abadía sobre la pena en el mundo ibérico hasta el s. XVII, señalando este último las concesiones a una responsabilidad filial por delitos paternos a las que se vieron obligados los juristas en función del « *pie forzado del Derecho romano y canónico* » ¹³.
- 8 Esta idea de los « pies forzados » resulta un aspecto más que recurrente del tema. En efecto, tanto en el derecho canónico como en el civil, y también al interior del *corpus* alfonsino, se adhiere al principio de personalidad de la pena pero, a la vez, se choca con una letra de la que hay que dar cuenta, es decir, textos que contradicen tales principios al estipular sin ambages la transmisión hereditaria de la pena.
- 9 Son numerosos los ejemplos donde se enuncia y/o se intenta digerir la contradicción que genera una letra que rige a pesar de una retórica contraria más benévola. Por ejemplo, en el citado texto de *Fuero Juzgo* se dice :
 « Ca magar nuestro Sennor dixo : “El padre non deve morrer por el pecado del fillo, nen el fillo por el pecado del padre, mais cada uno deve morrer por el so pecado”.

En otro lugar diz : “El fillo non porta el pecado del padre. nen el padre el pecado del fillo”. Et porque los omnes son mucho acostupnados de quebrantar el iuramiento que facent, o de consellar morte de sos príncipes, et de como los fagan perder el regno ; por que esti mal non pode seer defendudo sen muy grave sentencia, por ende estavlecemos en esta nuestra lee, que [...]. »

- 10 En el derecho común, la glosa a menudo viene a restringir el alcance del principio de personalidad de la pena, como ocurre, por ejemplo, con el comentario al pasaje de D. 50.2.2.7 « *Nullum patris delictum innocenti filio poenae est* » donde se aclara : « *Sed fallit in casibus, ut in crimine laesae maiestatis.* » Y, de forma inversa y complementaria, la glosa puede recordar el rigor de la letra para contrarrestar el intento de los comentadores de limar los aspectos más conflictivos del tema. En efecto, el análisis del tratamiento de los castigos hereditarios por parte de los juristas medievales indica una tendencia que apunta menos a producir innovaciones que a mitigar las consecuencias odiosas de la legislación romana ¹⁴. Un ejemplo de este trabajo es el que conduce a la estimación del castigo por lesa majestad tan solo a los hijos nacidos *post commissum delictum* ¹⁵. Sin embargo, la glosa a la ley *Quisquis* – en su versión incorporada al *Decreto* de Graciano en C. VI, q. 1, c. 22 – recuerda que la letra no permite una lectura tan benigna : « *Dicunt tamen quidam, quod haec poena spectat ad filios postea natos, non ad iam natos : sed littera eis contradicit* ¹⁶. »
- 11 Cuál es la lógica que gobierna la transmisibilidad de la pena en el derecho medieval ? Y cuál respecto de la diferencia de tratamiento (donde se la señala), entre hijos nacidos *post commissum* y *ante commissum delictum* ?
- 12 Respecto de esta última cuestión – la diferencia entre hijos *ante* y *postea nati* –, se puede observar varias posiciones en danza ¹⁷. Gregorio López en su glosa a *Partidas* VII.2.2 nos da cuenta de dos visiones generales al respecto. Una, que avala la idea de que sólo se castiga a los hijos nacidos después de cometido el crimen, se asienta sobre la idea de un *sanguis infectus*, una mácula que afecta a los hijos por nacer y no a los ya concebidos. Esta postura estaría sustentada por Juan Faber, Juan Calderini, Juan de Ananía y Ángel de Arezzo ¹⁸. Se podría identificar con esta perspectiva los esfuerzos por aplicar a la transmisión de la pena una lógica homóloga a la que gobierna el tratamiento de los hijos de ciudadanos caídos en servidumbre ¹⁹. La segunda posición, mantenida por Alberico y Bartolomé de Saliceto, se funda sobre la idea de la imitación de los padres criminales por parte de los hijos, razón por la cual no se ha de diferenciar entre ya nacidos y por nacer pues de todos es de temer que sigan los pasos paternos ²⁰. Para el caso de *Siete Partidas*, López optará por la segunda postura en virtud del carácter taxativo del texto alfonsino – que fija la pena para « *todos sus fijos* » – y pese a la existencia de una distinción entre nacidos y por nacer en *Partidas* II.27.6 ²¹.
- 13 Este tipo de razonamientos también interviene cuando se trata de la hereditariiedad de la pena en general. En efecto, la tesis de la imitación está ya presente en el texto de la ley *Quisquis* cuando se habla allí de un « ejemplo paterno » : « *paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii, criminis exempla metuentur* ». Esta tesis de los *imitatores patris*, que funciona como una suerte de concepción « pelagiana » de la hereditariiedad de la pena por lesa majestad, es la que sostienen, como vimos, Alberico y Saliceto y, para el caso de *Partidas*, el texto de la ley parece repetir los términos de la norma justiniana a partir de la diferencia de tratamiento de hijos e hijas :
 « Esta pena deue<n> auer por la maldad que fizo su padre. pero las fijas de los traydores bie<n> puede<n> heredar fasta la quarta p<ar>te delos bienes de sus madres. Esto es por que no deue<n> asmar que las mugeres fiziese<n> trayçion ni se

metiesen a esto tan de ligero a ayudar asu padre com<m>o los varones. E porende no deuen sufrir ta<n> gra<n>d pena com<m>o ellos » (Partidas VII.2.2).

- 14 El criterio entonces operante aquí es el de la peligrosidad de los hijos de los traidores, de los cuales se presume que repetirán el delito paterno. Así lo afirma Jacobo Butrigrario en su comentario al apartado « *Filii vero* » de la ley *Quisquis* : “*iste § differt a praecedenti in partibus tribus : quia ibi tractatur de eo qui principaliter delinquit & venit hic de ea quae non vere sed iuris praesumptione delinquit*”²². » Esta idea de una presunción de derecho operando en la base de esta normativa que fija la hereditariedad del castigo implica entonces la asunción por parte del legislador de una probabilidad basada en algún sustrato real, a la cual decide dar certeza²³.
- 15 Ahora bien, puestos a ver sobre qué realidad se sustenta tal presunción, lo cierto es que los textos no especifican sobre qué se basa la idea de la imitación. Pues, en efecto, tanto podría tratarse de una cuestión etológica de pura repetición de comportamientos como también podría pensarse que se concibe la imitación como efecto de una inclinación natural heredada. De hecho, ambas lecturas – que no necesariamente son incompatibles – pueden derivarse de afirmaciones generales como las de Guillermo Durante que apela al principio « *filius non praesumitur quod sit dissimilis a patre* »²⁴ o las acotaciones de la glosa a la ley *Quisquis* cuando afirma que « *saepe solet similis filius esse patri* ».
- 16 Otra postura explicativa de la transmisión hereditaria de la pena – claramente diferente de la tesis de la semejanza, a la cual critica –, es la que podríamos calificar como preventiva. En efecto, para algunos textos, la transmisibilidad de la pena no dice nada acerca de los comportamientos de los hijos o la naturaleza de la relación padres/hijos sino que se asienta sobre la idea de extirpar el mal de la traición a partir del efecto que produce en los eventuales criminales el temor por el destino de sus hijos. Así aparece en *Fuero Juzgo* 1.1.11 : « *por ende facemos esta sentencia tan cruel. que aquel, que non teme sua morte, si al que non, tema la morte de sos fillos et de sua generacion* ». También registramos en el derecho canónico este tipo de explicación en la glosa ordinaria a la extravagante *Dierum* (*Extravag. ad nostri Apost. Joa. XXII, De poenis*, tít. XII) :

