



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Armando Torrent (AUTORE INVITATO)

**La represión del *adulterium* en las leyes
romano-bárbaras y particularmente en la
legislación hispano-visigótica**

Numero X Anno 2017

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, D. Ceccarelli Morolli, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, S. Di Salvo, I. Fagnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attesa considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

LA REPRESIÓN DEL *ADULTERIUM* EN LAS LEYES ROMANO-BÁRBARAS Y PARTICULARMENTE EN LA LEGISLACIÓN HISPANO-VISIGÓTICA

Abordo el tema de la represión del adulterio en las leyes romano-bárbaras de finales del Mundo Antiguo y comienzos de la Alta Edad Media, y en especial las hispano-visigóticas promulgadas durante el dominio visigodo en España¹ entre el 507 y 711 d. C., enlazando con otro estudio anterior que dediqué a la represión del adulterio en derecho romano², derecho que con la gran tradición romanística mantenida desde el s. XII con el redescubrimiento de las Pandectas justinianas hasta nuestros días³ tiene un puesto cimero en la formación y evolución del derecho europeo. Particularmente el derecho romano de la tarda Antigüedad ejerció una influencia directa en el derecho visigodo que se manifiesta en el tratamiento del adulterio en sus vertientes penales (*ius occidendi* sobre los adúlteros), matrimoniales y procesales (*accusatio adulterii*, sentencia judicial señalando las consecuencias del adulterio), por lo que necesariamente a lo largo de mi exposición tendré que ir haciendo constantes referencias a las reglas romanas.

La Roma de la época monárquica consideraba el adulterio de la mujer (en las XII Tab. también beber vino⁴) una de las

¹ La obra fundamental sobre el tema es de E. OSABA, *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid, 1997.

² A. TORRENT, *Derecho penal matrimonial romano y 'poena capitis' en la represión del adulterio*, en *RIDROM*, 17, 2016, 239-301, www.ridrom.uclm.es.

³ A. TORRENT, *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho romano-'ius commune'-derecho europeo*, Madrid, 2007, 127 ss.; 321 ss.

⁴ Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.25.6; Pol. 6.3; Plut *Rom.* 22; Val. Max 2.1.5; Gell. *Noct. Att.* 1.23. Sobre los abusos femeninos del alcohol, vid, M. DURRY, *Les femmes et le vin*, en *REL*, 13, 1955, 18 ss.; G. PICCALUGA, *Bona Dea*, en *SMSR*, 35, 1964,

conductas reprobables penada por los *mores maiorum* como atentado grave contra la *fides* conyugal y la moral familiar, pues tanto el adulterio como darse a la bebida eran considerados comportamientos femeninos reprobables⁵ en cuanto el matrimonio se consideraba institución fundamentalmente dirigida a la procreación y se veían con disfavor las segundas nupcias, de lo que da cuenta la consideración peyorativa de la segunda mujer como *pellex* y *probrosa*⁶. Por el contrario las uniones sexuales del marido con mujeres distintas de su *uxor* (salvo el caso de *stuprum*⁷ y aún así la legislación matrimonial de Augusto lo considera lícito elencando *mulieres in quas stuprum non committitur* pero con las cuales no podían contraer matrimonio sino mantener un *concubinatus*) se veían con tolerancia a no ser que hubiesen sido obtenidas con violencia y el adulterio implicara una ofensa a la familia o al marido burlado cuyo honor había que salvar.

Hasta avanzada la República la familia romana funcionaba bajo la rígida autoridad del *paterfamilias*, único sujeto económico que podía engendrar obligaciones sobre el patrimonio familiar) y político⁸. Su poder englobaba el *ius vitae et necis* sobre todos los

195 ss.; L. MINIERI, ‘*Vini usus feminis ignotus*’, en *Labeo*, 28, 1982, 150 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato tra storia e propaganda*, Milano, 1990, 155 ss.; EAD., ‘*Consors vitae*’. *Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, 35 ss.; C. FAYER, *La ‘familia’ romana*, I, *Aspetti giuridici ed antiquari*, Roma, 1994, 146 ss.

⁵ Vid. R. v. HESBERGTON, ‘*Coniuns carissima*’. *Untersuchungen zum Nomenkaralter im Erscheinungsbild der römischen Frau*, Stuttgart, 1983; C. CASCIONE, *Antichi modelli familiari e prassi corrente in età protoimperiale*, en ‘*Ubi tu Gaius*’. *Modelli familiari, pratiche sociali e diritto delle persone dell’età del Principato*, a cura di F. Milazzo, Milano, 2014, 41.

⁶ Vid. lit. sobre el tema en C. CASCIONE, *Antichi*, cit., 41, nt. 71.

⁷ Cfr. A. TORRENT, s.v. ‘*Stuprum*’, en *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, 1266 s.

⁸ No voy a entrar en la conocidísima teoría política de la familia y de la herencia de Bonfante, tema que ha suscitado una abundante literatura. Por mi parte,

sometidos a su *potestas* que era considerada instituto *proprium civium Romanorum*⁹ que aparece rodeada de gran prestigio y contenido moral junto a un amplísimo contenido económico que llegaba hasta la venta de los hijos que de alguna manera permite sostener la ecuación *potestas-dominium*¹⁰. Desde antiguo la *patria potestas* aparece como una facultad que podía llegar a ser despótica ejercida por el *paterfamilias* sobre todos los individuos del grupo familiar, no tan omnímoda como pretende un sector de la historiografía romanística en cuanto que la historia de la familia envuelve un aflojamiento progresivo de los poderes del *pater*, y una progresiva atenuación de sus poderes sobre los hijos¹¹ cuyo ejercicio empieza

desde mi primera tesis doctoral defendida en 1965 bajo la dirección del prof. Pablo Fuenteseca, ya tuve ocasión de cerrar filas con lo que Betti calificó con cierta exageración, la “crociata antibonfantiana”; vid. A. TORRENT, ‘*Venditio Hereditatis*’, Salamanca, 1966, 21-23.

⁹ Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.26.4; G. LOBRANO, ‘*Pater et filius eadem persona*’. *Per lo studio della ‘patria potestas*’, I, Milano, 1984, 1, nt. 1, recoge fuentes sobre la romanidad de la *patria potestas*.

¹⁰ Vid. F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del ‘paterfamilias’*, en *Studi De Francisci*, II, Milano, 1956, 195 ss.; ID., ‘*Potestas*’ e ‘*dominium*’ nell’esperienza giuridica romana, en *Labeo*, 16, 1970, 17 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei ‘iura praediorum’ nell’età repubblicana*, I, Milano, 1969, 147 ss.; ID., s. v. *Patria potestà*, en *Enc.dir.*, 32, Milano, 1982, 242 ss., ahora en *Scritti scelti*, II, Napoli, 2010, 767 ss.; ID., *Idee vecchie e nuove sui poteri del ‘paterfamilias’*, en *Poteri ‘negotia actiones’ nella esperienza romana arcaica*, en *Atti Copanello 1982*, Napoli, 1984, 53 ss., ahora en *Scritti scelti*, II, 793 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 246 ss.; Y. THOMAS, ‘*Vitae necisque potestas*’. *Le père, la cité, la mort*, en *Actes de la Table Ronde Du châtiment dans la cité. Supplices corporelles et peine de mort dans le Monde Antique*, Roma, 1984, 499 ss.; C. FAYER, *La ‘familia’*, cit., I, 123 ss.; J. MARTIN, *Familie. Verbndtschaft und Staat in der römischen Republik*, en *Festschrift Bleicken*, Stuttgart, 2002, 13 ss.; C. AMUNÁTEGUI, *Origen de los poderes del ‘paterfamilias’*. *El ‘paterfamilias’ y la ‘patria potestas’*, Madrid, 2009.

¹¹Vid. A. TORRENT, ‘*Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*’, en *INDEX*, 35, 2007, 159-174.

a estar limitado por los vínculos de la primitiva religiosidad greco-romana, y también muy pronto sometido a controles públicos ejercitados por los censores mediante el *regimen morum*¹², situación corroborada por Plutarco¹³ al informar del asombro de los griegos porque para los romanos no se debía permitir la unión matrimonial y traer hijos al mundo sin someterse a juicio y control público.

Según De Martino¹⁴ la familia romana «ci appare come una forte unità giuridica religioso-economica, ordinata su un saldo potere centrale: la *potestas* del padre esclusivo sovrano», definición en la que Cascione¹⁵ advierte influencias del naturalismo bonfantiano y del marxismo. Dentro del ámbito familiar hay una idea clara: el matrimonio es siempre rigurosamente monogámico y en ningún caso se trata de compra de la mujer como ocurría en algunos pueblos orientales. Por el contrario en todos los autores romanos literarios y jurídicos se advierte gran respeto y hasta exaltación de la *materfamilias*¹⁶ desde los tiempos más antiguos; la

¹² Sobre el *regimen morum* hay copiosa lit.; citaré solo la más reciente: E. BALTRUSCHI, ‘*Regimen morum*’. *Die Reglementierung des Privatlebens der Senatoren und Rittern in der römischen Republik und frühen Kaiserzeit*, München, 1989; A.E. ASTIN, ‘*Regimen morum*’, en *JRS*, 78, 1988, 14 ss.; W.I. TATUM, *The ‘lex Clodia’ de censorial notion*, en *Cl. Phil.*, 85.1, 1990, 36 ss.; M. HUMM, ‘*Apus Claudius Caecus*’. *La République accomplie*, Roma, 2005, 188 ss.; ID., *Il ‘regimen morum’ dei censori e le identità dei cittadini*, en AA.VV. ‘*Homo*’, ‘*caput*’, ‘*persona*’. *La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 283 ss.

¹³ Plut. *Cato Maior* 16.2.

¹⁴ F. DE MARTINO, s.v. ‘*Famiglia (diritto romano)*’, en *NNDI*, VII, Torino, 1961, 43.

¹⁵ C. CASCIONE, *Antichi modelli*, cit., 26.

