

EL ELEMENTO ROMANO EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL «ADULTERIO» EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

RAMÓN HERRERA BRAVO
UNIVERSIDAD DE JAÉN

I. La cuestión del adulterio en la sociedad romana, lleva aparejada una doble perspectiva metodológica:

- a) Por un lado no debemos dejar aparte la perspectiva histórica del problema, pues esta se desarrolla con una evolución secular y algunas transformaciones importantes.
- b) Por otro, dificultades con los textos de cara a la interpretación de las fuentes, que no permiten deducir consecuencias generales. De ahí que para fijar el contenido histórico del adulterio en relación al contexto donde se desarrolla, hay que hacer un análisis casuístico.

Pero además el adulterio se encuentra muy íntimamente conectado con el papel jurídico de la mujer, desde la época clásica. Podríamos decir que la mujer ha sido patrimonializada por el varón desde la época augustea, y ello con un sentido progresivo en cuanto al circulo e intensidad de esa apropiación. Este planteamiento se empieza a dibujar por ejemplo en una patente desigualdad en los castigos de los delitos contra las buenas costumbres en atención al sexo de los culpables. Este principio es exponente de la más pura tradición romana, puesto que la mujer quedaba a merced del marido, padre o parientes, mientras que el varón era castigado con penas de carácter pecuniario. Aspecto este que encuentra su máxima expresión cuando se hace referencia al adulterio, donde raramente se aprecia en el caso de que sea el marido el que cometa un delito de esta naturaleza, y si, en todas las circunstancias, cuando se trata de la mujer¹.

¹ Bibliografía fundamental sobre el adulterio en Roma. Vid: ESMEIN, *Le delit d'adultere a Rome*, NRHDF. 12.1878. P.1.ss.; ANDRÉU, M. *Divorce et adultere dans le Droit romain*. NRHDF. 35. 1957. p.1.ss; CANTARELLA, E. *Adulterio, homicidio legítimo e causa d'onore in diritto romano. Studi in 10. G. Scherillo*. Vol. I. Milano 1972. p. 243. ss; COSTA, *Crimini e pene da Romulo a Giustiniano*. Bologna. 1921; GORIA, F. *Ricerche su impedimento da adulterio o obbligo di repudio da Giustiniano a Leone VI*. SDHI 39. 1973. p. 281. ss; HUMBERT, V. *adulterium. DS*. Vol. I. p. 85. ss; VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano. Studi in o di V. Ratti*. Milano. 1934. p. 387. ss; CHIAZZESE, v. *Adulterium*. NNDI. I. 1937. p. 206. ss; BRANCA, V. *Adulterium*.

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

Sin embargo, esta desigualdad se fue destruyendo al menos aparentemente, por obra del cristianismo, a través de un proceso de igualación entre el hombre y la mujer. De todas maneras, a lo largo de nuestra tradición histórica, el hombre aparecerá en cualquier caso privilegiado con relación a la mujer. No deja de ser significativo, que un texto del siglo XIII (Fuero Real. 4,17,1), que cierra la Alta Edad Media castellana, y en el que se observan influencias romanizantes, siga declarando libre de responsabilidad al marido que, encontrando a su mujer con otro, mata a los dos adulteros.

Para un análisis de la supervivencia del elemento romano nos debemos centrar en un periodo temporal concreto, analizando los testimonios alto-medievales (siglos VII al XII), es decir, Fueros breves, cartas pueblas, y especialmente, documentación medieval, que muestran la perduración del Derecho Romano y el Derecho Visigodo representado por el *Liber Iudiciorum*. En una línea análoga, los siglos XIII y XIV presentan fuentes de una mayor extensión y elaboración. Es la época de los Fueros municipales agrupados en familias, con una expansión territorial diversa; y de las grandes redacciones de derecho con vigencia territorial, plasmada en textos de iniciativa privada como por ejemplo el Libro de los Fueros de Castilla, o aquellos textos que nacen de la iniciativa legal regia, primero de la época de Alfonso X como el Fuero Real, Especulo y Partidas, o decisiones reales posteriores que se pueden exemplificar en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 o en el Fuero Viejo².

Además, la época medieval se caracteriza por una clara dispersión normativa, con una variedad de derechos locales y con una diversidad de normas de conducta por las que se rigen los habitantes de los diferentes pueblos y localidades. Al desaparecer la monarquía visigoda, desaparece el motor político productor del derecho. La caída del poder político, arrastra consigo la organización judicial y afecta al proceso. La población cristiana, se refugia en ámbitos de seguridad como la familia y la aldea. La cohesión entre los miembros de estas comunidades se manifiesta especialmente en el campo del derecho privado y del derecho penal. Durante la Alta Edad Media, el ordenamiento jurídico va a estar centrado en la tradición del *liber*, que pervive en la práctica diaria, pero que paulatinamente va a ser completado por un nuevo derecho que va a estar dentro del resurgir de la ciudad, especialmente como derecho privilegiado, y que se corresponde con el derecho municipal.