« Potes igitur meo iudicio probabilius respondere, quod hoc contingit non ut principaliter puniatur filius propter crimen patris, cum sit innocens : sed cum pater terreatur ob affectum paternum in poena filii magis quam in sua, vel quam ipse filius. ff. quod met. cau. l. isti. quidem ad plus puniendum patrem nedum in seipso, sed & in filio, in certis criminibus sic statuitur : licet occasionaliter filiis puniatur, ut & pater arceatur a talibus criminibus committendis, cogitans de poena nedum sibi, sed & suis filiis infligenda. »
- 17 Este mismo texto ofrece una crítica de la postura basada en la semejanza/imitación en tanto de seguir un razonamiento de este tipo habría que aplicarlo a cualquier crimen²⁵.
- 18 Podríamos agregar a este panorama otra postura, proveniente esta vez del ámbito teológico, que justifica la transmisión hereditaria de la pena. Esta tercera tesis, que ilustramos con textos de Tomás de Aquino, supone que se castiga en los hijos las faltas de los padres en tanto son « *res parentis* ». Este argumento cuadra tanto con la justicia humana como con los castigos divinos, siempre y cuando se esté hablando de una pena temporal y con carácter medicinal – « *quae habet rationem medicinae* » –, tal como se lee en *S. Th* 1-2, q. 87, a. 8 – *Utrum omnis poena sit propter aliquam culpam* – : « *Unde nihil prohibet talibus poenis aliquem puniri pro peccato alterius, vel a Deo vel ab homine : utpote filios pro patribus, et subditos pro dominis, in quantum sunt quaedam res eorum* »²⁶. » La misma argumentación reaparece en otro contexto de la misma obra – 2-2, q. 108, a. 4 : *Utrum vindicta sit exercenda in eos qui involuntarie peccaverunt* – : allí se establece que, entre otras

razones, alguien puede ser castigado por pecados ajenos con penas temporales « *quia unus homo temporaliter est res alterius, et ita in poenam eius etiam ipse punitur : sicut filii sunt secundum corpus quaedam res patris, et servi sunt quaedam res dominorum* »²⁷.

- 19 Esta argumentación basada en la indistinción entre padres e hijos en función de ser los segundos una suerte de posesión de los primeros – el vocabulario es vago y el tema difícil de captar – nos interesa en tanto recuerda vagamente a la concepción de persona del derecho romano en tanto unidades patrimoniales²⁸. Pero este parentesco es más alusivo que real. Por un lado, los juristas medievales niegan esa relación de posesión entre padres e hijos. Así, Bartolo de Sassoferrato señala en su glosa a D. 41.2.1.5 : « *Item not. quod dicitur hic, pater non possidet filium. Sed bene dicimus quod pater est in possessione patriae potestatis, & filius in possessione filiationis, non tamen possidet filium, sed est in quasi possessione illius iuris* »²⁹. » A su vez, el propio Tomás desliga la idea de persona de esta conceptualización del hijo como « *res patris* ». Ello se deduce del siguiente fragmento extraído de su comentario a la distinción XXXIII del segundo libro de las *Sentencias* de Pedro Lombardo que relaciona la persona con la posesión del alma y el ser « *res parentis* » con la del cuerpo :

« *filius potest dupliciter considerari : vel in quantum est persona quaedam ; vel prout est quaedam res parentis : quia ad felicitatem civilem inter alia bona fortunae quae conferunt organice ad illam, etiam proles conferre dicitur a Philosopho. Est autem filius res quaedam parentis quantum ad corpus quod a patre habet, et quantum ad res mundi, de quibus filius patrem juvare tenetur. Sed quantum ad animam, quae immediate a Deo creatur, non est res parentis, sed ipsius Dei* »³⁰.

- 20 Esta distinción le permite concluir (nuevamente) que las penas corporales pueden recaer en los hijos mientras que éstos, en tanto personas, quedan exentos de cualquier pena espiritual por faltas ajenas³¹.
- 21 Estas reflexiones nos permiten entonces definir el interés de nuestra búsqueda. En efecto, el objetivo de este trabajo (encarado con ánimo de formular preguntas más que de contestarlas) es ahondar en los supuestos de la tesis de la semejanza, intuyendo una relación entre esta justificación de las penas hereditarias, por un lado, y la ficción jurídica de la continuidad personal padres/hijos, por el otro.
- 22 Retomando nuestra argumentación inicial sobre la lógica política que gobierna la institución de los castigos hereditarios, recordamos que se detecta en la construcción de la realeza medieval el uso de la ficción de la continuidad personal padres/hijos para asegurar, básicamente, la sucesión dinástica³². Si la pena por el *crimen laesae maiestatis* construye en espejo la perpetuidad de la sucesión real y la realeza cimienta en parte su edificación positiva sobre la base de esta ficción legal, es dable suponer que la misma interviene también en la construcción negativa.

Ejes del trabajo

- 23 La posible articulación entre la práctica de los castigos hereditarios y la ficción jurídica de la identidad personal – que reúne a padres e hijos en la misma persona –, es entonces la hipótesis que actualmente guía el trabajo, el cual se inscribe en un propósito más amplio consistente en pensar las nociones de pecado y delito en el marco de una antropología cristiana medieval. En este sentido, nos interesaría trabajar con la interacción de los distintos dispositivos que actúan en el montaje de dicha antropología, en particular con la posibilidad de síntesis textuales entre los dispositivos teológico y jurídico de construcción de la persona. En tanto es distinto el lugar del cuerpo en cada uno de estos dispositivos, llaman nuestra atención las valencias

corporales que aparecen en los textos, como los términos en que se expresa la glosa de Gregorio López a *Partidas* VII.2.2 al hablar de un « *sanguis infectus* » y una « *praesumptio de infectione ex delicto paterno* » o *Partidas* II.27.6 al hablar de descendientes « *ponçoñados* » y, por sobre todo, la asimilación entre lepra y transmisión hereditaria de la pena en el prólogo de *Partidas* VII.2. Tres son los ejes de análisis elegidos que son más bien tres flancos abiertos de un trabajo actualmente en curso : la retórica de la lepra, la transmisión generacional del pecado y la identidad personal padres/hijos.