¹⁶ Vid. W. KUNKEL, s. v. ‘*Materfamilias*’, en *RE*, 14.2, Stuttgart, 1930, 2183 ss.; A. CARCATERRA, ‘*Materfamilias*’, en *AG*, 123, 1940, 3-54; R. FIORI, en *BIDR*, 96-97, 1993-94, 455 ss.; P. GIUNTI, ‘*Mores*’ e ‘*interpretatio*’ nella definizione di ‘*materfamilias*’ (una qualifica tra ‘*conventio in manum*’ e ‘*status*’ di ‘*sui iuris*’), en *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche Gallo*, I, Napoli, 1997, 301 ss.; E.

familia como llegó a decir Cicerón era *seminarium rei publicae*, y aunque el matrimonio en Roma siempre fue una institución más social que jurídica, eran necesarias formas de manifestarse *ad extra*, siendo las más antiguas la *confarreatio*, *coemptio* y *usus*, que quizá no fueran otra cosa que formas de *conventio in manum* aunque a finales de la República la forma más generalizada era el matrimonio *sine manu*. También hay que reconocer que la mujer en Roma en el campo privatístico tenía menos prerrogativas que el varón¹⁷, y menos aún en derecho público¹⁸, aunque sí estaba sometida a las reglas penales, porque el hecho de ser mujer no la eximía del reconocimiento de su capacidad para delinquir¹⁹. Todavía los juristas clásicos seguían defendiendo esta discriminación con criterios hoy inaceptables como la *infirmitas* y la *levitas animi* y en la propia Roma discutibles (Gayo 1,190).

De las mujeres casadas se esperaba una conducta ejemplar y fidelidad al marido; de ahí que desde que tenemos noticias jurídicas de Roma el adulterio se considerara un grave atentado contra la familia severamente castigado en que la muerte de la hija adúltera no era vista como un derecho sino más bien como un deber del

HÖBENREICH, ‘*Scylla*’. *Fragente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Wien-Köln-Weimar, 2003, 28 ss.; C. FAYER, *La ‘familia romana’. Aspetti giuridici ed antiquari*, II, ‘*Sponsalia*’, *matrimonio, dote*, Roma, 2005, 283 ss.

¹⁷ Con razón dice F. MUSUMECI, *Condizione della donna romana e divieto di intercedere ‘pro aliis’*, en *Scritti Corbino*, 5, Tricase, 2016, 238, que «nel campo del rapporto giuridici privati la donna romana fosse soggetta ad una serie de nomanazioni che la ponevano in una posizione di netta inferiorità rispetto agli appartenenti al sesso maschile».

¹⁸ Vid. L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna repubblicana*, Milano, 1984, 83 ss.

¹⁹ P. RESINA, *La mujer ante el derecho penal. ‘Mulier’. Algunas historias e instituciones de derecho romano*, Madrid, 2013, 267; M.E. ORTUÑO, ‘*Hortensia*’. *Su discurso contra la imposición fiscal femenina*, en R. RODRIGUEZ LOPEZ – M.J. BRAVO BOSCH, *Mujeres en tiempos de Augusto: realidad social e imposición legal*, Valencia, 2016, 396.

*pater*²⁰ hasta que la *lex Iulia de adulteriis* delimitó aquel *ius occidendi*, entendiendo Cantarella²¹ que a partir de Augusto la muerte de la hija era el precio que se pedía al padre consintiéndole ejercitar lo que siempre se había considerado un derecho suyo, cuyo ejercicio ahora estaba subordinado al hecho de encontrarse en el momento que lo ejercitaba en un estado de ánimo (*iustus dolor* por el hecho del adulterio) justificando el *ius occidendi iure mariti* (si éste era *sui iuris*) *vel patris* como reacción a una ofensa injusta²² y grave.

Al convertir Augusto el *adulterium* en *crimen* cuya represión estaba sometida a control público, y ésta fue la gran novedad de la *lex Iulia*, empieza a delimitarse la *accusatio adulterii iure mariti vel patris* dejando impune la muerte de los adúlteros, y este *ius occidendi* reconocido por los *mores maiorum* fue legalizado por Augusto tipificando conductas delictivas y fijando las circunstancias para justificar –o legitimar– el homicidio de los adúlteros cuyas reglas conocemos sobre todo gracias a los grandes juristas severianos y diversas constituciones imperiales. Giuffrè²³ ha llegado a decir que la *lex Iulia de adult.* es la más severa del mundo en la represión del adulterio, legalizando Augusto la muerte de los adúlteros por el padre o marido de la adúltera siempre que se dieran ciertas circunstancias²⁴: haber sido sorprendidos *in domo patris* o *mariti*, muerte inmediata de los adúlteros; sería Constantino quien agravó las penas del adulterio, y a partir del s. IV las *Paul. Sent.* 2,26,14 prescriben cumulativamente a la pérdida de bienes la *relegatio in insulam* bien de forma temporal o a perpetuidad.

²⁰ A. TORRENT, ‘*Poena*’, cit., 241.

²¹ E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d’onore in diritto romano*, en *Studi Scherillo*, Milano, 1971, 273 ss.

²² Vid. *Coll.* 4.2.12.

²³ V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana*, Napoli, 1991, 94.

²⁴ A. TORRENT, ‘*Poena*’, cit., 241.

Precisamente las reglas visigóticas que reconocen el *ius occidendi* sobre los adúlteros: cómplice y la mujer casada, desde una *antiqua* de Leovigildo recogida en el año 654 por la *Lex Wisigothorum* de Recesvinto (a. 654) 3,4,5 *antiqua* tiene su más remoto antecedente en la *lex Iulia de adulteriis coercendis* de Augusto delinadora de la represión del adulterio, o acaso sería mejor decir justificadora del *ius occidendi iure patris vel mariti* a quienes la legislación visigótica añadió los *propinqui* en supuestos de adulterios comprobados ante la justicia real. El derecho romano postclásico, sobre todo la legislación de Constantino, diversas constituciones imperiales, CTh., y escritos adulterados de los juristas clásicos significó la influencia romana más poderosa entre los visigodos.

Lex Wis. 3.4.5 ant. Si pater vel propinquus in domo adulterum occiderint filiam—Si filiam in adulterio pater in domo sua occiderit, nullam penam aut calumniam incurrat. Si certe reservare eam voluerit, faciendi de eo est de adultero quod voluerit habeat potestatem. Similiter et fratres sive patrui post obitum patris, faciendi habeant libertatem.

La duda que suscita este § es si la ant. se refiere a reprimir el adulterio tanto de las hijas casadas como de las solteras, prefiriendo Osaba²⁵ la referencia a las hijas solteras, basándose en que la distancia en el tiempo que media entre la ant. 3.4.5 y la ley de Recesvinto 3.4.4 puede ser la que existe entre el reinado de Leovigildo (572-586) y el de Recesvinto (653-672), considerando posible que a lo largo de este período se produjera una transformación respecto al supuesto de hecho contenido en la ley llegando a la conclusión que la de Recesvinto no se aplicaba al adulterio de la mujer casada, prefiriendo Osaba²⁶ ver el

²⁵ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 280.

²⁶ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 117 s.

antecedente de 3.4.5 en el *Cod. Eur.*²⁷ que refería la punición del adulterio al padre y no al marido; éste ya será comprendido claramente en la *LRW* del a. 507. A mi modo de ver asombra la exclusión del marido en la *Lex Wis.* 3.4.5 que concede el *ius occidendi* al padre de la adúltera y en su defecto a los *fratres*, que muy bien puede ser una omisión inadvertida por el copista, y hay que observar que en la inmediatamente anterior eod. 4 ant. se mencionaba expresamente el *ius occidendi* del marido: *Si adulter cum adultera occidatur—Si adulterum cum adultera maritus occiderit, pro homicidio non teneatur*. Este supuesto se refiere claramente a la mujer casada (*maritus occiderit*), y dada la ampliación (de la *accusatio*) al *pater sive fratres* de 3.4.5 no veo una razón clara para referir esta ley únicamente a la mujer soltera como pretende Osaba, que si por un lado advierte que ni en el CTh. citan el *ius puniendi* marital, éste se recoge perfectamente en las *Paul. Sent.*, que constituía uno de los referentes tardo-clásicos de la legislación visigótica, subyacente en la muerte de la adúltera a manos del marido en caso de adulterio flagrante realizado en la casa paterna o en la marital.

Paul Sent. 2.26.1. *Capite secundo legis Iuliae de adulterio permittitur patri tuum adoptivo quan naturali adulterum cum filia cuiuscumque dignitatis domi suae vel generi sui deprenensum sua manu occidere. 2. Filius*

²⁷ Contenido en un palimpsesto descubierto a mediados del s. XVIII conocido más tarde como palimpsesto Paris 12.161. Su primera edición se debe a F. BLUHME, *Die Westgothische Antiqua oder Gesetzgebuch Reccared des ersten. Bruchstücke eines pariser Palimpsesten*, Halle, 1847; su posterior edición (Halle, 1872) no añade nada nuevo a la anterior; más tarde por K. ZEUMER, *Fontes Iuris Germanica in usum scholarum ex Monumentis Germaniae Historica separatim editi: Leges Wisigothorum antiquiores*, Hannover-Leipzig, 1894; ID., *‘Leges Wisigothorum’*, en *‘Monumenta Germaniae Historica’*, I.I, Hannover-Lipsiae, 1902, reedición, 1973, 3-27. por P. MEREÀ, *Textos de direito visigótico*, Coimbra, 1923, 3-20, y por A. D’ORS, *El Código de Eurico. Edición, palíngenesia, índices*, en *Estudios visigóticos*, II, Roma-Madrid, 1960.

familias pater si filiam in adulterio deprehenderit, verbis quidem legis prope est, ut non possit occidere: permitti tamen ei debet, ut occidat.