El tipo de fuente al que nos vamos a aproximar es de naturaleza jurídica, jugando un papel fundamental el conjunto de Fueros y familias de Fueros ya

ED. Vol. I. 1958. p. 620. ss; ANKUM, *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain clasique*. RIDA. 32. 1985. P. 153. ss; idem, *La sponsa adultera*. Estudios en H. A. D'ORS I. Pamplona. 1987. p. 161. ss; OSABA, *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*. Madrid. 1997; PANERO ORIA, P. *Ius Occidendi et ius accusandi en la Lex Iulia de Adulteris coercendis*. Valencia, 2001.

² PEREZ PRENDES, J.M. *Curso de Historia del Derecho Español*. Vol. 1. Madrid. 1986. pp. 449. ss; 592.ss

sean breves o de redacciones extensas, pero aunque dichos fueros contienen testimonios auténticos de la vida medieval, estos deben ser tomados con cautela. Iglesia Ferreiros considera que “deben tenerse presentes dos aspectos en relación al contenido de los fueros. De un lado, las redacciones escritas de los fueros manifiestan siempre un esfuerzo teórico, un esfuerzo para comprender las relaciones jurídicas de la sociedad alto-medieval. De otro, ese esfuerzo en muchos de los casos, se hace a partir de instrumentos ofrecidos por los juristas educados en Bolonia, ya que los Fueros extensos, en su mayoría, proceden de una época más tardía de la que generalmente se tiende a aceptar³”. En otra línea, Segura Graño⁴ advierte que: “los fueros, en el caso de la Edad Media, establecen un marco legal, una sociedad ideal que obedece a la ideología del legislador; este intenta que la vida se aadecue a las disposiciones por el dictadas, por lo que pretende la creación de una determinada sociedad, que no siempre es aceptada por aquellos para quienes se pensó. Las exigencias sociales fácilmente superan lo que la ley ofrece”. Estas dos opiniones, nos ponen de manifiesto un mínimo estado de la cuestión, sobre las cautelas metodológicas que debemos asumir, especialmente porque la base que proporcionan las fuentes jurídicas debe ser contrastada con fuentes de otro tipo. Y es que se debe tener muy en cuenta las disfunciones que en determinados períodos históricos se tienen entre las normas y la realidad social. Disfunciones que se pueden detectar muy claramente en una conducta jurídico social como es el adulterio.

II. Muy brevemente, faremos algunas referencias a los hitos históricos del adulterio en la evolución del Derecho Romano. Así, en las épocas más arcaicas del Derecho Romano, el adulterio era una de las conductas más graves que podía cometer una mujer, pues atentaba contra el grupo familiar, y además si de la relación adultera nacía un hijo, este era considerado como un elemento hostil a la familia ya que provocaba la *turbatio sanguinis*⁵. La mujer al celebrar el matrimonio *in manu* quedaba integrada en la familia del marido; ciertos comportamientos de la mujer eran muy mal vistos por el grupo familiar, como por ejemplo, algo tan usual para nosotros como el beber vino. Son muchas las interpretaciones que existen en relación a este comportamiento, una de las más consolidadas es considerar dicha conducta como adulterio⁶. La mujer era repudiada, y a los parientes más cercanos se les reconocía el *ius osculi* como mecanismo de control, pues al besarla, se sabía si había bebido. En definitiva, la mujer se veía sometida al *iudicium domesticum*, bajo cuya jurisdicción en prin-

³ IGLESIAS FERREIROS, A. “*Individuo y familia. Una historia del derecho privado español*”, en *Enciclopedia de Historia de España*. Vol. I. Madrid. 1988. p. 458.

⁴ SEGURA GRAÑO, C. “*Situación jurídica y realidad social de casadas y viudas en el medievo Hispano*”, en *la condición de la mujer en la Edad Media*. Madrid. 1986. p.121.

⁵ A. Gellio. *Noct. Att. 10,23,4*; Plauto. *Mercator. 3,5*.

⁶ Vid. DURRY, *Les femmes et le vin*, REL 33. 1955.p.108. ss; MINIERI, L, *Vini usus foeminis ignotus*. LABEO. 28.1982. p.150.ss; CANTARELLA, *La calamidad ambigua*. Trad. esp. A. Pociña. Madrid. 1991. p.203.

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

cipio se encontraban una serie de actitudes, faltas y delitos de la mujer transgresora⁷.