Gafedad

- 24 Un rastreo léxico en *Siete Partidas* de las menciones de lepra (*gafedad*) o leprosos (*gafos*) da cuenta básicamente de tres núcleos semánticos. Por un lado, la identificación entre traición y lepra sobre la base de la transmisión generacional de la pena/enfermedad que efectúa el texto ya citado de *Partidas* VII.2. Esta asimilación lepra/traición es del orden del lugar común en el contexto de la cultura medieval ³³.
- 25 En segundo lugar, hallamos un conjunto de referencias que remiten a los problemas prácticos implicados en la segregación que se dispone normativamente para los leprosos. Como se sabe, la lepra entraña la muerte civil de quien la porta lo cual obliga a decidir, por ejemplo, qué ocurre con las rentas de un prelado que no puede ejercer ya su cargo o en qué condiciones ha de hacerse efectivo el débito conyugal. Estas prácticas de segregación brindan, claro está, otros elementos que facilitan la asimilación entre lepra y crimen de lesa majestad en los términos de *Partidas* VII.2. En efecto, allí se dice que entre las razones por las que se compara aquel crimen con la lepra se halla que « *otrosi q<ue> faze a o<n>bre despues q<ue> es gafo ser apartado & alo<n>gado de todos los otros* ». Además, la segregación, previsiblemente, nunca es sólo profiláctica sino que aparece connotada claramente con valencias peyorativas y vergonzantes que cuadran con la infamia que cae sobre los descendientes.
- 26 Por último, hallamos en *Partidas* I.17.2 una relación entre lepra y simonía a partir del personaje bíblico de Giezi. Allí se relata la historia del sirviente de Eliseo de acuerdo con 2 Reyes, 5 por la cual éste (con sus descendientes) es castigado con la lepra tras cobrar por un milagro realizado por el profeta. Se trata en realidad del traspaso de la enfermedad que sufriera el beneficiario del milagro (el sirio Naamán) a aquel que espuriamente cobró precio sobre lo que Eliseo había ejecutado por gracia ³⁴. El personaje de Giezi es objeto en la tradición exegética de numerosas interpretaciones figurales que lo identifican con Judas, los judíos, los herejes cuando no con el Diablo mismo. Asimismo, sirve de ejemplo moral de castigo a avaros y codiciosos y su nombre se incluye, con Pilatos, Judas, Datán y Abirón, Caín, etc., en el elenco de condenados al Infierno que puebla genéricamente las fórmulas conminatorias de los documentos medievales.
- 27 Aquí, al igual que en *Partidas* VII.2 hallamos la lepra identificada con la transmisión hereditaria de una condena. Figura por ello entre los ejemplos bíblicos que canonistas y teólogos citan a la hora de juzgar la licitud de los castigos colectivos y los hereditarios. Pero, además, las circunstancias del episodio lo vuelven un caso particular en tanto el rigor de la condena (para todos los descendientes) supone una severidad excesiva respecto de acciones similares llevadas a cabo por la propia divinidad, quien afirma castigar (sólo) hasta la tercera y cuarta generación. Tenemos entonces una identificación (no metafórica) entre la pena y la lepra mas aquí la asociación se efectúa en principio con la simonía y no con la lesa majestad o la traición – aún si el relato cuadra con la idea del mal servidor y ésta linda con la traición.

- 28 Sin embargo, las relaciones entre simonía y lesa majestad son más estrechas de lo que un primer análisis supondría. En efecto, como explica J. Chiffolleau, el crimen de lesa majestad romano no es recibido en el derecho secular medieval sin antes pasar por su elaboración en el derecho canónico y en esta sede su tratamiento se hace en función de la simonía³⁵. Precisamente, el *dictum* posterior al capítulo del *Decreto* de Graciano que retoma la ley *Quisquis* (C. 6, q. 1, c. 22) resume que « *porro simoniae accusatio ad instar criminis laesae majestatis praecedere debet* ». Esta equiparación entre simonía y lesa majestad se produce a partir de un eslabonamiento de asimilaciones en el que intervienen también la herejía y el sacrilegio, con trascendentales efectos en la construcción del crimen de lesa majestad divina.
- 29 De esta manera vemos que los tres núcleos semánticos en torno de la *gafedad* en *Partidas* están interconectados, sea a través de la segregación, sea a partir de la transmisión generacional de la pena. Pero cabe remarcar que, tanto en la metáfora de la lepra/traición como en la lepra « histórica » de Giezi, detectamos un componente biológico ineludible ligado a la hereditariedad de los castigos, como si hubiera necesidad de inscribirla en los cuerpos de los descendientes.

Pecado de Adán

- 30 En la cultura de cuño cristiano, hablar de una pena hereditaria remite sin mayor esfuerzo intelectual a la cuestión del pecado original. Éste es pensado, además, en términos de una enfermedad transmisible – como en *Partidas* I.9.1 donde se habla de la « *enfermedad del pecado en que cayeron [los hombres] por la culpa de Adam* » – y en algunos casos ésta es identificada con la lepra. Asimismo, el pecado original es concebido generalmente en función de la desobediencia a la autoridad divina, lo que le permite, por ejemplo, a San Agustín explicar que la pena a Adán será homóloga a su falta, es decir, se efectuará sobre la base de la insurrección de su propio cuerpo tras la Caída.
- 31 Ahora bien, en los textos alfonsinos la relación entre el pecado de Adán y el par traición/crimen de lesa majestad es explícita. Ello ocurre tanto en la primera formulación de *Siete Partidas* (*Libro de las Leyes*) como en la última (*Setenario*) y de una manera original. En efecto, en *Libro de las Leyes* tit. 2, ley 3 se explica la condena al género humano por el pecado de Adán en función del castigo hereditario en caso de traición³⁶. Ello implica una inversión del razonamiento esperable (los castigos hereditarios por traición se impondrían a imagen del de Dios al linaje de Adán) pues, de esta forma, se estaría dando a entender la razonabilidad del procedimiento divino en los términos de una ley humana. El punto es más claro aún en *Setenario* (ley 71) :
- « Porque del peccado de Adam nasçieron dos males de que rreçibió danno non tan ssolamente el que erró, mas todos los que desçendieron del ssu linage, maguer que non ouyessen errado ; que tan grande ffué el ssu yerro que Dios echó ssobre él la ssu maldición et ssobre todos los otros del ssu linaje. Et esto es porque el peccado ffué traición contra ssennorío, por que han de auer pena non tan ssolamente los que lo ffazen o lo consseian o ayudan a ello, mas los otros que desçenden de ssu linaje, e nunca pueden sser perdonados de aquella culpa nin sser heredados nin sser par de otros ffasta que los perdone aquel contra quien fizieron el yerro³⁷. »
- 32 En estos textos, como se ve, no se ensaya explicación alguna de la transmisibilidad del pecado original como las que habitan generalmente el ámbito teológico. No hay aquí referencias a la generación concupiscente, la participación misteriosa, personal o seminal en la persona de Adán, la comunión de todos los hombres en la naturaleza del primer padre o la incorporación de la descendencia en su persona, etc. En efecto, desde el s. XI se presencia un intenso debate entre teólogos en función de la

conceptualización del pecado original, principalmente respecto del rol de la generación en la transmisión de la mácula, del contenido preciso de la misma y, subsidiariamente, acerca de si las faltas de los padres próximos se incluyen o no en el pecado original. A este respecto, cabe recordar que *Setenario* – ley 90, *De las maneras de los olios de que sse faz la crisma* – califica de « originales » tanto al pecado de Adán como a los de los padres y madres que se transmiten a los hijos : « *doliéndose non tan ssolamente de los peccados que ellos mismos confiesan que ffizieron, mas aun de los antigos que non ffueron en ffazer nin en consseiar que los ffiziessen, assí commo el de Adam o los otros que llaman en latín originales, en que caen los que nasçen en pecado por culpa de los padres e de las madres* ». Si bien es cierto que la mayoría de los teólogos niega tajantemente la participación de los pecados actuales *proximi parentis* en el pecado original que llega al hombre desde Adán, lo cierto es que es posible hallar textos de origen eclesiástico donde se declara la existencia de tal transmisión – por ejemplo, el texto de Bonifacio incluido como c. 10 de la dist. 56 del *Decreto* de Graciano, cuyo título es « *Vitia parentum etiam ad posteros transferuntur* ».