Parece indudable la relación entre las *PS* y *Lex Wis.* 3,4,5 ant. salvadas las referencias al padre adoptivo, al natural y al *filiusfamilias* ligadas a la evolución de la familia; no debemos dejar de lado la relación con la nueva consideración cristiana del matrimonio que imponía una dura condena del adulterio tanto en textos veterotestamentarios (*Deuteronomio* 22.22; *Levitico* 20.10; *Genesis* 3,9; *Exodo* 20.14), como neotestamentarios (Mateo 5.27-28; 5.31-32; Marcos 19.2.12; *I Cor.* 7.3-4), y por supuesto en los Padres de la Iglesia orientales y occidentales a partir del s. II d. C.²⁸, que permiten observar grandes similitudes en la moral sexual y matrimonial tanto en los pueblos antiguos como en el cristianismo primitivo²⁹.

Por lo que respecta al derecho penal matrimonial de los germánicos hay que partir de la base que el pueblo visigodo era el más culto y romanizado de todos éstos, que necesitados de tierras para cultivar y ante la presión de los pueblos asiáticos (los hunos) por un lado, y la creciente debilidad de Roma por otro, se iban

²⁸ Cfr. E. MAGNIN, v. ‘*Adultere*’, en *Dictionnaire de droit canonique*, I, Paris, 1950, 223-250; G. DELLING, *Ehebruch*, en *Reallexikon für antike und Christentum*, 4, Stuttgart, 1950, 666-678; W. GRAF, *Der Ehebruch im fränkischen und deutschen Mittelalter unter besonderer Berücksichtigung des westliche Rechts*, Würzburg, 1982, 43-49; J. CHURUCA, *Egalité et inégalité dans le mariage chrétien des premiers siècles*, en *Le droit de la famille en Europe; son évolution depuis l’Antiquité jusqu’à nos jours*, en *Actes des Journées internationales d’Histoire du Droit*, Strassbourg, 1992, 241-251.

²⁹ E. ROSENTHAL, *Die Rechtsfolgen des Ehebruchs nach kanonischen und deutschen Recht*, Würzburg, 1880; C.E. MORSAK, *Das Wesen der Strafbarkeit des Ehebruchs dargestellt auf Grund der Entwicklung des römische, kanonischen und frühmittelalterlichen deutschen Rechts*, Freiburg, 1974, 36-70. La evolución de la familia en Roma y la consiguiente moral sexual familiar en relación con la represión del adulterio, ha sido objeto de una abundante lit.; vid. la citada en E. OSABA, *El adulterio*, cit., 58, nt. 182.

trasladando desde la *pars Orientis* a los territorios de la *pars Occidentis*. En esta sede me fijaré en un sector del derecho penal matrimonial³⁰ que reprime conductas rompedoras del matrimonio, y no es que el matrimonio en época visigoda estuviera suficientemente delimitado; sus flexibles fronteras se derivaban del derecho romano³¹ en el que el matrimonio era una institución con connotaciones sociales, éticas y religiosas antes que jurídicas³², es decir una situación de hecho antes que de derecho³³, donde la principal manifestación de la situación matrimonial de la mujer era el *honor matrimonii*: participación en el rango y dignidad del marido, o ciertos hechos con relevancia externa: la *deductio in domum mariti* que siguen siendo en nuestros días prueba de las llamadas uniones de hecho: convivencias *more uxorio* que no son jurídicamente – formalmente- matrimonio, moviéndose los convivientes con absoluta libertad tanto para crear estas relaciones como para disolverlas al margen del ordenamiento jurídico que sigue exigiendo para el matrimonio una serie de formalismos

³⁰ Me he ocupado del derecho penal familiar en diversos escritos y desde diversos puntos de vista: A. TORRENT, *El senaconsulto Mesaliano y el ‘crimen falsz’*, en *AHDE*, 50, 1980, 115-130; ID., *‘Suppositio partus’-‘crimen falsz’*, en *AHDE*, 52, 1982, 223-242; ID., *Sul diritto penale matrimoniale*, en *Labeo*, 48, 2002, 127-131; ID., *‘Ultio necis’, ‘indignitas’ y senadoconsulto Silaniano*, en *BIDR*, 103-104, 2000-2001 pero 2009, 67-116; ID., *‘Patria potestas’*, cit.

³¹ Vid. J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident. Les moeurs et le droit*, París, 1987, que trata de las fuentes visigodas en pp. 49-107. Vid. asimismo los numerosísimos estudios sobre el matrimonio romano de E. VOLTERRA recogidos en el vol. III de sus *Scritti*, Napoli, 1991.

³² A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Madrid, 2008, 525.

³³ Prueba de ello es el *ius potliminii* que favorecía el retorno del ciudadano romano prisionero del extranjero que por ello se convertía en esclavo, que a su retorno *in patria* recuperaba todos sus derechos menos la *possessio* y el matrimonio, típicas situaciones de hecho. Vid. lit. y fuentes en A. TORRENT, *Las uniones de hecho nueva tipología del matrimonio*, en *Libro Homnenaje al Prof. M. Albaladejo*, II, Madrid, 2005, 4798.

estandarizados, ciertamente cada vez más simplificados en España, pues si con anterioridad debía prestarse el consentimiento matrimonial ante los ministros de confesiones religiosas reconocidas o ante el juez encargado del registro civil, hoy el matrimonio civil es válido si se realiza ante notario que da fe de dos declaraciones de voluntad dirigidas a fundar una sociedad doméstica tendencialmente duradera, se supone que *liberorum quaerendorum causa*, o acaso meramente a constituir una cooperativa de consumo repartiéndose los gastos entre los convivientes.

Los aceleradísimos cambios sociales de nuestros días que políticos, economistas y filósofos identifican con la globalización, desde la perspectiva que interesa en esta sede significa una cierta unificación hacia la generalización de las uniones de hecho³⁴ sustancialmente semejantes a los matrimonios libres del Mundo Antiguo, de modo que la extraordinaria difusión actual de las uniones de hecho son similares a los matrimonios romanos basados en el mero *consensus*³⁵, que situado al margen de ataduras formales configuraba el matrimonio como una unión libre *inter virum et uxorem* con recíproco *ius connubii* y *liberorum quaerendarum causa*. Esta situación hoy la denominamos uniones de hecho alejadas de todo formalismo legal entre los convivientes. Se ha dicho que esta liberalización de las actuales y difundidísimas uniones de hecho envuelven una crítica al derecho concebido como forma al prescindir de cualquier rito formal matrimonial; los convivientes pasan del derecho, prefieren vivir sin que se interpongan entre ellos estructuras jurídicas formalizadas, aunque el ordenamiento no les permite prescindir de las consecuencias de

³⁴ A. TORRENT, *Uniones*, cit., 4783-4821.

³⁵ Ulp. 33 *ad Sab. D.* 24.1.32.13: *non enim coitus matrimonium sed maritalis affectio*. Uno de los últimos juristas clásicos, Modestino (1 *reg. D.* 23.2.1), define nuestra institución ‘*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*’.

su pura condición biológica humana en torno al mantenimiento y atención de los hijos habidos de aquellas uniones primando el *bonum filii*; no tienen el mismo relieve unas relaciones fugaces para disfrutar de la potencia sexual de los amantes, que desarrollar una convivencia estable con visos de responsabilidad y solidaridad recíprocos³⁶ con hijos comunes. Efectivamente vivimos una época mucho más defensora de la infancia que de los eventuales vínculos que impone el ordenamiento: respeto y ayuda mutua, vivienda común, monopolio exclusivo de la potencia sexual del otro, que históricamente se han venido imponiendo a los casados. En nuestros días en que estamos deformados por muchos siglos de evolución del ordenamiento jurídico que no siempre ha seguido una senda lineal, propendemos a encuadrar – y solucionar – los problemas jurídicos dogmáticamente; la historia del derecho no es otra cosa que historia de la dogmática, y es precisamente la dogmática matrimonial la que se está abandonando en la práctica de nuestros días tanto desde enfoques religiosos como iusprivatísticos.

Para abordar el estudio de la represión del adulterio en la legislación visigótica he creído necesario partir del tratamiento de matrimonio y adulterio en el derecho romano, primer gran ordenamiento en la historia de la humanidad del que estamos razonablemente documentados, como asimismo de su importante gestión política en la formación y administración de un Imperio cuyas grandes líneas políticas habían sido establecidas rudamente en la monarquía primitiva, con mayor precisión en las instituciones republicanas (magistrados, senado, asambleas), en la forma de gobernar de Augusto, en la *lex de imperio Vespasiani*³⁷, en los

³⁶ A. TORRENT, *Unión de hecho y separación de hecho*, en *Revista de derecho notarial*, 141-142, 1988, 290.

³⁷ Vid. con lit. y fuentes X. PEREZ LOPEZ, *El poder del príncipe en Roma. La ‘lex de imperio Vespasiani’*, Valencia, 2006.

reinados de Trajano y Adriano³⁸ continuadas por los severos y consolidadas por Diocleciano y Constantino, extendiendo el Imperio Romano universal dirigido a preservar la paz y prosperidad entre los hombres comandado por un *optimus princeps* (fundamento ideológico ideado por Cicerón a mediados del s. I a. C.) que servirá de modelo en épocas posteriores, y pondré como ejemplo la *imitatio imperii* visigótica³⁹ (siglos VI y VII), la *renovatio imperii* de Carlomagno⁴⁰, la fascinación del Renacimiento por la antigüedad clásica, la idea imperial romana retomada por los escritores españoles del s. XVI en época de Carlos V como Sepúlveda y Bartolomé de las Casas para explicar la conquista de los territorios americanos aunque ahora insistiendo en la evangelización de los indígenas⁴¹, la influencia del romanismo sobre el iusnaturalismo racionalista precursor de los códigos⁴², sobre el iluminismo francés⁴³, las ideas políticas de la Roma republicana cuando Napoleón asume la figura de Primer Cónsul después que la Revolución Francesa guillotinará al último rey de Francia, el intenso romanismo del Código civil francés de 1804⁴⁴

³⁸ J. BÉRANGER, ‘*Principatus*’. *Etudes de notions et d’histoire politiques dans n° Antiquité gréco-romaine*, Geneve, 1975, 281 ss.

³⁹ Vid. A. TORRENT, *Una aproximación a la legislación visigótica hispana. La ‘imitatio imperii’*, conferencia pronunciada el 25 de noviembre del 2016 en la Universidad Federico II de Nápoles con ocasión del Convegno sobre “*Ius Romanum – Leges barbarorum*”. *Alle radici giuridiche dell’Europa*, publicada en RIDROM 18, 2017, 1-63.