Del texto de Plutarco (*Vit. Rom.* XII, 3) afianzamos que el adulterio era una fuerte causa de disolución del matrimonio, atribuida a las denominadas Leyes de Romulo, aunque este planteamiento es rechazado por Bonfante, el cual entiende que, se trata de una antigua tradición⁸. Pero es que en Roma, como señala Cantarella: “desde el momento en que la ciudad fue fundada, los padres y maridos siempre habían mantenido el derecho de matar a la hija impudica y a la mujer adultera”⁹. El ejercicio del *ius occidendi*, era la parte normal de los poderes del *paterfamilias* en donde debía llevar la venganza a la ofensa recibida en el honor familiar, no sólo matando a la mujer, sino también a su cómplice. Pero la gran paradoja radica en el hecho de que el marido no sufre un trato equiparable al de la mujer en el tema del adulterio¹⁰. A lo sumo podía ser expuesto a los efectos de una nota censoria, pero no se llegaba a los límites de la severidad con que era tratada la mujer adultera. De todas maneras en estas épocas primitivas se dan ciertos contrastes que llaman muy poderosamente la atención, y así, nos encontramos con el hecho de que en Roma se hacía circular a las mujeres más fecundas de unas familias a otras. Se trataba de un préstamo¹¹ cuyo objetivo es la propagación del linaje, no existiendo adulterio o en cualquier caso, sería un adulterio consentido. Puesto que el préstamo de mujeres fecundas no ponía en marcha el dispositivo del castigo, se trataba de un acto de amistad y buena fe¹².

En líneas generales, la ética sexual del ciudadano romano en la época arcaica, refleja la ética política que proyectaba el ciudadano sobre su familia. De ahí que, en la República, el adulterio siga siendo un hecho reprobable que interesa sólo a la familia, de manera que si el marido o *paterfamilias* de la mujer sorprende *in fraganti* a los adulteros podrá matarlos¹³. En otros casos, disuelto el matrimonio, el marido podía retener la dote, ejercitando una acción en el *iudicium de moribus* o poniendo una excepción a la demanda de restitución planteada por la mujer, aparte de una pena privada (multa) que la mujer sufría por efecto del adulterio¹⁴.

⁷ Dio. Hali. 2,25; Val. Max. 2, 9,2; Tac. *Ann.* 13, 12; Tit. Liv. *Ep.* 48; Val. Max. 6, 3, 9.

⁸ BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*. Vol. I. Roma 1925. pp. 245.ss.

⁹ CANTARELLA, E. *El peso de Roma en la cultura europea*. Trad. esp. M. A. Ramos. Madrid. 1996. p.54; de la misma autora: *Homicides of Honor: the development of italian adultery over two milleniniae*, en Kezzer, D. Saller. R eds. *The Family in Italy from Antiquity to the Present*. New Haven. Londres. 1991. p.291.ss.

¹⁰ Aul. Gel. *Noct.* Att. 10, 23, 5.

¹¹ Cato. Cap. XXV. Vid, para una mayor concreción en: AA.VV. *Historia de la Familia* 1. Madrid. 1988. p. 228.

¹² FIRPO, A. *Amor, familia y sexualidad*. Barcelona. 1984. p. 25. También S. AGUSTÍN. *De bono conjugali*. 15, menciona la tradición, de que entre los antiguos se permite a un hombre, por voluntad expresa de su esposa, tomar otra mujer de la que nacerían hijos comunes.

¹³ AUL. GEL. *Noct.* Att. 10, 32, 5; D. 42, 5, 25.

¹⁴ AUL. GEL. *Noct.* Att. 10, 23, 4.

Pero además, en esta nueva época por influencia del movimiento estoico, se va asentando una nueva moral conyugal. Musonio indica que la procreación y la ayuda que los esposos se brindan constituye uno de los fundamentos del matrimonio. Los cónyuges se convierten en agentes morales, por lo cual el adulterio del marido a la luz del estoicismo, se considera tan grave como el de la mujer¹⁵. Se va produciendo un cambio en las costumbres sexuales, que tiene lugar entre la época de Cicerón y la de los Antoninos, muy al margen de la influencia del cristianismo, y como estima Cantarella aparece: "un nuevo sujeto social, la pareja y junto a ella la moral de pareja"¹⁶.