- 33 Asimismo, también en textos de origen eclesiástico es posible hallar inversiones del razonamiento esperable, tal como el que detectamos en los textos alfonsinos. Es el caso del *Decreto* de Graciano en C. 24, q. 3. Acerca de la cuestión de si una familia puede ser excomulgada en virtud del pecado de uno de sus integrantes y ante la existencia de ejemplos bíblicos de niños castigados « *tam severissime pro peccatis parentum* », el texto de Graciano estipulará finalmente la inconveniencia de dicha excomunión colectiva. Pero para llegar a esta conclusión, Graciano hará operar dos distinciones. Por un lado, discernirá un juicio diferente si se trata de castigos corporales o espirituales – « *Pro peccatis parentum parvulos corporaliter flagellari, ex verbis evangelii apparet [...] Spiritualiter autem peccatis parentum parvuli non tenentur, ex quo per sacramentum regenerationis ab originali peccato fuerint emundati* ». Por el otro, hará intervenir un criterio de imputación de la pena sólo a los hijos por nacer a partir de la indiferenciación personal entre padres e hijos – « *Quaecunque etiam peccata parentes commiserunt, ex quo filius personaliter ab eis separatus fuerit, ei non imputantur ad poenam* ». Volveremos más adelante sobre este punto pero lo que resulta importante destacar aquí es que el texto de Graciano hace derivar de esta segunda distinción, inmediatamente después de enunciarla, la razón por la cual el pecado de Adán se transmite a su linaje – « *Unde peccato Adae ideo omnes posteri teneri dicuntur, quia nondum aliquis ex illo materialiter fuerat prosemminatus* ». Se ve aquí, entonces, la aplicación al caso de Adán de un criterio de orden general, lo cual difiere del tratamiento habitual del tema que, al contrario, se asienta sobre la exclusividad de las condiciones de Adán en tanto primer hombre y primer padre. En efecto, en líneas generales se acuerda que el pecado actual de Adán se distingue de los pecados actuales de cualquiera de sus descendientes en que, en tanto la humanidad completa todavía no se ha derivado de él, su falta afecta la propia naturaleza humana y su pecado (actual) deviene original. Uno podría suponer que el criterio « *filius personaliter separatus* » se concibe en realidad sólo para el caso de Adán y no como un parámetro general que justifique la hereditariad de las penas a los hijos nacidos *post comissum delictum*.
- 34 Este criterio, aparece en otra *causa* del *Decreto*. El c. *jam itaque* ³⁸ nos resulta de gran interés pues allí (y en su glosa) se conectan tres de los ejes de nuestro trabajo – hereditariad de los castigos, pecado de Adán, cuestión de la identidad personal. El texto del capítulo pertenece a Agustín (epístola 98 - A Bonifacio I) donde se discute en qué medida los niños bautizados pueden ser afectados por la perfidia paterna y se compara el caso con la transmisibilidad del pecado original. El texto citado por

Graciano no nombra a Adán. Pero sus lectores no necesitan acudir a la glosa ni al texto original para adivinar la remisión a partir de la fuerte carga de la palabra *reatum* o el uso habitual en Agustín de expresiones como « *unus erat cum illo et in illo* » para referirse al primer padre.

- 35 La confrontación entre los *peccata parentum* y la participación en Adán daría pie a una lectura del texto en la que se destacaría una diferenciación entre estos registros mayor que la vista en C. 24, q. 3. Pero el trabajo de la glosa y el requisito que aparece en el título – « *qui ab eis personaliter divisi probantur* » – nos conducen a una segunda lectura en la que más bien regiría una lógica de imputación de la pena a hijos nacidos *post commissum delictum*. Así, la glosa a *reatum* remite al texto de Ulpiano recogido en D. 50.2.2.2 que trata sobre la calificación de decuriones de hijos nacidos después del decurionato (« *qui postea geniti sunt* »). De esta manera, coincide con la conclusión de la primera parte de esta *causa* donde reaparece la doble distinción relevada en la C. 24 – c. X: « *Non imputantur filiis peccata parentum, quae post eorum nativitatem a parentibus committuntur; nec pro peccatis parentum spiritali poena filii sunt plectendi* ».
- 36 En el c. *jam itaque*, la segunda distinción (« *personaliter divisi* ») retoma en el título del capítulo el mismo adverbio (que para A. Winroth denota la influencia en Graciano del círculo de Anselmo de Laón³⁹ y que representa, claro está una vía de trabajo a seguir). Su sentido se despliega en el texto citado de Agustín como « *quum homo in se ipso est, ab eo, qui genuit eum, alter effectus* ». Se ve aquí un criterio basado en la separación individual de la persona, definida en función de una autonomía (fuertemente material) del compuesto alma/cuerpo.
- 37 La indiferenciación personal en términos materiales o corporales se refuerza claramente con la glosa al pasaje « *unus erat cum illo* » : « *Partus enim pars viscerum est, ut ff. de ven. insp. l. I § I licet sit argument. contra de consecration. distinction. 4 si quidquid.* » Esta referencia a la noción romana del *partus* a partir del texto de Ulpiano recogido en D. 25.4.1.1 consolida la idea de que la independencia individual que se obtiene corporalmente en el nacimiento exime de herencias molestas – o, en sentido inverso y complementario, condena a los *nascituri* en tantos seres inescindibles de sus pecadores progenitores⁴⁰. En efecto, esta noción del derecho romano niega toda entidad personal al embrión. Planteado como indistinto de las entrañas de la madre, el *partus* cuenta con dos opciones para obtener individualidad : nacer y abrirse al hálito vital o pasar por la elaboración jurídica del *venter*, pura abstracción por la cual se otorga personalidad jurídica a un ser que no es un sujeto humano⁴¹.
- 38 Desde esta perspectiva, la indiferenciación « *unus cum illo et in illo* » del c. *jam itaque* resulta prácticamente inscripta en la fisiología y su nivel de abstracción, casi nulo. Sin embargo, la referencia al *partus* es complicada por la simple razón de que esta indiferenciación se efectúa con el cuerpo de la madre mientras que el hilo argumentativo del texto del *Decreto* se asienta sobre la figura de Adán. Esta referencia de la glosa, queda claro, ofrece varios aspectos a trabajar, entre los cuales se halla su articulación con distintas conceptualizaciones de la naturaleza del feto. A modo de ejemplo, Alejandro de Hales refiere la tesis de una *triplex caro* : una de orden alimentario, otra complexional que se recibe del padre en la generación y finalmente la que proviene de la sangre menstrual : por esta última, « *fuimus in matre* » pero por la segunda, « *omnes fuimus in Adam* »⁴².
- 39 En todo caso, este uso del adverbio *personaliter* da cuenta de algunas de las características generales del concepto de persona en el dispositivo teológico. En efecto,

en éste se plantea un tipo de unidad abstracta – al igual que la persona en el dispositivo jurídico – pero donde la identidad individual es constitutiva y donde el cuerpo resulta imprescindible para su definición ⁴³. Lo que revela el uso de este adverbio *personaliter* es una fuerte correspondencia entre las personas y los sujetos encarnados. En cambio, la persona en el dispositivo jurídico – por lo menos en sus términos clásicos – nace de la disociación de sujetos y cuerpos sin ligazón fuerte con un soporte individual ⁴⁴. En los textos que acá analizamos, al contrario, detectamos un fuerte énfasis en la individualidad, sin que esto implique, claro está, asomo alguno de individualismo. Cuando Anselmo de Canterbury – al referirse a la transmisión del pecado de Adán – dice que cada hombre es persona « *per indivuitatem, qua discernitur ab aliis* », también dice que es un « *Adam per propagationem* ». En un universo realista, las referencias a lo individual deben ser tomadas como hipóstasis ⁴⁵.