⁴⁰ Vid. A. TORRENT, *Fundamentos*, cit., 184 ss.

⁴¹ F. CUENA, *Imperio romano e Imperio hispano en el Nuevo Mundo. Continuidad histórica y argumentos jurídicos en el Tratado Comprobatorio de Bartolomé de las Casas*, en ID., *Escritos romanísticos de tema indiano*, Santiago de Compostela, 2016, 152.

⁴² A. TORRENT, *El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII precursor de los códigos en la secuencia de fundamentos del derecho europeo*, Madrid, 2016.

⁴³ A. TORRENT, *El iusnaturalismo*, cit., 165 ss.

⁴⁴ A. TORRENT, *Fundamentos*, 300 ss.

y en general de los códigos de la llamada familia romano-germánica. En conclusión la influencia de Roma en tantísimos aspectos de la vida social, cultural, lingüística, política, y por lo que aquí interesa jurídica, ha sido determinante en la historia de la jurisprudencia europea que se prolonga hasta nuestros días, y aunque no se ha alcanzado la unificación auspiciada por el Tratado de Roma de 1957, al menos se ha llegado a la convicción de la existencia de una conciencia jurídica común que tiene un trascendente punto de anclaje en el derecho romano. Precisamente las uniones de hecho parecen ajustarse a los modelos libres romanos de uniones matrimoniales (*nuptiae*) y paramatrimoniales (*concubinatus*), que algunos plantean como un paso atrás, y otros por el contrario como un signo de modernismo: paradojas de la historia.

Un primer flanco de ataque en el tema de la represión del adulterio consiste en intentar averiguar cuál es el bien jurídico protegido penalmente: ¿el poder sobre la mujer del marido o del *paterfamilias* del marido si éste no era *sui iuris*?; hablo de poder y no de propiedad, concepto que se perfilaría con el Principado; es significativo que en época republicana el poder sobre la mujer se podía adquirir por el *usus*, una forma de adquirir el dominio sobre las cosas en momentos en que aún no se diferenciaban los derechos reales de las obligaciones y las formas de ingreso en la familia de un ciudadano romano, libre y con *facultas procreandi*, eran el *nexum*, la *manus* y el *mancipium*, proporcionando la apariencia externa de matrimonio la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*; ¿bien jurídico protegido sería reparar el honor del marido burlado? ¿preservar la moral familiar? ¿salvar el honor de la familia? ¿una nueva visión religiosa del matrimonio en Roma que entendería el adulterio como un feroz ataque a la tradición religiosa de la familia?

Tampoco parece que en la Roma posterior al cristianismo el matrimonio fuera un lazo indestructible dada la libertad de

divorciar y estar fundado el matrimonio clásico en el *consensus perseverans* de los esposos basado en la *affectio maritalis*⁴⁵ (tendencialmente perpetua *constante matrimonio*) que hacían del matrimonio una situación fáctica⁴⁶; por otra parte el matrimonio canónico no obtendría una cierta fijación hasta el s. XIII y hubo que llegar al Concilio de Trento de 1564 para delinearlo formalmente afirmando su indisolubilidad. Todas estas incertezas más la brecha que se iba ensanchando entre el derecho clásico y el romano-vulgar presente en la legislación visigótica⁴⁷ hacen que la represión del adulterio en el área visigótica sea un campo resbaladizo que podemos acotarla en su espacio temporal desde el 475 d. C. con el Código de Eurico hasta el 711 en que Hispania sufrió la ocupación musulmana que duró hasta 1492 al ser vencido el reino árabe nazarí de Granada por los Reyes Católicos.

La represión del adulterio nos sitúa por tanto en el campo del derecho penal matrimonial. Montanos Ferrín y Sánchez-Arcilla⁴⁸ opinan que en materia penal la legislación visigoda ofrece una completa regulación y por tanto tiene un más alto grado de desarrollo si se la compara con el derecho penal romano, lo que en mi opinión puede predicarse de algunos delitos concretos como el homicidio y el hurto-robo; incluso encontramos en la *Lex*

⁴⁵ Análogo a la *affectio societatis* necesario para delinear el contrato consensual de sociedad; vid. P. PANERO ORIA, *La vida de la sociedad: el ‘consensus perseverans’*, en *Estudios en mem. de Benito Reimundo*, II, Burgos, 2000, 155 ss.

⁴⁶ A. TORRENT, *Las uniones*, cit., 4798.

⁴⁷ Y en su caso a la herencia germánica dice E. OSABA, *El adulterio*, cit., 86 nt. 74

⁴⁸ E. MONTANOS FERRIN – J. SANCHEZ-ARCILLA, *Estudios de Historia del derecho criminal*, Madrid, 1990, 92.

Wisigothorum de Recesvinto⁴⁹ también llamada *Liber iudiciorum*⁵⁰ en el primer manuscrito conocido del s. VIII, una exposición casuística de los delitos contra las personas con un concepto del delito elaborado desde la concepción romana del homicidio⁵¹.

En materia de represión del adulterio no veo tan radical la diferenciación entre derecho romano-derecho visigodo; en general el derecho visigodo sigue muy de cerca la regulación romana de lo que da prueba el *Lib. iud.* y en general el derecho visigodo acaso profundiza más en las diversas variantes del homicidio-asesinato partiendo del homicidio intencional⁵². También hay que decir que salvo el escrito de Dahn⁵³ la ciencia histórico-jurídica ha dedicado poca atención al derecho penal visigodo, y los escasos escritos de eminentes penalistas españoles que tratan este campo lo enfocan más desde conceptos actuales que desde un cuidadoso enfoque histórico⁵⁴, y aunque se ocupan de los delitos contra las personas (parricidio, filicidio, uxoricidio) no estudian la represión del adulterio, para el que únicamente contamos con el estudio de Esperanza Osaba, excelente romanista y buena conocedora del adulterio en el derecho visigodo.

⁴⁹ Sobre la obra legislativa de Recesvinto, vid. D. CLAUDE, *Adel, Kirche und Königtum im Westgotenreich*, Sigmaringen, 1971, 133-154. E.A. THOMPSON, *Los godos en España*³, Madrid, 1985, 228-240; J. ORLANDIS, *Epoca visigoda*, en AA.VV., *Historia de España*, A. Montenegro coord., 4, Madrid, 1987, 158-166; L. GARCIA MORENO, *Historia de España visigoda*, Madrid, 1989, 165-170.

⁵⁰ *Lib. iud.* libro VI: *de sceleribus et tormentis*.

⁵¹ E. MONTANOS – J. SANCHEZ ARCILLA, *Estudios*, cit., 93.

⁵² *Lib. iud.* 6.5.11: *Omnis homo, si voluntate non casu occiderit hominem, pro homicidio puniatur*.

⁵³ F. DAHN, *Westgotische Studien Entstehungsgeschichte. Privatrecht, Strafrecht, Civil und Strafprozess und Gesamtkritik der lex Wisigothorum*, Würzburg, 1974, 141-142.

⁵⁴ G. RODRIGUEZ MOURULLO, *La distinción hurto-robo en el derecho histórico español*, en *AHDE*, 32, 1962, 25 ss.; A. FERNANDEZ ALBOR, *Homicidio y asesinato*, Madrid, 1974, 41.

La *lex Wis.* trata el adulterio fundamentalmente en el libro III título IV *de adulteriis*, también en otros títulos del libro III *de ordine coniugali*, en el libro VI título I *de accusationibus criminum*, y título 5 *de iscleribus et tormenta*. Como es sabido esta compilación de Recesvinto (a. 654) recoge disposiciones de leyes anteriores que no citan el nombre del rey que las promulgó citadas en la *lex Wis.* con un genérico *antiqua*, mientras que en las versiones posteriores ya se cita el nombre de los reyes legisladores. Hay cierta unanimidad doctrinal en considerar que unas hay que atribuirles a Eurico, y el resto mayoritariamente a Leovigildo y a Chindasvinto en la parte que nos interesa.

La *Lex Wis.* o *Lib. iud.*, presenta una serie de problemas; la doctrina tradicional entiende que su decreto de promulgación está contenido en la *Lex quoniam* (*Lib. iud.* 2.1.5) y su regulación impuesta obligatoriamente en todo el reino visigodo y a todos sus habitantes: godos e hispano-romanos, por tanto absoluta ley territorial.

En tema de la legislación visigótica seguiré la edición crítica de la *Lex Wis.* de Zeumer⁵⁵ que recoge las *antiquae*, la legislación de Recesvinto con las innovaciones de los siguientes reyes visigóticos. También hay que destacar nuevas modificaciones posteriores a la invasión musulmana del 711 pues siguió vigente el *Lib. iud.* en la Hispania que se iba liberando de los musulmanes, como lógicamente también entre los mozárabes: cristianos que vivían entre los musulmanes hasta la llegada a España de los almorávides, fervorosos y crueles musulmanes que reprimieron el culto cristiano acabando con la tolerancia anterior. Antes hay que decir que la legislación visigótica da la impresión que más que dictar reglas específicas sobre la represión del adulterio, presta mayor atención al rapto de la mujer casada y a la represión de ciertas

⁵⁵ K. ZEUMER, *Leges*, cit.

uniones matrimoniales o de ciertas relaciones de carácter estable como el concubinato y la barraganía⁵⁶, aunque no me parece que en los s. VI y VII hubiera entre los visigodos una moral sexual muy estricta. El texto fundamental se contiene en la *Lex Wis.* 3.4.1 alterado más tarde por Ervigio (680-687), y asimismo recogida la alteración de Ervigio en la versión romanceada de la *Lex Wis.* que con sus *antiqua* y añadidos posteriores se publicó en el s. XIII con el título de *Fuero Juzgo*⁵⁷ que añadió ciertas variantes de contenido.