El adulterio, hasta este momento, en cuanto a su castigo era la lógica consecuencia del ejercicio de los poderes del *paterfamilias*. Pero es a partir de Augusto, cuando el adulterio se convierte en un "crimina" perseguible con una pena de carácter público. El propósito del *princeps*, a través de su política legislativa, y concretamente por medio de la *Lex Iulia del Adulteriis* (19 a.C.), es el de moralizar las costumbres, y poner punto final a la evolución marcada inicialmente por *iudicium domesticum*, hasta el *iudicium* de la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* que considera la conducta adulterina como un crimen. Dicha ley no puede valorarse como una ley de tipo coyuntural, sino que responde a la política legislativa del propio Augusto¹⁷. Dicha legislación, aun apor-tando innovaciones, confirmó que la conducta adulterina no debía tolerarse, y al ser considerado como un crimen, se convirtió en un comportamiento, que podía ser castigado a instancia del marido, y también siempre que un ciudadano promoviese expresamente la acción criminal. Pero además el término "*adulterium*", no sólo se refiere a la traición conyugal, sino a todas las relaciones extramatrimoniales mantenidas por una mujer, fuese casada, virgen o viuda.

No vamos a extendernos en el significado de la *Lex Iulia de Adulteriis*, pero si hacemos algunas referencias, por ejemplo: muchas de las penas introducidas son de contenido patrimonial; la ley amenazaba a los culpables con la confiscación de los bienes o parte de ellos. Igualmente persiste el *ius occidendi* que se

¹⁵ VEYNE, P. *Historia de la vida privada*. Madrid. 1987. p. 56.

¹⁶ CANTARELLA, E. *El peso de Roma*...cit. p. 43. Para esta autora, "la contraposición entre cuerpo y espíritu, entre impulsos y razón, no fue una tarea introducida ex novo por el cristianismo, sino que había atravesado la cultura pagana... la ética de la continencia estaba destinada a producir consecuencias profundas en la concepción del matrimonio". Ibidem, p. 45.

¹⁷ La *Lex Iulia de adulteriis*, está insertada dentro de las leyes matrimoniales preparadas con finalidades muy diversas: regeneración de las costumbres, incremento del número de matrimonios ante la crisis de nupcialidad; elevar la natalidad y reinstaurar las "mores" tradicionales y familiares. La doctrina ha resaltado el papel jugado por esta ley, para BIONDI, *Diritto Romano Cristiano*. Vol. I. Milano. 1952. p. 470.ss, constituye una ley fundamental en orden a los delitos sexuales. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*. Trad. esp. s.d. p. 163, la considera como la más duradera que la historia del derecho penal recuerde. BONFANTE, op. cit. p. 255, insiste en la idea de que ninguna ley del mundo ha sido tan severa en relación a la represión de las buenas costumbres. ANDRÉU, op. cit. p. 25, comenta la dureza de la ley que castiga no solamente a los culpables directos, sino a todo aquel que favorecía de alguna manera la comisión del crimen. Aunque es evidente que los resultados político jurídicos de las leyes de Augusto no fueron eficaces pues la realidad social está claramente divorciada de la realidad jurídica.

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

prevé a través de una casuística minuciosa; también la ley contiene otras sanciones, como ante el supuesto del que es condenado por adulterio no tiene derecho a ser testigo¹⁸. Augusto además quería evitar que las mujeres casadas volvieran a contraer matrimonio si habían cometido adulterio, y aquel que, conscientemente lo contraía con una mujer que había sido condenada por adulterio debía de ser castigado pues realizaba un crimen de *lenocinium*¹⁹. Pero ante todo, resultaba evidente que el marido que sorprende a su mujer en adulterio está obligado a repudiarla y divorciarse de ella²⁰.

A partir del derecho postclásico y justinianeo, la represión del adulterio adquiere nuevos rumbos. Pese a todo, la acusación ante el tribunal promovida por el marido o el *pater*, conserva la antigua ventaja y solamente los parientes próximos pueden promoverla²¹. Los supuestos de adulterio que se dilucidan en esta época son, esencialmente, el adulterio de la mujer, con una actitud desinteresada frente al adulterio en el hombre. En el Concilio de Elvira, cánones 8, 9 y 10, se fijan las penas que deben ser infligidas a las mujeres cristianas casadas que se unen a otro hombre, violando el principio de la indisolubilidad matrimonial, no hablándose de las penas que por el mismo delito deben aplicarse al hombre²². Con dicho Concilio, las prescripciones contra el adulterio, en todas sus formas, son muy frecuentes. Sin embargo, no parece que el Concilio excluya la posibilidad de nuevas nupcias de un varón que ha repudiado a su mujer adúlera. Las constituciones imperiales empiezan a delinean una serie de justas causas, de las que podemos extraer las siguientes: adulterio, participación de la mujer en banquetes con hombres sin que lo permita el marido, pasar noches fuera de casa sin motivo convincente, y asistir a espectáculos contra la prohibición del marido²³. Serán los emperadores Teodosio y Valentíniano III, los que realicen una progresiva ampliación de las justas causas, con un criterio de mayor flexibilidad en cuanto a las penas y, sobre todo, un avance hacia la equiparación entre la mujer y el marido en el tema del adulterio.