Identidad Personal

- 40 Las anteriores reflexiones nos remiten al último eje de nuestro trabajo en curso, la cuestión de la identidad personal padres/hijos. Al respecto, cabe aclarar que no existe en los textos alfonsinos una relación explícita entre los castigos hereditarios y la ficción de la identidad personal – sí hay referencias a la ficción en *Partidas* VII.9.13 ⁴⁶. Pero en la glosa de Gregorio López hallamos una relación entre la transmisión hereditaria de la pena y un lazo de continuidad personal centrado en la idea de la sangre infecta y la presunción de infección.
- 41 Existe alguna vinculación posible entre esta retórica de la sangre y la ficción de la identidad de padres e hijos en la misma persona? Así lo dan a entender algunas afirmaciones de Frank Roumy en su trabajo sobre la adopción en el derecho medieval quien ubica a la sangre como el fundamento mismo de tal ficción jurídica ⁴⁷. Si adoptamos este punto de vista, podríamos suponer la existencia de una tendencia en la Edad Media a corporizar lo que en el registro clásico se revelaba como incorpóreo y ficcional, tanto en la versión positiva del tema – el lazo de identidad fundado en la sangre – como en la negativa – una pena hereditaria que se transmite como ponzoña en una sangre infecta.
- 42 Un síntoma de esta corporización vendría dada por una transformación también indicada en el texto de Roumy. Donde el *corpus* de Justiniano ve « *una persona* » ⁴⁸, el *Decreto* de Graciano y las *Sentencias* de Pedro Lombardo ven « *una caro* » ⁴⁹. El paso de un concepto puramente abstracto como es el de persona en el derecho clásico a una referencia corporal más que concreta como es la de la carne resulta bien significativo.
- 43 Desde este punto de vista, no sería extraño hallar referencias – o por lo menos argumentaciones homólogas – a la transmisión seminal del pecado original. Máxime cuando se detectan casos de conjunción entre las argumentaciones basadas en la ficción de la identidad personal y teorías filosóficas y médicas de generación seminal – como las que releva E. Kantorowicz ⁵⁰ –, y principalmente cuando aquellas centradas en las tesis hematogénicas influyen el trabajo de los juristas medievales ⁵¹.
- 44 Es en este contexto de corporización de ficciones abstractas de la persona que se refuerza nuestro propósito de estudiar la posible relación entre los castigos hereditarios y la ficción de identidad personal como escenario de síntesis entre los dispositivos teológico y jurídico de contrucción de la persona. Por el momento, nos hallamos en la etapa de formulación de hipótesis a la espera de documentos que puedan sustentarla ⁵². En este panorama, nos parece fundamental atender a tres factores.

- 45 Por un lado, se ha de tener en cuenta el peligro de sustancializar ficciones conscientemente ficcionales para los contemporáneos, que según Y. Thomas suele ser un error en los trabajos históricos ⁵³. En tanto nuestro trabajo apunta a las implicancias ontológicas de un artificio jurídico, debemos recordar que para los juristas clásicos figuras de identidad personal como la que reúne a padres e hijos en la misma persona carecen de todo carácter místico ⁵⁴.
- 46 Pero, por otra parte, es un hecho asentado que el derecho medieval presenta cierta incapacidad para asimilar ficciones personales que no coincidan con seres encarnados y se ha de tener presente que esta dificultad para pensar la persona por fuera de los sujetos encarnados tiene una doble faz. En efecto, por un lado, estaría en el origen de cierta necesidad de recalcar que la identidad padres/hijos es una ficción en tanto se está en presencia de dos almas (vocabulario del dispositivo teológico): « *licet heres et defunctus censeantur eadem persona. & est verum sed iuris fictione, quia in varitate differunt, cum diuerse sunt personae, & diuersas animas habent & ideo vinculum unius non ligat animam alterius, nisi illis culpa interuenerit* » ⁵⁵. Pero, por otro lado, esta incapacidad derivaría también en una tendencia a pensar la relación de identidad en términos biológicos, sea a través de la sangre, cuando no de la lepra como en el caso que nos toca ⁵⁶.
- 47 Por último, hemos de tener en cuenta las peculiaridades de la creencia medieval, cuyas modalidades, gradualidad y criterios de veridicidad difieren claramente del régimen moderno de la creencia. Y ello porque, de establecerse alguna relación entre esta idea de continuidad personal con la práctica de los castigos hereditarios, habría de reverse la ecuación que vuelve excluyentes a la naturaleza conscientemente artificial de una figura jurídica y a la posibilidad de derivar de ella creencias y visiones ontológicas. Es decir, sería posible pensar que, para los hombres de la Edad Media, se puede ser consciente de la ficcionalidad de un enunciado y extraer del mismo, sin embargo, consecuencias ontológicas ⁵⁷.

NOTAS

1. En efecto, tras esta asimilación - « *Lese maiestatis crimen. tanto quiere dezir en romañçe com yerro de trayçio q faze o bre contra la persona del rey* » -, al decir de A. Iglesia Ferreirós, « *se pasa a definir la traición en general, y no la traición regia. El referirse a quienes no se atreven a tomar venganza de aquéllos a quienes quieren mal o el aludir a que la traición es traer un hombre a otro, parece referirse a la traición en cuanto infidelidad, aunque existan elementos extraños, y no a la traición de lesa majestad* » (*Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla*, Santiago de Compostela, 1972, p. 181-182).

2. *Partidas VII. 2. 2* : « *Qualquier onbre que fiziere alguna cosa de las maneras dela trayçion que diximos e las leyes ante desta & diere ayuda o conseio que la faga deue morir por ello & todos sus bienes deue ser dela camara del rey saca do la dote de*

su muger & delos debdos que ouiese adar que ouiese metido mal de ante fasta el dia que començo a<n>dar enla trayçio<n>. & de mas todos sus fijos q<ue> sea<n> varones deuen fincar por enfamados por sienpre que nunca puedan auer onrra de caualleria ni de dignidad ni ofiçio ni puedan heredar apariente que aya ni aotro estraño que los estableçiese por herederos. ni puedan auer las ma<n>das que les fueren fechas. Esta pena deue<n> auer por la maldad que fizo su padre. pero las fijas de los traydores bie<n> puede<n> heredar fasta la quarta p<ar>te delos bienes de sus madres. Esto es por que no deue<n> asmar que las mugeres fiziese<n> trayçion ni se metiesen aesto tan de ligero a ayudar asu padre com<m>o los varones. E porende no deuen sufrir ta<n>gra<n>d pena com<m>o ellos & todas las otras cosas que son estableçidas en razon de las trayçiones segund fuero de españa son puestas conplida mente enla segunda partida deste libro enlas leyes que fabla çerca desta materia en aquesta misma razon » (las citas corresponden a la edición de Siete Partidas, Sevilla, 1491, ed. A. Díaz de Montalvo, reproducida en Admyte t. 1, Archivo Digital de Manuscritos y Textos Españoles, Madrid, 1992 ; la glosa de Gregorio López citada infra, a la edición Las Siete Partidas, Salamanca, 1555 (reproducción anastástica de la editorial del Boletín Oficial del Estado, 1984).