Lex Wis. 3.4.1 ant. *Si conibente aut non conibente uxorem cum alio viro adulterium faciat. Si quis uxori aliene adulterium intulerit violenter, addicatur marito mulieris, ut in eius potestate vindicta consistat. Quod si mulieris fuerit fortasse consensus, marito similis sit potestas de eis faciendi quod placet.*

La procedencia de esta regla puede rastrearse entre las *antiquae* y así puede derivarse del inicio de su parte dispositiva encabezada con un *si quis* que aparece en otras *antiquae*, y acaso

⁵⁶ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 87.

⁵⁷ Vid. M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Fuero Juzgo*, en *Códigos Antiguos de España*, Madrid, 1885.

remontarse al *Cod. Eur*⁵⁸. D’Ors⁵⁹ considera “con toda probabilidad” que el *Cod. Eur.* contuviera un título *de adulteriis*⁶⁰, a lo que hay que objetar que no aparece en la parte perdida del palimpsesto de París 12161, y hace más de un siglo Bennecke⁶¹ ponía objeciones a la existencia de tal título en el texto euriciano. En mi opinión no se debe descartar ese título y no es prueba suficiente que no venga citado, pues el contenido textual del código parisino es muy fragmentario y escaso y de los 400 fragmentos que se supone que contenía solo conocemos 50; por otra parte no cabe ninguna duda del hondo romanismo euriciano, que como todas las leyes visigóticas traían su inspiración de la

⁵⁸ Así piensan R. UREÑA, *La legislación gótico-hispana Leges antiquiores-Liber Iudiciorum. Estudio crítico*, Madrid, 1905, 154; A. D’ORS, *El Código de Eurico. Edición. Palingenesia. Índices*, en *Estudios visigóticos*, II, Roma-Madrid, 1960, 144-146; D’Ors ha hecho una cuidadosa edición que gracias a los rayos infrarrojos supera lo que Zeumer no pudo leer ayudándose mucho también con el cotejo de las *antiquae* de la *Lex Wisigothorum*; E. OSABA, *El adulterio*, cit., 88; H. NEHLSSEN, *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter, germanisches und römisches Recht in der germanischen Rechtsaufzeichnungen*, Göttingen, 1972, 188; Y. GARCÍA LÓPEZ, *Estudios críticos y literarios de la lex Wisigothorum*, tesis doctoral, Santiago de Compostela, 1991, 717.

⁵⁹ A. D’ORS, *El Código*, cit., 144. En su reconstrucción del edicto euriciano D’ORS, *El Código*, cit., 47, aparte de servirse del cotejo con las *antiquae* de la *Lex Wisigothorum* y del cotejo con la *Lex romana Burgundionum* que cuando depende de un modelo euriciano suele seguirlo con mas fidelidad que la *Lex Wisigothorum*, plantea el problema de distinguir dentro de la masa de *antiquae* procedentes del *Codex revisus* de Leovigildo, asumiendo que su investigación no debía limitarse a ésta, sino también a las postleovigildianas, especialmente las de Chindasvinto, en las que pueden encontrarse muchas veces vestigios de leyes euricianas suplantadas, entendiendo que dada esta complejidad no debe intentar una palingenesia del texto mismo euriciano, sino solo del „contenido posible“, y aún en muchos casos dejando un amplio margen de duda.

⁶⁰ A. D’ORS, *El Código*, cit., 60.

⁶¹ H. BENNECKE, *Die strafrechtliche Lehre von Ehebruch in ihrer historisch-dogmatischen Entwicklung*, Marburg, 1884, 95 s.

legislación constantiniana, CTh., Novelas post-teodosianas, constituciones imperiales, y ediciones tardías de juristas clásicos de donde la ciencia romanística desde Bluhme extrajo la doctrina del derecho romano vulgar.

Conviene ahora hacer un estudio de fuste comparatista entre las legislaciones de los distintos pueblos germánicos, llamados en la tradición romanística de la Baja Edad Media romano-bárbaros. *Barbari* o *populi barbarorum* no tiene el significado actual que identifica bárbaro con salvaje, rudo, sino que significaba extranjero, (*gast* en gótico); todavía en el s. XIII las naciones, tribus y clanes denominaban bárbaros a los demás pueblos externos, extranjeros, y conviene examinar la legislación de los pueblos germánicos colindantes con el Imperio romano llamados romano-bárbaros para penetrar mejor en la concepción del adulterio y su subsiguiente represión en las leyes romano-bárbaras. En su reconstrucción del código euriciano Zeumer toma la *Lex Baiuvariorum*⁶², legislación bávara de mediados del s. VIII que a su juicio aporta versiones más auténticas del *Cod. Eur.* de las que presentan las *antiquae* citadas en la *Lex Wis.* de Recesvinto, de modo que el *Cod. Eur.* habría sido la inspiración inmediata de la ley bávara. La tesis de Zeumer es muy discutible, y los títulos 7 y 8 de la *Lex Baiuv.* alejan las semejanzas que pretende Zeumer⁶³ con la *antiquae* de la *Lex Wis.* 3.4.1. Por el contrario, en la parte de la *Lex Baiuv.* 8,11 dedicada a la represión del adulterio uxorio, ha visto Osaba⁶⁴ que sólo contempla el adulterio flagrante y salvo cuando el marido ejercía el *ius occidendi* que le era reconocido, la pena para el adúltero consistía exclusivamente en una compensación

⁶² J. MERKEL, en *MGH*, II.III , 1863, ofrece una lectura fiable de esta legislación.

⁶³ Pero A. D’ORS, *El Código*, cit., 47, siguiendo indicaciones verbales de Diaz y Duaz, destaca las imperfecciones de la edición crítica del *Cod. Eur.* de Zeumer.

⁶⁴ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 89 s.

pecuniaria, advirtiendo como única coincidencia la contemplación del adulterio como relación sexual extramatrimonial de una mujer casada, pero las soluciones legales adoptadas cuando se produce el mismo hecho, son distintas en ambos derechos. En la ciencia iushistórica también se ha tendido a reconocer cierto parentesco de la ley bávara con la *lex Alamannorum* (primera mitad del s. VIII⁶⁵) que tiene una versión más antigua: el *Pactus Legis Alamannorum*⁶⁶ de mediados del s. VII.

También se ha advertido el parentesco con la *lex Salica*⁶⁷ de fecha incierta entre el 507 y 511 promulgada por el rey franco⁶⁸ Clodoveo vencedor de los visigodos en la batalla de Vouillé que trajo como consecuencia la expulsión de los visigodos de las Galias más romanizadas que los francos para instalarse en Hispania. La *Lex Sal.* viene escrita en latín (como todas las legislaciones germánicas de la época) y contiene abundantes vulgarismos y voces del lenguaje popular, e indudablemente menos romanizada que el *Cod. Eur.*; también con menor influencia de la Iglesia aunque Clodoveo se había convertido al cristianismo. Sus menciones al *adulterium* son muy escasas a pesar de la rúbrica *de adulteriis* del tít. 25; la doctrina considera que la represión del adulterio viene

⁶⁵ Vid. E. ROSENTHAL, *Die Rechtsfolgen des Ehebruchs*, cit., 58; C. SCHOTT, *Lex Alamannorum*, en HRG, 2, 1870-1886; W. GRAF, *Der Ehebruch*, cit., 126 s.; H. SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover, 1992, 19.

⁶⁶ Estas dos versiones aparecen en 50 manuscritos en las que no se observan graves diferencias entre ellos.

⁶⁷ Editada por K.A. ECKHARDT, MGH, II, nat. Ger., 4.2. Sobre los problemas de la legislación franca vid. R. SCHMIDT-WIEGAND, *Der Lebenskreis der Frau im Spiegel der volksprachlichen Beezeichnungen der Leges Barbarorum*, en W. AFFELDT, *Frauen in Spätantike und Frühmittelalter*, Sigmaringen, 1990, 194-209.

⁶⁸ Parece mas probable el 511.

englobada en el tratamiento del rapto de la mujer casada⁶⁹. Un dato inquietante de la *lex Sal.* es la utilización como evidente sinónimo del binomio *adulterium-moechari*⁷⁰. El verbo *moechari* no aparece ni en el *Cod. Eur.* ni en la *lex rom. Burg.* ni en otras legislaciones germánicas⁷¹, pero sí en la *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*⁷², que suscita el problema de posibles influencias mosaicas en la legislación franca; según Osaba⁷³ esto pudiera hacer pensar en una influencia de la Iglesia o del derecho romano; en mi opinión es admisible la influencia del derecho romano, pero no tanto la de la Iglesia aunque tampoco debe descartarse en la *Lex Salica* dada la conversión de Clodoveo a la fe católica.

En realidad la *lex Sal.* trata fundamentalmente del rapto⁷⁴ de la mujer casada, hecho gravísimo tanto por privar de libertad a la mujer (lo que implica un paso importante en la consideración de la condición jurídica de la mujer), como por atentar contra el honor de la familia, y en la medida que nos remontemos a épocas más antiguas, contra el poder (o dominio exclusivo) del marido sobre la mujer; de ahí que si la mujer era soltera, el rapto venía considerado atentado contra la *puclitia* femenina, porque para llegar a entenderse como atentado contra la libertad sexual hubo que llegar a la teoría penal del siglo XX que borraba tantísimos

⁶⁹ *Lex Sal.* 15, {*De homicidiis vel*} *eo qui uxorem tulerit vivo marito. 1. Si quis {hominum ingenuum occiderit aut} alienam tulerit <a> vivo marito <cui fuerit adprobatum>, mallobergo affaltebcg hoc est, VIII M denarios qui faciunt solidos CC culpabilis iudicetur.*

⁷⁰ *Lex Sal.* 25; *Pactus lex Sal.* 93.

⁷¹ Todas en mayor o menor media tratan del adulterio, en mi opinión con claras inspiraciones romanas.

⁷² *Coll. 4 De adulteriis, I: Moyses dixit: 1. Quicumque moechatus uerit mulierem proximi sui, mortem moriatur qui moechatus fueris et quae moeheta fuerit.*

⁷³ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 344.