A partir de la época justiniana, toman más importancia las penas de carácter pecuniario, en cuanto a las causas de divorcio, se incorporan las anteriores, se incorporan las anteriores junto con el aborto y las manifestaciones de desenfrenada lujuria de la mujer²⁴. Más tarde, la Novela 22 del año 535, contiene un verdadero Código matrimonial, siendo la última regulación la establecida en el año 542 por la Novela 117, en donde el marido, puede repudiar por: adulterio probado en la mujer (Nov. 117, 8,3), cuando la mujer contra la prohibición del

¹⁸ D. 22, 5, 14; D. 22, 5, 18; D. 28, 1, 20, 6.

¹⁹ D. 48, 5, 30 (29) 1; C. 9, 9.9. Vid. HANKUN, H, *La sponsa adultera...* cit, p. 161. También. Coll. 4, 12, 7; C. 9, 2, 2.

²⁰ D. 48, 5, 2, 2; C. 9, 9, 2.

²¹ Cod. Theo. 9, 7, 2.

²² SOTOMAYOR, M. *Historia de la Iglesia en España*. 1. *La Iglesia en la España romana*. 1979. p. 113.ss.

²³ C. 4, 17, 8, 1; C. 5, 17, 8, 2-3.

²⁴ C. 5, 17, 11, 2.

marido, acude a los baños con extraños (117, 8, 4), cuando la mujer resida fuera del domicilio conyugal (117, 8, 5), cuando la mujer acude a determinados espectáculos, contra la voluntad del marido o ignorándolo este (117, 8, 6). Recoge también, el supuesto de que el marido hubiese acusado a la mujer de adulterio, pero la acusación hubiera resultado falsa (117, 9, 4), o el caso del marido que llevase a vivir al hogar conyugal a otra mujer o la frecuentase fuera de él, en la misma ciudad y persistiese su actitud, después de haber sido reprehendido por los padres u otras personas dignas (117, 9, 5).

III. Los distintos fueros, como tendremos ocasión de analizar, desde una perspectiva general, plantean una repulsa hacia las conductas adulterinas como demostraríremos, en la tradición romano-canónica. Tales conductas son objeto de sanción debido:

- a) Razones de tipo moral, en línea con la defensa del matrimonio como sacramento.
- b) Mantener un cierto equilibrio y convivencia hacia la búsqueda de un orden social externo.

El conjunto de penas y sanciones aplicables a las conductas de adulterio, se aplican de diferentes maneras según la geografía o por razones históricas teniendo en cuenta el momento en que fueron dictadas. Sin embargo, hay algo que es planteamiento común, y es que se castiga de una forma muy diferente la infidelidad conyugal de la mujer, en relación a la misma conducta cuando es realizada por el marido. El derecho se muestra más benevolente, ante todo porque la conducta del marido no provoca la *turbatio sanguinis*²⁵. En líneas generales, esta discriminación obedece a que la situación jurídica de la mujer casada es de absoluto sometimiento al marido, lo que conlleva que, desde el punto de vista jurídico, carezca de toda iniciativa. Por ello no debe de extrañar que la legislación foral, en lo concerniente a la situación jurídica de la mujer, sea muy parecida en todo el territorio peninsular, sobre todo porque las fuentes del derecho son las mismas: derecho romano, derecho germánico; aunque los diferentes lugares donde se aplican los fueros son el resultado de una serie de condicionantes, y esto hace que se detecten algunas diferencias que pueden obedecer a planteamientos políticos o de carácter económico.

IV. A partir de la Alta Edad Media, los Fueros van a darle gran preferencia al hecho de la venganza del marido de la adúltera. El acto de matar a los adúlteros es una facultad inmediata del marido, pero asumirá la responsabilidad por homicidio, si hace justicia en un momento posterior²⁶.

Así, el Fuero de Llanes 14, se manifiesta de manera implacable:

E aquel que con mujer de bendición fuere fallado mueran ambos, e, sy fuyeren non les valga la iglesia, nin palacio ninguno e non les anpare ninguno. E sy algunos los ampararen ayan la tal pena como ellos.

²⁵ GACTO. E. *La filiación ilegítima en la historia del derecho español*. AHDE. 1971. p. 908.

²⁶ Vid. GACTO. E. *La filiación ilegítima* ... p. 911; MONTANOS FERRIN, *La familia en la Alta Edad Media*. Pamplona. 1980. pp. 94. ss.

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

En el texto, se castiga a muerte no sólo a los adulteros, sino a todos aquellos que se atreven a ayudarlos. De una manera análoga lo establecen los Fueros de Aragón (45), Jaca, Viguera (186) y Val de Funes, junto con el Fuero de Teruel (479), Cuenca (VI, 23), Bejar (322), Plasencia (68), Alcalá (70) y Miranda del Ebro.