3. *Partidas* VII. 2. pr. : « Trayçio<n> es vno d<e>los mayores yerros & denuestos en q<ue> los onbres puede<n> caer. & ta<n>to la touiero<n> por mala los sabios antiguos q<ue> conosçiero<n> las cosas derecha mente q<ue> la co<n>praro<n> ala gafedad. ca bie<n> asi com<m>o la gafedad es mal q<ue> pre<n>de por todo el cuerpo & despues q<ue> es presa no se pued<e> tirar ni<n> amelezinar de manera q<ue> pueda guaresçer el q<ue> la ha. & otrosi q<ue> faze a o<n>bre despues q<ue> es gafo ser apartado & alo<n>gado de todos los otros. sin todo esto es ta<n> fuerte maletia q<ue> no faze mal al q<ue> la ha en si tan sola me<n>te. mas avn al linaie q<ue> por la liña derecha del desçie<n>de<n> & alos q<ue> co<n>el mora<n> Otrosi en aq<ue>lla manera mesma faze la trayçio<n> e<n> la fama del o<n>bre. ca ella la daña & la corro<n>pe de guisa q<ue> nu<n>ca la puede endereçar & aduze agra<n>d alo<n>gança & apartamie<n>to de aquellos que conosçen derecho & verdad & denegresçe & ma<n>zilla la fama delos que de aq<ue>l linaie desçiende<n> maguer no aya<n> enella culpa de guisa q<ue> finca<n> toda via e<n> famados por ella. & porende pues que enel titu lo a<n>te deste fablamos general me<n>te delas acusaçiones que son fechas por razo<n> delos grandes yerros que los onbres fazen. queremos aq<u>i` dezir adelante quales son aquellos males quier se faga<n> por obra q<u>i`er se diga<n> por palabras. & fablaremos p<r>i`mera mente delos que se fazen por fecho & despues diremos delos q<ue> se faze<n> por palabra. & come<n>çaremos dela trayçio<n> que es cabeça de todos los males & demostraremos q<ue> cosa ha en si. & do<n>de tomo este no<n>bre. & de qua<n>tas maneras. & q<ue> pena deue auer no ta<n> solame<n>te los fazedores della mas avn los consejeros della & los ayuntadores & los consintidores. & avn los que lo saben & no lo descubren. »

4. *Partidas* II. 13. 6 : « E avn faria<n> co<n>tra si mismos mata<n>do su señor aq<u>i` en d<e>ue<n> guardar sobre todas las cosas deste mu<n>do & denostar seya<n> de traycion asi & todo su linaje p<ar>a sie<n>pre. »

5. *Partidas* II. 27. 6 : « E si acaesçiese q<ue> el rey fuese muerto o preso que fincasen sus casas derribadas & yermas para en sie<n>pre. E los que dellos desçendiessen derechamente que fuesen echados dela tierra : por toa via : lo vno por verguença del mal que fiziessen aquellos de q<u>i`e<n> ello venian & les es escarmiento : que los q<ue> lo oyen se guardasen de fazer otro tal. Pero non se entiende delos yerros que ouiesen fecho ante que eran. Mas delos que despues fiziesen seyendo ellos tan de mala Ventura que biuos fincasen. Ca los derechos que fallaron los antiguos de españa en todas las

cosas alli do pusieron pena alos fijos por razon de sus padres sienpre guardaro<n> esto que non ouiese<n> pena los que no lo sabian ante que el fecho malo fiziesse<n> fueras ende sy fuessen conellos aparçeros en los yerros. E alos otros que metieron en la pena : fue porque los fizieran despues que estaua<n> ponçoñados en el mal que ouiesen fecho : temie<n>dose que en alguna razo<n> recudiessen a aquellos mesmos. Porende mandaron que fuesen destroydos de guisa que nunca pudiesen fazer mal ni la tierra fincase porende denostada. & los otros que lo oyessen tomassen ende escarmiento. com<m>o quier que segund las leyes delos enperadores los fijos destos onbres atales no deuen auer esta pena : segund adelante se muestra en la setena partida en las leyes que fablan en esta razon. »

6. Espéculo, ed. G. MARTÍNEZ DIEZ, Ávila, 1985.

7. Fuero Juzgo, trad. al leonés del latín, ca. 1260, en Admyte t. 0, op. cit. Esta norma repite los términos del c. X del XVI Concilio de Toledo.

8. « *Filii vero eius, quibus vitam imperatoria specialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii, criminis exempla metuentur), a materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos umquam honores, nulla prorsus sacramenta perveniant, sint postremo tales, ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solacio et vita supplicio* », Corpus Iuris Civilis, ed. P. KRUEGER, Berlín, 1906. Las próximas referencias al Digesto corresponden a Corpus Iuris Civilis, ed. Th. MOMMSEN, Berlín, 1905. Las glosas corresponden a Codicis DN Iustiniani Sacratissimi Principis Libri XII, Lyon, 1589, y Digestum Novum seu Pandectarum, Lyon, 1627.

9. Cf. J. CHIFFOLEAU, « Sur le crime de majesté médiéval » in *Genèse de l'État moderne en Méditerranée*, Roma, 1993, p. 183.

10. Cf. A. BOUREAU, *Le simple corps du roi*, París, 1988, p. 60.

11. Cf. C. PETIT, « Crimen y castigo en el reino visigodo de Toledo », in *La peine*, Bruselas, 1991 (Recueils de la Société Jean Bodin, 56), p. 32.

12. Cf. J. ORLANDIS, « Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media », *AHDE*, 16 (1945), p. 153 sqq.

13. Cf. J. LALINDE ABADÍA, « La Pena en la Península Ibérica hasta el siglo XVII », en *La peine...*, op. cit., p. 178.

14. Cf. C. GHISALBERTI, « Sulla teoria dei delitti di lesa maestà nel diritto comune », *Archivio Giuridico* 149 (1955), p. 172 sqq.

15. A partir de este contexto del derecho común, A. Iglesia Ferreirós (*Historia de la traición...*, op. cit., p. 144) señala que « legislación visigótica se adelantó al derecho común, al reconocer que en los delitos contra el monarca, tierra o pueblo de los godos únicamente incurren en infamia los hijos nacidos después de haberse cometido el delito ».

16. *Decretum Gratiani*, Lyon, 1606.

17. Una cuestión paralela es la de si ha de diferenciarse entre hijos bajo potestad y ya emancipados. La aplicación al caso de la diferencia entre *sui iuris* y *alieni iuris* parece ser la opción de la glosa al capítulo del Decreto de Graciano que incorpora el texto de la ley *Quisquis* (C. VI, q. 1, c. 22) : « *In potestate constituti. si enim eos postea emancipasset, non valet.* » Mas esta tesis es descartada por Gregorio López en su glosa a Partidas VII. 2. 2 al recordar que la glosa a la ley *Quisquis* prevé la misma pena transmitida a los hijos cuando el reo de majestad es la madre y no el padre y la madre, obviamente, no ejerce la patria potestad : « *Siue in potestate, siue emancipati ex generalitate ista : & quia militat in*

utrisque eadem ratio : licet glo. in cap. si quis cum militibus 6, q. 1 contrarium voluerit : & quia gl. in dict. l. quisquis in verbo minus ausuras dicit, quod matre committente istud delictum, patientur eius filii istas poenas : & tamen mater non habet filios in potestate. »

18. « *Idem tenet Ioan. Faber & Ange. in dict. l. quisquis dicens hoc ideo : quod illi qui postea nascuntur, sunt ex sanguine iam infecto [...] ubi aperte dicitur, quod delictum patris non nocet filiis iam natis, sed nascituris sic : & quod sit ratio : quia illi qui postea nascuntur, dicuntur nasci ex sanguine improbo : & dicitur trahere originem a linea iam infecta. »*

19. Como es el caso del anónimo *Tractatus de crimine laesae maiestatis* reseñado por C. Ghisalberti (C. GHISALBERTI, « Sulla teoria... », op. cit., p. 175).