⁷⁴ W. GRAF, *Der Ehebruch*, cit., 58; H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig, 1892, 100; H. BENNECKE, *Die Straflische*, cit., 100; W. GRAF, *Der Ehebruch*, cit., 124.

siglos de absoluta sumisión de la mujer al marido y en general al hombre. La *lex Sal.* no dice nada del futuro matrimonio del raptor con la raptada que mencionan las legislaciones alamana y longobarda, pero sí menciona el supuesto de jóvenes solteras que sostienen relaciones sexuales con terceros, hecho que se considera adulterio en cuanto intromisión de un tercero en la esfera de poder del que tuviera *potestas* sobre la mujer, que en mi opinión recuerda la vieja idea romana republicana de la conjunción *potestas-dominium*.

Para nada habla la *lex Sal.* del adulterio flagrante de la mujer casada que consienta el rapto ni del castigo que recibe la adúltera. Osaba⁷⁵ entiende que el castigo podía quedar en manos de la familia, sobre todo en caso de adulterio flagrante, que generalmente conducía a la muerte justificada –o legalizada– de los adúlteros. Que el castigo quedaba en manos de la familia o del marido burlado se deduce de la información de Gregorio de Tours⁷⁶: En los *Capitula legi Salica addita* m. 98 también llamados *Pactus legis Salica* editados por Eckhardt, se declara impune la muerte causada por cualquier pariente de la adúltera que se unía con un esclavo; en realidad se menciona la muerte de ambos, lo que a mi modo de ver de alguna manera enlaza con la legitimación de este homicidio prevista en la *lex Iulia de adulteriis coercendis*⁷⁷. En realidad en esto estriba todo el problema de la represión del adulterio porque dar muerte a uno o ambos adúlteros no dejaba de ser un homicidio, solamente que el homicida en estos casos quedaba exento de sanción en cuanto dando muerte a los adúlteros reparaba aquella gravísima ofensa a la familia, o al marido burlado, o a la *fides* matrimonial restaurando su honor mancillado, dependiendo de lo que se entienda en cada momento histórico por

⁷⁵ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 345.

⁷⁶ GREGORIO DE TOURS, *Hist. Franc.*, 6.36. Vid. otros textos similares en E. OSABA, *El adulterio*, cit., 346, nt. 76.

⁷⁷ A. TORRENT, *Poena*, cit., 242 ss.

el bien jurídico protegido que justificaba la muerte de los adúlteros quedando impune el homicida. De todos modos está claro que la ley franca no era exactamente tributaria del modelo postclásico romano ni de otras legislaciones germánicas, aunque está por estudiar sus posibles coincidencias con el código euriciano.

Esta misma consideración se recoge en la *lex romana Burgundionum*⁷⁸, otra ley germánica del pueblo burgundio asentado entre *Vesontium* (Besançon) a los pies de las montañas del Jura y *Lugdunum* (Lyon) en el valle del Ródano, que entiende el adulterio como atentado al pudor que corrompe a las mujeres⁷⁹ además del estupro. Del pueblo burgundio teníamos noticias por Plinio el Viejo y Tácito; sus primeros contactos con los romanos se produjeron en el s. III d.C. pero siempre habían sido vencidos por Roma⁸⁰ que les dió la condición de *foederati*. A lo largo del s. V ante la debilidad de Roma y presionados por los hunos cruzan el Rhin e invaden las Galias asentándose en la actual Savoia, en aquellos momentos territorio longobardo, trasladándose más tarde al valle del Ródano situando su capital en Lyon en tiempos del emperador Mayoriano (456-461) que vuelve a reconquistar Lyon en el 458, pero a su muerte y ante la crisis del Imperio de Occidente vuelven los burgundios a tomar Lyon. Como dice Ortuño⁸¹ el caso del asentamiento burgundio en el territorio de las Galias romanas sigue

⁷⁸ Vid. H. NEHLEN, *Lex Romana Burgundionum*, en *Handelwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2, 1927-1934, donde aporta valiosas interpretaciones de la ley, obviamente desde ángulos germanísticos. Cfr. también H. SIEMS, *Handel*, cit., 135 ss.

⁷⁹ LRB 19, según la edición de L.R. DE SALIS, en *MGH*, II, *natione Germanica*, 2.1, 123-170.

⁸⁰ E. GUICHARD, *Essai sur l'Histoire du peuple burgunde*, Paris, 1965, 29.

⁸¹ M.E. ORTUÑO, *Algunas consideraciones sobre las servidumbres en la ‘lex romana Burgundionum’*, en AA.VV., *Actas del II Congreso internacional y V iberoamericano de derecho romano*, coord. A. Torrent, Madrid, 2001, 546.

la dinámica común a otros pueblos germánicos con la consiguiente ubicación en el territorio del Imperio de pueblos extraños al mismo, buscándose formas para que se diera justificación jurídica a las nuevas actuaciones de hecho que se habían creado. Entre tanto muchas veces Roma se vió obligada a requerir la ayuda militar de los pueblos germánicos para defender las fronteras del Imperio concediéndoles a cambio tierras para cultivar. Estos pueblos *foederati* tenían sus jefes propios que seguían reconociendo la superior posición del emperador romano hasta su caída definitiva en el 476 en que el bárbaro Odoacro depuso al último emperador romano, Rómulo Augústulo.

Los burgundios bajo el mando de su rey Gundobado⁸² vivían pacíficamente con la población local romana, y para mantener la convivencia⁸³ promulgó –se entiende que siguiendo el principio germánico de personalidad⁸⁴ del derecho que también se plantea para los visigodos en España⁸⁵– para los borgoñones que hasta entonces se regían por las antiguas costumbres germánicas la *lex Burgundionum* en el 501, y para la población romana la *lex Romana Burgundionum* en el 502, llamada también *Papianus* o *Beviarium Papiani* discutiéndose en la moderna ciencia histórica si realmente fue Gundobado quien publicó estas leyes. Se discute la denominación *LRB*, probablemente debida a una interpretación extensiva y probablemente equivocada de un manuscrito al final de

⁸² Administrativamente su territorio estaba dividido en distritos al mando de unos *cones* que entre los francos se denominaba Graf (denominación nobiliaria que subsiste en el alemán moderno) que vivía en una *civitas* ejerciendo un poder delegado del rey; cfr. R. GUICHARD, *Essai*, cit., 1965, 247 ss.

⁸³ M.E. ORTUÑO, *Algunas consideraciones sobre la tutela de los menores en la lex Romana Burgundionum*, en *Estudios in memoria de B. Reimundo*, II, Burgos, 2000, 106.

⁸⁴ Vid. lit. sobre la aplicación del binomio personalidad-territorial del derecho en las leyes germánicas, A. TORRENT, *‘Imitatio’*, cit., 19.

⁸⁵ Vid. lit. en A. TORRENT, *‘Imittio’*, cit., 20 ss.

la *LRW* de Alarico del 507⁸⁶. Gundobado se inspiró para su legislación en las mismas fuentes romanas tardías: Gayo, *Paul. Sent.*, Códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano, Novelas postth., y en algún caso el derecho borgoñón. Ortuño⁸⁷ que de todas maneras es partidaria del principio de personalidad de la ley, refiriéndose al ámbito de aplicación de la legislación burgundia, *LB* y *LRB*, entiende que ocurrió en la Borgoña un fenómeno similar al caso de la legislación visigótica hispana en cuanto Gundobado para la redacción de ambas leyes se inspiró en el derecho romano de la época, y en vía hipotética avanza que la *LB* pudo haber tenido la pretensión de recoger por primera vez por escrito los *mores* burgundios incorporándolos en la medida de lo posible al derecho romano con la finalidad de mantener la pacífica convivencia entre las poblaciones burgundia y romana, y de este modo la *LRB* pudo significar una actualización y adaptación del ordenamiento jurídico general⁸⁸.

La *LRB* admite que el adulterio flagrante de la mujer casada es causa para la separación del marido⁸⁹, pero no hay referencias a un procedimiento judicial⁹⁰ que pudiera conducir a una mujer a la condición de adúltera convicta. Además elude cualquier alusión a los legitimados para ejercitar la *accusatio adulterii*, lo que significa que

⁸⁶ Sobre las vicisitudes, manuscritos y variantes de la *Lex Romana Burgundionum* cfr. H. NEHLSSEN, ‘Lex’, cit.; C. SCHOTT, *Recht und Gesetzgebung bei den Alammanen, Burgunden und Langobarden*, en *Ur und frühgeschichtliche Archäologie der Schweiz*, Basel, 1979, 203-212; H. SIEMS, *Handel und Wücher*, 137-142.

⁸⁷ M.E. ORTUÑO, *Algunas consideraciones*, cit., 106 s.

⁸⁸ Vid. lit. sobre el ámbito de aplicación de la legislación burgundia en M.E. ORTUÑO, *Algunas consideraciones*, cit., 107, nt. 9.

⁸⁹ *Lex Burg.* 21. *De divortii* 2: *Quod si pars viri repudium dare uxore contradicente voluerit, non qliter illi dicebit, nisi aut adulteram esse convincat, aut veneficam, aut conciliatricem; quorum uno probaqtto crimine, oicebit et uxori dare repudium, ad ius suum nuötiale donatione revocata.*

⁹⁰ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 343.

la represión del adulterio entre los burgundios estaba al margen de una actuación pública, que si comparamos esta visión –o falta de visión- con la situación romana, parece que esta conducta deshonrosa es afrontada entre los burgundios de igual modo que ocurría antes de *lex Iulia de adulteriis* del 18 a. C., lo que a su vez significa que en tema de regulación del adulterio desconocía la legislación y los epítomes tardíos de la jurisprudencia clásica que por ejemplo conocían y citaban los legisladores visigóticos en sus versiones romano-vulgares. En este sentido yo diría que estas omisiones de los burgundios significan un alejamiento consciente de las reglas romanas de los s. IV y V, acaso también por las fechas de nuestra ley que algunos autores sitúan entre el 480 y el 517, discutiéndose si se debe a Gundobado (480-516) o a su sucesor Segismundo (515-523) que promulgó una nueva versión en el 517 de lo que había legislado su padre presentando el problema de desentrañar las novedades que hubiera podido introducir Segismundo⁹¹.