La necesidad de matar a los culpables, recoge la más viva tradición romanística, incluida en *Liber Iudiciorum*, III, 4, 4:

si adulterum cum adultera maritus vel sponsus occiderit pro homicidio non teneatur²⁷.

El sistema punitivo sufre algunas transformaciones, alternándose con penas de carácter económico y otras de naturaleza infamante como: azotes o exposición pública de los delincuentes desnudos²⁸. En cuanto a las penas de carácter patrimonial, en Aragón se castigaba a la adultera con la pérdida de las arras, o con la pérdida de la dote²⁹. En Cataluña, se impone pena de multa a la mujer del “payes” que comete adulterio³⁰. Como señala Gacto³¹, las “sanciones de carácter pecuniario podían servir como sanciones alternativas para que los adulteros se redimiesen de la venganza pública abonando una cierta cantidad”.

Una cuestión que provoca cierta complejidad es la del procedimiento probatorio en los supuestos de adulterio presunto. El juramento y la ordalia son los medios probatorios utilizados para deducir la inocencia o culpabilidad de la mujer. Así, en Cataluña, comprobada la culpabilidad de la mujer, ésta es entregada a la potestad del marido con todo su patrimonio³². Este sistema de imputación de la culpabilidad, eximiría a la mujer si ésta realiza un juramento con doce convecinas³³.

De todas formas las penas son muy diferentes, tanto por la geografía, como desde el punto de vista pecuniario. Para Fosar, es llamativa la diferencia que existe entre el repudio y otro tipo de conductas que llevan un agravamiento de la sanción pecuniaria, como por ejemplo introducir en una viña acotada ganado ajeno. Lo cual nos hace suponer que en estos fueros de frontera, el tratamiento del adulterio es mucho más benigno que en otro tipo de delitos, y es que, como apostilla el mismo autor³⁴, era necesario dar facilidades para el asentamiento de población en tierras de frontera. Incluso otros fueros reducen la pena por repudio cuando es realizado por el marido, quedando la pena

²⁷ El “ius occidendi”, también ha pasado al Fuero de Baeza (251), Zorita (252), Alarcón (236), Alcaraz. 4, 28, Estella. 21-22 y Fuero de Ayala 19.

²⁸ Fueros de Aragón. 308.

²⁹ Fuero de Jaca. A, 154.

³⁰ Usatges de Barcelona. 110-111.

³¹ GACTO, *La filiación ilegítima...* p. 910.

³² Usatges de Barcelona. 112.

³³ Fuero de Plasencia 135.

³⁴ FOSAR, *Estudios de derecho de familia*. T. III. *Las uniones libres y la evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España*. Barcelona, 1985. p. 322-323.

menguada a una prestación simbólica. Sistemáticamente estos fueros mantienen una discriminación hacia la mujer, mientras que unos mayores márgenes de libertad son otorgados al marido.

La permanencia del elemento romano, también se manifiesta en el Fuero de Zamora, donde la viuda no podrá contraer matrimonio antes de haber transcurrido un año desde la muerte del primer marido³⁵. Y es que los Fueros de Zamora y Salamanca sólo se ocupan del tema tangencialmente, mientras que los de Ledesma y Alba de Tormes, lo hacen de una manera más directa refiriéndose a las diferentes conductas³⁶.

En el Fuero de Cuenca, los principios romanísticos sobre la regulación del adulterio, quedan plasmados en la inmunidad del marido, el cual no será castigado si halla a su mujer fornicando con otro y los mata a los dos. Pero debe quedar claro, una vez más, que ha de ser a los dos, porque si deja escapar a uno de ellos, los *perche calonnas*. Igual ocurre en el caso de que el mancebo a sueldo del señor o cualquier persona que le deba fidelidad, le ponga los cuernos con su mujer³⁷. Además, el hecho de acosar e insultar a mujer ajena, estaba castigado con una pena pecuniaria, pero si la violación, el insulto o el acoso fueran contra puta pública, dicha conducta queda impune³⁸. También, los Fueros de Alcaraz y de Alarcón, con escasas modificaciones coinciden esencialmente con el de Cuenca³⁹.