20. « *Albericus tamen in dicta l. quisquis tenuit contrarium : imo quod poena de qua hic, teneantur filii, siue postea, siue antea nati : mouetur ex ratione illius legis, quod praesumuntur imitatores patris : & per eandem rationem tenet ibi Sali. cum in utroque haereditarii criminis exempla sint metuenda : & quia lex illa de filiis generaliter loquitur. »*

21. « *& pro ista parte multum videtur urgere lex ista partitarum, cum dicit (todos sus hijos) unde nullus debet excludi. l. Iulianus, in princip. ff. de lega. 3 l. a procuratore. C. manda c. si Romanorum 19 distinct. & per hoc verbum videtur, quod lex ista voluit decidere dictam ambiguitatem, quae oriebatur ex dict. l. quisquis cum simpliciter dixerat de filiis : & sicut quo ad poenam expulsionis a patria, & alia : de quibus in dict. l. 6 titu. 27. 2 partita dicta lex retulit distinctionem de natis ante vel post : idem fecerat in hac lege, quo ad alias poenas, si hoc voluisset. Et certe pro nunc, ista pars in rigore iuris, propter hoc verbum (todos) in hac lege positum videtur verior : licet contraria opinio fauorabilior, & aequior. »*

22. *Lectura super codice*, edición de *Opera juridica rariora*, Bolonia, 1973.

23. Cf. Y. THOMAS, « Los artificios de la verdad. La ficción en derecho medieval », in *Los artificios de las instituciones*, Buenos Aires, 1999, p. 49.

24. Citado por C. GHISALBERTI, « Sulla teoria... », op. cit., p. 172.

25. « *Dicas sic : quod ideo filii puniuntur, quia in eis paterni criminis exempla metuuntur, ut dicta l. quisquis. Sed ista ratione considerata videtur quod ex quicunque publico crimine poena paterna deberet filium afficere : sed hoc non est verum, ut in contrariis », Extravagantes, Lyon, 1606.*

26. Esta tercera postura puede acumularse a la de la imitación. De hecho, la sucede en la misma *quaestio* de Tomás : « *Dicit autem puniri peccata patrum in filiis, quia filii, in peccatis parentum nutriti, proniores sunt ad peccandum : tum propter consuetudinem ; tum propter exemplum, patrum quasi auctoritatem sequentes »*. Las citas corresponden a la edición *Suma Teológica*, Madrid, 1956 (Biblioteca de Autores Cristianos).

27. En esta *quaestio*, Tomás agrega a las dos tesis, una tercera posibilidad de explicación de las faltas temporales transmisibles. Esta consiste en la unida de la sociedad humana como un solo cuerpo : « *Tertio, ad commendandum unitatem humanae societatis, ex qua unus debet pro alio sollicitus esse ne peccet : et ad detestationem peccati, dum poena unius redundat in omnes quasi omnes essent unum corpus. »*

28. Cf. Y. THOMAS en « El sujeto de derecho, la persona y la naturaleza. Sobre la crítica contemporánea del sujeto de derecho », in *Los artificios de las instituciones...*, op. cit., p. 95.

29. *In secundam Digesti novi partem*, Venecia, 1570.

30. *In IV Sententiarum y Sententia Libri Ethicorum*, ed. R. BUSA, *Thomae Aquinatis Opera Omnia*, Milán, 1992.

31. « *Sciendum est ergo, quod peccatum consequitur duplex poena. Una per se, quae ad animam pertinet, et in praesenti, ut amissio gratiae et turbatio conscientiae et huiusmodi, et in futuro, ut poena inferni ; et huiusmodi poena nunquam filius pro peccato patris punitur, quia ista poena non attingit ipsum secundum quod est res patris. Alia poena consequitur peccatum quasi per*

accidens, sicut infirmitates corporales, et aliae poenae temporales ; unde nec etiam semper peccantibus tales poenae infliguntur, sed secundum moderationem providentiae divinae cuncta gubernantis : et tali poena quandoque punitur filius pro peccato patris, nisi fiat impedimentum ex parte filii, ut contrarius peccato patris existat per bonam vitam : haec enim poena contingit ipsum secundum quod est res patris ; sicut etiam pro peccato hominis quandoque occiduntur animalia, et effodiuntur domus, in quibus nulla est culpa. »

32. Cf. E. KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del rey, Un estudio de teología política medieval*, Madrid, 1985, p. 312, 319 y 367.

33. Cf. G. PICHON, « La lèpre et le péché », *Nouvelle revue de psychanalyse*, 38 (1988), p. 150.

34. « Geezi touo nonbre vn siruiente de heliseo profeta : y este fue el primero que fizo simonia enel viejo testamento quando vino naaman de siria aeliseo que lo sanase dela gafez que tenia : & el mandole que se fuesse al Rio jordan : & que se lauasse enel siete vezes & sanaria & naaman fizo lo segund quele mando el profeta : & sano. & despues que resçibio sanidad torno se para eliseo para gradesçer le la merçed que dios le fiziera por su ruego & dar le dones de sus riquezas. & eliseo non quiso tomar ninguna cosa del. E estonçe fuesse naaman & fue despues jeezi sin mandado de eliseo & pidio quele diesse algo. & diole dos pares de vistiduras & vn marco de plata & torno se geezi : & escondio aquello quele auia dado : & luego lo supo eliseo & quando vino ante el dixo eliseo porque resçebiste presçio por la graçia de dios que fizo a naama<n> en guareçerlo dela enfermedad que auia venga sobre ti aquel la gafez que el ha perdido : & fue luego conplido en aquella manera que dixo aquel profeta. E porende razon es que todos los que venden las cosas espirituales seran llamados geezitas por razon de geezi. E como quier que de co mienço ouo departimiento entre los onbres de los que conprauan & vendian las cosas espi rituales segund dicho es llaman los agora tan bien alos vnos como alos otros simoniaticos. E esto es porque lo vsaron assi los onbres de zir mas propiamente son llamados geezitas los que resçiben presçio & simoniaticos todos aq<ue>l los que los conpran. »

35. Cf. J. CHIFFOLEAU, « Sur le crime... », *op. cit.*, p. 193-94.

36. « Todos los om<ne>s nascen con este pecado. por que uiene<n> del linage de adam. Ca bien assi cuemo qua<n>do alguno fiziesse grand traycion contra su sennor ; cadrie en pena & en culpa ; el & todos los q<ue> descendiessen del ; assi por el pecado de adam cayeron en culpa todos los q<ue> del uinieron. E pora esta culpa toller ; es el sacramiento del babtismo. ca ella allimpia & la tuelle », ms. Add. 20 787 del *British Museum*, ed. EL SABIO, L. KASTEN, J. NITTI E W. JONXIS-HENKEMANS, versión electrónica publicada en *The Electronic Texts and Concordances of the Prose Works of Alfonso X*, Madison, 1997.