De modo similar a lo que ocurre en otras legislaciones germánicas, la *LRB* presenta en un *totum revolutum* adulterio, incesto⁹² y otras relaciones inapropiadas⁹³ de mujeres jóvenes, viudas y casadas⁹⁴ comprendiendo en el adulterio conductas que no eran adulterio propiamente dicho y que los burgundios veían

⁹¹ Vid. C. SCHOTT, *Recht und Gesetzgebung bei den Alamannen, Burgurdern und Langobarden*, en *Ur- und frühgeschichtlicher Archäologie der Schweiz*, 6, 1901, 203-212; H. SIEMS, *Handel*, cit., 137-142.

⁹² *Lex Burg.* 36. *De incesti adulterio: Si quis cum Parente sua vvel uoris suae sorore in adulterio fuerit deorehebsus, pretium suum ei, qui est proximus mulieri quam adulteraverat, prout persona fuerit, cogatur exsilvere, multae nomine solidos XIOI; adulterum vero subdi iubemus regiae servituti.*

⁹³ Utilizo el término relaciones inapropiadas en un sentido más amplio del escogido por el presidente Clinton para describir sus escarceos con la becaria Monica Lewinsky que casi le cuestan el impeachment.

⁹⁴ *Lex Burg.* 44.

como cualquier atentado al pudor femenino. Osaba⁹⁵ denuncia la escasa atención que legislación burgundia prestaba a la regulación del adulterio uxorio, que únicamente en la regulación del adulterio flagrante sigue el modelo romano. De manera más explícita que en la legislación visigoda o en cualquiera de las otras legislaciones germánicas viene tratado el derecho del marido de matar a la mujer y su amante⁹⁶ sorprendidos *in actu* amatorio⁹⁷. Desde mi punto de vista la *Lex Burg.* 68 implica una superación de la regulación clásica romana del *ius occiderndi* que reconoce entre los burgundios al marido en caso de adulterio flagrante siguiendo la vieja regla romana que se debe matar a los adúlteros, pero en caso de matar solamente a uno, debe pagar lo establecido en leyes burgundias anteriores. Suscita este § importantes problemas de interpretación; sigue reconociendo el *ius occiderndi* en caso que los adúlteros *inveni fuerint* (obviamente por el marido), pero deja un resquicio a la muerte de uno y no del otro en cuyo caso debe pagar una multa. En mi opinión, pero de ello nada dice el §, el adúltero salvado debía ser muy probablemente la mujer, salvada probablemente *piaterna pietas*, posibilidad que había previsto Ulp. D. 48.5.24(23),⁴⁹⁸ y no descarto que también en la *Coll.* Con ello no quiero decir que el legislador burgundio conociera este texto (aún no se había promulgado el *Corpus iuris* justiniano), ni tampoco otro anterior

⁹⁵ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 340.

⁹⁶ Cfr. E. ROSENTHAL, *Rechtsfolgen*, cit., 40-50; H. BENNECKE, *Die Strafrechtliche*, cit., 119.

⁹⁷ *Lex Burg.* 68. *De adulteriis* 1: *Si adulterantes inventi fuerint, et vir ille occidetur et femina. 2. Nam hoc observandum est: ut aut utrumque occidat, aut in unum occiderit, pretium ipsius solvat, sub ea traditione pretii, quae est prioribus legibus constituta.*

⁹⁸ Esta posibilidad cabía en el derecho clásico desarrollando la *lex Iulia de adulteriis* que exigía precisamente la muerte de entrambos amantes; vid. A. TORRENT, *‘Quaestiones de lege Iulia de adulteriis coercendis ius occiderndi?’ exclusivamente sobre el cómplice quedando exonerada la filia adúltera ‘pietatis causa’ de la ‘poena capitis?’*, en curso de publicación en RIDROM.

que refiriera este supuesto, y traigo a colación el § ulpiano a título de comentar algunas coincidencias que incluso pueden ser accidentales cuando se trata de la muerte del adúltero pero no de la adúltera que la *Lex Burg.* soluciona pagando el homicida una multa. Pero esto mismo ya indica que tenía que darse alguna intervención pública en la fijación del precio a pagar.

No queda suficientemente claro que entre los burgundios el adulterio se hubiera convertido en un *crimen publicum*, innovación de la *lex Iulia de adult.* exonerando del homicidio a quien había dado muerte a los adúlteros. Osaba⁹⁹ piensa que en la legislación visigótica como en las demás leyes germánicas, en caso de adulterio flagrante se sigue el modelo romano de dar muerte a ambos, (originariamente en Roma por el *paterfamilias* de la mujer o por el marido en su caso), y fundamentalmente por el marido en el derecho romano postclásico y en la legislación visigótica otorgando a éste el derecho a la venganza. Digamos que todas las legislaciones de ascendencia germánica son bastante homogéneas en el tratamiento del adulterio flagrante, pero no tanto en el no flagrante, y en este sentido se mueve la *lex Burg.* que no trata el adulterio no flagrante ni el procedimiento a seguir en estos casos. También hay que decir que ofrece un tratamiento más benigno respecto a la muerte de la mujer concediendo al marido la posibilidad de que el adulterio le sirva de fundamento para la separación legítima pero no a la inversa, como señala la *lex Burg.* 34 que conviene examinar por extenso:

Lex Burg. 34. *De divortiis.* 1: *Si qua mulier maritum suum, cui legitime est iuncta, dimiserit, necetur in luto.* 2. *Si quis uxorem suam sine causa imiserit, inferat ei alterum tantum, quantum pro pretio ipsius dederat, et multae nomine solidos XII.* 3. *Si quis vero uxorem suam forte dimittere*

⁹⁹ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 340.

vluerit et ei potuerit vel unum de his tribus criminibus adprobare, id est, adulterium, maleficium vel sepulchorum violatricem, dimittendi eam habeat liberam potestatem, et iudex in eam, sicut debet ibn crimosam. proferat ex lege sententiam. 4. Quod si de his tribus facinoribus nihil admiserit, nulli virorum liceat de altero crimine uxoremsuam dimittere. Ed si maluerit, excat de domo, rebus ómnibus dimissis, et illa cum filiis suis quae maritus habuit potiatur.

El § es interesante por muchos motivos; en primer lugar porque reconoce la existencia de un proceso, yo diría que para legalizar la separación y el divorcio¹⁰⁰ y al mismo tiempo sancionarlos con duras penas cuando traen su origen de una actuación de la mujer, causas de separación y divorcio que han de probarse ante un *iudex*. La pena infligida a las mujeres casadas que abandonan a sus maridos (*necetur in luto*) es muy atípica y no puede conocerse bien su alcance; no se entiende la pena de morir la mujer arrojada al fango, posibilidad que no aparece en ninguna legislación germánica. Un especialista en el tema como Nehlsen¹⁰¹ no ofrece ninguna explicación jurídica diciendo simplemente que en este punto el § citado hay que retrotraerlo a los hechos narrados en la *Germania* de Tácito donde comenta el adulterio entre los germanos. Osaba¹⁰² insiste en la ausencia de regulación del procedimiento previsto para estos casos en la *Lex Burg.*, y que en este caso esta ley sobre el divorcio presupone necesariamente la existencia de mujeres que pueden ser abandonadas por sus maridos y que no hayan muerto como consecuencia del delito flagrante.

¹⁰⁰ Que en gran parte coinciden con las previstas en el derecho romano de la Antigüedad Tardía en que el adulterio de la esposa justificaba la separación: CTh. 3.16.1. Interesante también la relación que pueda tener con la *Lex Wis.* Ant. 3.6.1.

¹⁰¹ H. NEHLSSEN, *Lex*, cit., 2, 1910.

¹⁰² E. OSABA, *El adulterio*, cit., 341.

Considera también Osaba que la ley no refleja donde ni cómo debe el marido demostrar (*adprobare*) el adulterio supuestamente cometido por la esposa. Para mí por el contrario creo que es ante el *index* que conoce el adulterio y la sanción infligida a la mujer, y el cómo después de ejecutado el castigo que no podía consistir en otro supuesto que la muerte de la esposa adúltera.

En mi opinión la muerte de la mujer sucedía inmediatamente en el adulterio flagrante y el *index* tenía que averiguar si las causas para ello eran suficientes para exonerar al marido homicida. Osaba insiste en que es difícil admitir que entre los burgundios el castigo por el adulterio se dejase en manos de la familia como ocurría en Roma antes de Augusto, pero su argumento es rebatible: entre los burgundios tuvo que existir un cierto procedimiento procesal para probar la causa del homicidio de la mujer, y la prueba es la siguiente: si el juez debe conocer la separación de la mujer por los tres motivos (entre ellos el adulterio) señalados en *Lex Burg.* 34.3, con mayor razón tenía que intervenir en el caso de su muerte, y además lo dice el propio texto: *index in eam, sicut debet in criminosam, proferat ex lege sententiam*. Me parece que Osaba se contradice: por un lado habla de la ausencia de procedimiento; por otro piensa que bastaría con acudir al procedimiento de divorcio y probar allí el adulterio de la mujer. En realidad esto no sirve de nada cuando la mujer haya muerto por adulterio flagrante, en que es de suponer que el marido la mata *in actu*, que el relativo proceso deja impune al homicida, lo mismo que sucedía con el proceso de divorcio, y con razón explica Gorìa¹⁰³ a propósito del ejercicio de la *poena capitis* que en Occidente prevaleció la tendencia a hacer depender la decisión del divorcio del previo proceso judicial poniendo como

¹⁰³ F. GORÌA, *Studi sul matrimonio dell'adultero nel diritto giustiniano e bizantino*, Torino, 1975.

ejemplo la *Lex Romana Burgundionum* 21.2.3 y eod. 54¹⁰⁴. En realidad en la represión del adulterio todas las llamadas leyes romano-bárbaras siguen las fuentes romanas, especialmente los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Th. Es evidente que la legislación altomedieval de los pueblos germánicos más romanizados conservó la legislación teodosiana como se aprecia en las leyes visigodas, ostrogodas y burgundias, y en general en todo el Occidente, y así lo advierte Calasso¹⁰⁵.