El Fuero de Ubeda mantiene el criterio discriminatorio respecto de la mujer y se considera el adulterio como exclusivamente femenino. La conducta adulterina realizada por el marido no puede ser perseguida por la mujer ofendida, pues parece considerarse que dicha conducta no supone una deshonra para la mujer, y se mantiene la inmunidad del marido dentro de la más pura tradición, al consentirle que mate a la mujer si la encuentra acostada con otro hombre y que lo mate a él también. De nuevo aquí, ha de ser a los dos. Si deja libre a uno de ellos, deberá pagar "todas las calonnas"⁴⁰. Pervive la discriminación entre hombres y mujeres en relación a los delitos sexuales. La mujer casada es considerada propiedad del marido que puede disponer de su vida con entera libertad. Dicha disparidad se agrava en el caso de que la mujer cometiera adulterio con judío o con moro, ya que ambos deberán ser quemados en la hoguera⁴¹. Y si el marido sospecha que su mujer ha cometido adulterio, no bastará con la palabra de ella para demostrar su inocencia sino que necesitará el testimonio de doce mujeres.

También en el denominado "Libro de los Fueros de Castiella", en su título 116, encontramos la continuidad del elemento romano, puesto que el marido

³⁵ Vid Americo De Castro-Federico De Onis. (Comps) Fueros Leoneses. Madrid. I. 1916. p. 31.

³⁶ Vid. Ibidem. p. 248 y ss.

³⁷ Vid. UREÑA Y SMENJAUD, R. *Fuero de Cuenca*. Madrid. 1935.

³⁸ *Fuero de Cuenca*. p. 321.

³⁹ Vid. ROUDIL, J *Les Fueros D' Alarcón*. Paris. 1906.

⁴⁰ GUTIERREZ CUADRADO, J. (comp.) *Fuero de Ubeda*. Valencia. 1979 (XVIII-1). p. 301.

⁴¹ *Fuero de Ubeda* XXIX, 2. (A). p.304.

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

que encuentra a su mujer yaciendo con otro debe matarlos a los dos, o al menos, haberlo intentado⁴².

V. En los textos alfonsinos (Fuero Real, Partidas), el elemento religioso y la sanción canónica se deja sentir en aquellos supuestos de matrimonio contraído por mujer consagrada a Dios, declarando inválido tal acto y estableciendo el reenvío al monasterio⁴³.

El Fuero Real estima que, el adulterio, es una conducta que debe ser sancionada con dureza, y mantiene los principios de inmunidad en el supuesto de que todo aquel que matare a otro debe morir por ello, con la excepción de que matare a su enemigo conocido, “o defendiéndose, si lo fallare dormeindo con su muger, doquier que lo fallare, o si lo fallare en su casa yaciendo con su fija o con su hermana”⁴⁴.

Se establece en este supuesto, la distinción respecto al lugar para declarar que el esposo no tiene ninguna restricción, mientras que el padre o el hermano, para permanecer inmunes deberán sorprenderlos en casa.

Además, el Fuero Real recoge las diferentes posturas que puede contemplar el marido frente a la mujer y su cómplice. En cuanto a las personas, el marido dispone de los dos infractores, y por lo que respecta a los bienes, hemos de determinar si existen o no hijos. Si los hay, los bienes entran en poder de ellos, pero si no existe prole, los bienes van a parar al patrimonio del marido⁴⁵.

En cuanto a las Partidas, se dedica todo un apartado para regular este tema. Se define el adulterio en la Séptima Partida como: “Yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada o desposada con otro”. A partir de esta definición, se va delineando el discurso que marca las pautas de actuación de los individuos. Pero también en la Cuarta Partida, vamos a encontrar un espacio importante en relación a nuestro tema, y así, la mujer no cometerá adulterio, aunque sea forzada si este acto se ha ejecutado en contra de su voluntad⁴⁶. Igualmente, ante la ausencia prolongada del marido, si la mujer contrae matrimonio, no comete adulterio pues pensaba que había muerto⁴⁷. Pero una vez que la mujer conoce que el primer marido está vivo, ya no podrá volver con el segundo, porque entonces si se la acusaría de adulterio, basándose en que por la buena fe, su ignorancia la ha salvado, pero una vez conocedora del hecho debe de poner remedio⁴⁸.

Ya en el título VII, nos encontramos de lleno con el fenómeno conocido con el nombre de adulterio. Se dedica esta Partida a las personas que pueden hacer la acusación de adulterio y contra qué personas.

⁴² SÁNCHEZ, G. *Libro de los Fueros de Castiella*. Barcelona. 1924.

⁴³ *Fuero Real* IV, 8.2.

⁴⁴ *Fuero Real* IV, 17.1.

⁴⁵ Vid. *Fuero Real*, IV, 7, 1.

⁴⁶ *Partidas* IV, 9, 7.

⁴⁷ *Partidas* IV, 9, 8.

⁴⁸ *Partidas* IV, 9, 8.

Se sigue manteniendo la teoría de que el adulterio del varón no produce daño mientras que del de la mujer puede provenir un hijo extraño a la familia, si como fruto de esas relaciones, ella quedase embarazada. El hombre podrá acusar a su mujer de adulterio, en tanto la mujer no podrá hacerlo. Ahora bien, un hombre que yaciera con una mujer desconociendo que estaba casada, no comete adulterio⁴⁹.