37. *Setenario*, ed. K. VANDERFORD, Buenos Aires, 1945.

38. C. I, q. 4, c. 8 : « Non imputantur peccata parentum iis, qui ab eis personaliter divisi probantur : Jam itaque, quum homo in se ipso est, ab eo, qui genuit eum, alter effectus, peccato alterius sine sua consensione non tenetur obnoxius. Traxit ergo reatum, quia unus erat cum illo et in illo, a quo traxit, quando quod traxit admissum est. Non autem trahit alter ab altero, quando sua unoquoque propria vita vivente jam est, unde dicatur : Anima, quae peccaverit, ipsa morietur. Ut autem possit regenerari per officium voluntatis alienae, quum offertur consecrandus facit hoc unus spiritus, ex quo regeneratur oblat. »

39. Cf. A. WINROTH, *The making of Gratian's Decretum*, Cambridge, 2000, p. 64.

40. La glosa incluye, sin embargo, una referencia contraria extraída del *Contra Julianum* de Agustín, que morigera en plan ortodoxo la audacia de la cita de Ulpiano. Allí (*De consecrat.* dist. 4 C. XXXV) se califica al feto como hombre y, si bien no se plantea la cuestión de la indistinción con las vísceras de la madre, sí se compara al feto con otros

elementos transitorios en el cuerpo materno como los residuos de la alimentación o las fiebres : « *Si quicquid in homine est, quando baptizatur, baptizari et sanctificari putandum est, dicturus es, et ipsa in illo baptizari et sanctificari, quae in intestinis et vesica sunt per digestionem corporis ; dicturus es, baptizari et sanctificari hominem in matris utero constitutum, si ad hoc sacramentum accipiendum gravidam necessitas cogat, et ideo baptizari jam non debere qui nascitur ; postremo dicturus es, et ipsas baptizari et sanctificari febres, quando baptizantur aegroti.* »

41. Cf. Y. THOMAS, « El “vientre”. Cuerpo materno, derecho paterno », in *Los artificios de las instituciones...*, op. cit. La postura estoica de considerar al embrión como parte del útero, como componente orgánico de la madre, influencia luego a los juristas que organizan la ficción del *venter* por fuera de toda referencia corporal. Por otro lado, esta elaboración ficcional del *venter*, absolutamente incorpórea, es la ficción del derecho romano donde más « se verifica tan precisamente el adagio, enunciado a propósito del derecho testamentario, según el cual el padre y el hijo son una misma persona : *pater et filius eadem persona* », p. 129.

42. « *Quidam distinguunt triplicem carnem : primam scilicet complexionalem, quam recipiunt pueri in sua generatione ; et aliam carnem quae procedit ex menstruo ; et tertiam quae est nutrimentalis. Et dicunt hanc tertiam non transire in veritatem humanae naturae, sed aliae duae transeunt in veritatem humanae naturae. In aliis duabus resurget homo ; et quantum ad primam carnem, omnes fuimus in Adam ; et quantum ad secundam, fuimus in matre* », en comentario a la distinción XXX del libro II de las *Sentencias* de Pedro Lombardo – que versa sobre el pecado original –, *Glossa in Quatuor libros Sententiarum Petri Lombardi*, t. 2, Florencia, 1952, p. 295.

43. Cf. A. BOUREAU, « Droit et théologie au XIII^e siècle », *Annales ESC*, 1992 y C.W. BYNUM, « Material continuity, personal survival and the resurrection of the body : a scholastic discussion in its medieval and modern contexts », in *Fragmentation and Redemption : Essays on Gender and the Human Body in Medieval Religion*, New York, 1992.

44. Cf. Y. THOMAS, « El sujeto de derecho, la persona y la naturaleza. Sobre la crítica contemporánea del sujeto de derecho », in *Los artificios de las instituciones...*, op. cit. Cf. también B. CLAVERO en *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986.

45. Cf. ANSELMO DE CANTERBURY, *De conceptu virginali et originali peccato* c. X. (ed. PL, 158).

46. Partidas VII. 9. 13 – *Como pueden demandar emienda los herederos dela desonrra que fizieron a aquel que heredaron seyendo muerto* – : « *E avn dezimos que si alguno dixiese mal tortizera mente dela fama de algund onbre muerto que los sus herederos puedan demandar emienda dello tan bien como si lo dixiese contra ellos mismos porque segund derecho como vna persona es contada la del heredero & la de aquel en heredo.* »

47. Cf. F. ROUMY, *L'adoption dans le droit savant du XII^e au XVI^e siècle*, París, 1998, p. 148.

48. Novela 47 : « *cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et qui in eum transmittet hereditatem, ideoque nullus eundem sibimet dicit reluctari et quod dixit atque iuravit tutum esse, hoc nolle valere, sed contra proprios reluctari sermones* », *Novellae cum glossa*, Lyon, ca. 1496-1500.

49. C. 35, q. 2-3, d. p. c. 21 : « *Hac auctoritate dum sexta generatione interdicatur conjugium, in septima permitti videtur. Sed gradus cognationis secundum quosdam varie computantur. Alii namque patrem in primo gradu, filios in secundo ponunt. Alii primum gradum filios appellant, negantes, gradum cognationis inter patrem et filium esse, quum una caro probentur pater et filius.* » PEDRO LOMBARDO, IV *Sent.*, D. 40, c. 2, 2 : « *Varie namque computantur gradus*

consanguinitatis. Alii enim patrem in primo gradu, filios in secundo ponunt ; alii primum gradum filios appellant, negantes gradum cognationis in patrem et filium esse, cum una caro sint pater et filius. »

50. E. KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos...*, op. cit., p. 368.

51. F. ROUMY, *L'adoption...*, op. cit., p. 149.

52. Textos a buscar como el que nos ofrece esta anotación al margen de la glosa a « Dierum » – Extravagantes ad nostri Apost. Joa. XXII, *De poenis* – : « *Filius an possit ob patris crimina plecti vide quae ego notaui in c. non debet de regu. iur. & de istis statutis q. pater & filius teneantur pro se inuicem. Fonta.* »

53. Y. THOMAS, « Los artificios... », op. cit., p. 43.

54. Y. THOMAS en « El sujeto de derecho... », op. cit., p. 95.

55. Referencia a una postura de Socinus según aparece citada en la adición a un comentario de Bartolo de Sassoferrato a *De iureiurando morientis propter mensuram suae substantiae*, Novela 47.

56. Esta tendencia a biologizar abstracciones jurídicas se halla en otros registros como en el caso de la presunción de paternidad. Asimismo, cf. las afirmaciones antes citadas de E. Kantorowicz y F. Roumy. Cf. también la descripción de B. Clavero de una antropología moderna donde se detectan razonamientos semejantes (*Tantas Personas...*, op. cit., p. 35-36).

57. Sobre el régimen de creencia medieval, cf. J.-C. SCHMITT, « La croyance au Moyen Âge », *Raison présente*, 113 (1995) ; M. DE CERTEAU, « Une pratique sociale de la différence : croire », in *Faire croire*, Roma, 1981 ; A. BOUREAU, *L'événement sans fin. Recit et christianisme au Moyen Âge*, París, 1993.

AUTOR

ALEJANDRO MORIN

Universidad de Buenos Aires