Y a la mujer no se la podrá acusar tampoco, si el adulterio fue hecho con el consentimiento del marido⁵⁰. La acusación habrá de retirarla si el marido después de conocida la conducta de su mujer, la recibe en su casa y en su lecho porque se entiende que la perdonó.

También la Partidas siguen manteniendo la impunidad del marido, si encuentra a su mujer con otro en su casa o en un lugar apartado, después de haber sido amonestado el sospechoso hasta tres veces⁵¹. Pero además, la ley sigue permitiendo al marido matar al adulterio, si lo halla con su mujer, sin necesidad de haberlo advertido antes, pero no podrá matar a la mujer a la que habrá de someter al juicio de un juzgador para que se haga justicia⁵².

Sin embargo, si es el padre el que encuentra a su hija casada yaciendo en su misma casa o en la de su marido con otro hombre, puede matar a los dos, pero no podrá matar a uno y dejar al otro⁵³.

El sistema punitivo para los adulterios es muy riguroso, especialmente, en el supuesto de delito probado aplicándose la muerte para el cómplice y penas de carácter corporal, económicas y de privación de libertad para la mujer⁵⁴.

VI. Los textos referidos nos demuestran, que para el ordenamiento civil, la mujer adultera queda al arbitrio del marido. Dicha situación se mantiene en el Ordenamiento de Alcalá, en donde el marido que encuentre a su mujer culpable de adulterio, podrá matarla sin incurrir en ninguna pena. La Ley establece además que deberá comportarse con el mismo rigor con ambos culpables⁵⁵.

La Ley de Toro (tit. 80) vuelve a ocuparse de la cuestión de los adulterios con la misma severidad. El marido no sólo podrá acusar de adulterio a su mujer, sino que deberá ocuparse de los dos culpables, por tanto la mujer no podrá librarse bajo ninguna excusa del castigo. El marido sigue siendo el único al que se le concede el derecho a tomar venganza y es al que se le considera como la persona perjudicada. Y es que en las mismas Leyes de Toro (tit. 82), se condena inexorablemente a la mujer que ofende a su marido, aunque no se trate de un adulterio strictu sensu por ocurrir durante un periodo de matrimonio nulo. Además, se permite que el marido mate a los adulterios por su propia

⁴⁹ *Partidas* VII, 17, 5.

⁵⁰ *Partidas* VII, 17, 6.

⁵¹ *Partidas* VII, 17, 12.

⁵² *Partidas* VII, 17, 13.

⁵³ *Partidas* VII, 17, 14.

⁵⁴ *Partidas* VII, 17, 15.

⁵⁵ Vid. *Novísima Recopilación de las Leyes de España*. Ed. BOE. tit. XXVIII. Ley II.

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

autoridad, sin recurrir al amparo de la justicia, ahora bien no podrá apropiarse de los bienes, aunque los encuentre “*in infraganti*”. Sin embargo, este derecho si se le conserva si recurre a la Administración de Justicia.

En términos generales y a la luz de esta breve exposición textual, podemos confirmar la constante desigualdad en el trato jurídico penal con respecto a los cónyuges. Siendo muy duro para la mujer, pese a que el cristianismo y algunos moralistas perdonaban la lapidación para la adultera. Y por tanto, el estrecho cerco que suponía un matrimonio en el que no se sentía muy a gusto; si iba acompañado de una infracción, el precio que pagaba la mujer, a veces era hasta la propia vida.

Lo que es evidente todavía es que en los albores del mundo moderno la idea del honor familiar va unido al comportamiento sexual femenino. Y pese a que las codificaciones modernas intentaron paliar los poderes del marido y el padre, la realidad es que permanecía inalterable la inferioridad femenina como componente básico de la herencia romana; quedando constatado en muchos Códigos Penales que el adulterio es un delito exclusivamente femenino concediendo una cierta impunidad, más o menos extensa a quien comete un “homicidio honoris causa”, entrando, por tanto, uno de los principios del Derecho Romano en las legislaciones modernas. Y algo que llama poderosamente la atención es que el elemento romano en la configuración del adulterio, ha influido de manera muy fuerte en la cultura europea, y se encuentra todavía muy presente en algunos ámbitos de nuestra cultura, incluso cuando ha salido ya del ámbito jurídico de nuestros códigos. Así, observamos con cierto estupor, como en algunos estratos culturales y geográficos, el que asesina por defender su honor es contemplado con cierta benevolencia⁵⁶.

⁵⁶ Vid. CANTARELLA. *El peso de Roma en la cultura europea...* cit. p. 58-59.