Otra visión gótica de la época que trata el problema que nos ocupa es el *Edictum Theoderici*¹⁰⁶, que también ha sido relacionado por algunos autores con el *Cod. Eur.* La doctrina tradicional atribuye su autoría a Teodorico, rey de los ostrogodos asentados en la parte nororiental de Italia, habiendo sido compuesto hacia el 500 en 153 capítulos de hondo contenido romanístico, pero Rasi¹⁰⁷ y sobre todo Vismara¹⁰⁸ han puesto en tela de juicio la fecha aproximada del 500, pensando Vismara que este *Ed.* no es de Teodorico el ostrogodo sino del rey visigodo Teodorico II (453-466) antecesor de Eurico y que refleja el ambiente y cultura jurídica de las Galias de la segunda mitad del s. V; sin embargo otros

¹⁰⁴ Vid. discusión en E. OSABA, *El adulterio*, cit., 342 nt. 58.

¹⁰⁵ F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I: *Le fonti*, Milano, 1954, 85.

¹⁰⁶ Editado por F. BLUHME, *MGH*, cit., II, 5. Cfr. H.J. BECKER, ‘*Edictum Theoderici?*’, en *HRG*, 1, 802-805; H. SIEMS, *Handel*, cit., 277-288. En nuestros días el mayor conocedor del *Ed. Theod.* es O. LICANDRO, ‘*Edictum Theoderici?*. *Taduzione con testo a fronte*, Torino, 2008; ID., *Dalla reggenza imperiale al protettorato goto. L’esperienza cosottituzionale di Teoderico tra continuità e fine della ‘pars Occidentis’ dell’impero romano*, en *AUPA*, 54, 2010-2011, 97 ss.; ID., *L’irruzione del legislatore romano-germanico. Legge, consuetudine e giuristi nella crisi dell’Occidente imperiale*, Napoli, 2005, 45 ss. En general Licando se ocupa especialmente del reino visigodo, ostrogodo y burgundio.

¹⁰⁷ G. RASI, *Sulla paternità del Código di Eurico*, en *AG*, 145, 1953, 105 ss.

¹⁰⁸ G. VISMARA, *El ‘Edictum Theoderici?’*, en *Estudios Visigóticos*, I, Roma-Madrid, 1953, 40-93.

autores como Patetta y Besta lo sitúan en torno al 524¹⁰⁹. Este Edicto se basa en fuentes romanas, especialmente los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Theod. Es evidente que la legislación altomedieval de los pueblos germánicos más romanizados conservó la legislación teodosiana; así se aprecia en las leyes visigodas, ostrogodas y burgundias, pero también en Oriente como hace notar Calasso¹¹⁰. Según Collinet¹¹¹ hay elementos para suponer que entre los motivos de Justiniano para realizar su gran compilación estaría la tendencia a emular a Teodosio antes que a Teodorico. Pero hoy podemos decir con toda seguridad, y además de ello informa Cassiodoro (*Variae* 8,3,4), que Teodorico realizó una intensa labor legislativa consciente del valor central de la ley según la concepción romana aún permitiendo a los godos regirse por sus respectivas normas consuetudinarias¹¹².

El *Ed. Theoder.* recogía fundamentalmente constituciones imperiales de los grandes códigos romanos anteriores además de las *Paul. Sent.*, y en este sentido es un producto del derecho vulgar occidental en el que los textos unas veces son reproducidos fielmente y otras modificados, pero aún en este último caso no parece que las modificaciones sean de mano teodericiana sino que provienen de la praxis¹¹³. Políticamente respecto al Imperio era

¹⁰⁹ Vid. lit. sobre la fecha del *Edictum Theoderici* en A. GARCIA GALLO, *Consideración crítica sobre de los estudios sobre la legislación y las costumbres visigodas*, en *AHDE*, 44, 1974, 358 ss.

¹¹⁰ F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., 85.

¹¹¹ P. COLLINET, *The general problem raised by the codification of Justinian*, Harlem, 1912.

¹¹² L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 372. O. LICANDRO, *‘Edictum Theoderic’?. Un misterioso caso librario del Cinquecento*, Roma, 2013, considera que la edición de Pierre Pithou de 1579 sobre dos manuscritos hoy perdidos, es fruto de una mano anónima.

¹¹³ F. CALASSO, *Medioevo*, cit., 76.

bien distinta la situación del visigodo Eurico que la de Teodorico, porque si los reyes visigodos y burgundios eran jefes de ejércitos federados que una vez roto el *foedus* se alzaban contra el Imperio tratando como territorio de conquista la antigua *pars Occidentis*, Teodorico¹¹⁴ rey de los ostrogodos asentados en la Panonia Superior, había sido llamado por Zenón, emperador de Oriente, para liberar Italia de otros pueblos germánicos, lo que consiguió en el 493 después de una guerra sangrienta en la que murió el usurpador Odoacro, que a su vez había dado muerte en el 476 a Rómulo Augústulo, último emperador romano de Occidente. Zenón concede a Teodorico el título de *magister utriusque militiae et patricius* gobernando Teodorico en su nombre y conservando intactas las antiguas estructuras romanas, siguiendo el propio Teodorico costumbres y fastos romanos como podemos admirar en su magnífico mausoleo de Rávena.

Para pacificar la región sometida a guerras crueles entre ostrogodos y y la población italiana ya muy mezclada con estirpes germánicas asentadas en Italia, pero que seguía conservando las normas romanas, Teodorico promulgó una serie de normas que tituló (*more romano*) *edictum*, de los que conocemos una versión a través de dos manuscritos hoy perdidos cuya primera edición corrió a cargo de Pierre Pithou (Paris 1579), edicto que en el s. XVII se reeditó varias veces incluyéndolo en la *Opera* de Cassiodoro. En el XVIII Goldast¹¹⁵ lo incluyó en las colecciones de constituciones imperiales y Georgisch¹¹⁶ entre las colecciones de leyes germánicas. Hay que llegar al s. XIX para contar con la

¹¹⁴ Vid. A. TORRENT, s.v. ‘*Teodorico (rey de los ostrogodos)*’, en *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, 1316 s.

¹¹⁵ M. GOLDAST VON HEIMENSFELD, ‘*Edictum Theoderici regis*’, en ‘*Collectio constitutionum imperialium*’, III, Froncofurti, 1713, 3, 18 ss.

¹¹⁶ P. GEORGISCH, ‘*Edictum Theoderici regis*’, en ‘*Corpus iuris germanici antiquè*’, Halae Magdeburgicae, 1738, 2199 ss.

edición de Rhon¹¹⁷ con espléndido comentario y análisis de sus fuentes romanas concordadas, y desde entonces se suceden nuevas ediciones integrado plenamente el *Ed. Theoder.* en el *Corpus iuris Germanici antiqui* de Walter en 1824 y Dahn en 1866¹¹⁸, hasta llegar a la gran edición de Bluhme¹¹⁹. Es significativo que frente a otros reyes germánicos cuya producción normativa titulaban *lex*, Teodorico utilizara el término *edictum* recordando un hipotético para su época *ius edicendi* magistratual durante la República, imperial desde el Principado aunque los primeros *príncipes* legislaron a través de *senatusconsulta*, tecnicismo discutible y dudoso a finales del s. V (probablemente el *Cod. Eur.* del 475 era un *edictum*) pero en todo caso evidenciando Teodorico no querer usurpar el poder legislativo reservado al emperador, esforzándose por respetar las reglas romanas que toma *ex novellis legis ac veteris iuris sanctimonia*. Su edicto se compone de 154 caps. con la finalidad de poner bajo una misma legislación romanos y ostrogodos: *ut... quae barbari romanique sequi debeant super expressis articulis, edictis praesentibus evidenter cognoscant*, y en este sentido es una ley territorial. Además, y esto parece bastante seguro, Teodorico era consciente de aplicar con su edicto el principio de legalidad¹²⁰ afirmando en el prólogo que se dirigía contra los abusos y arbitrariedad que ocurrían en provincias por obra de quienes no tenían ningún respeto por las leyes (*intra provincias nonnullus legum praecepta calcare*).

Ciertamente que sus preceptos en materia de adulterio no son numerosos ni especialmente relevantes; solo dedica dos caps. a su represión siendo castigado con la muerte, que no solo alcanzaba a

¹¹⁷ G.F. RHON, ‘*Commentatio ad Edictum Theoderici regis ostrogothorum*’, Halae, 1816.

¹¹⁸ Vid. lit. en O. LICANDRO, ‘*Edictum*’, cit., 204.

¹¹⁹ F. BLUHME, ‘*Edictum Theoderici regis*’, en MGH, *Leges*, V, Nahnhonverae, 1875-1889, 145 ss.

¹²⁰ Cfr. G. SANTUCCI, *Sui capitoli 43 a 122 dell’editto di Teodorico*, en SDHI, 61, 1995, 852; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 373.

los adúlteros sino a los que ayudaran aconsejaran o colaboraran con ellos para la comisión del delito¹²¹. Alguno de sus caps. tratan del supuesto de vírgenes y viudas reas de *stuprum*, tanto realizados por la fuerza como voluntariamente, debiendo aplicarse en estos casos la pena del adulterio¹²²: la muerte. El adulterio de la mujer asimismo era justa causa de divorcio para el marido, pero para nada se mencionan problemas de la *accusatio adulterii*, ni de los legitimados para presentarla.

Entre las legislaciones germánicas del s. VII, coincidentes en la época de las grandes compilaciones visigodas hispanas, trataré por último del Edicto de Rhotario del a. 643 con el que se inicia la actividad legislativa de los longobardos¹²³. Rhotario (636-652) fue el primer rey legislador longobardo, y por lo que nos interesa el *Ed. Rhot.* trata el adulterio flagrante reconociendo al marido el *ius occidendi* sobre los adúlteros.

Ed. Roth. 212. Si quis cum uxorem suam alium fornicantem invenerit—Si quis cum uxorem suam alium fornicantem invenerit, liberum aut servum, potestatem habeat eos ambos occidendi, et si eos occiderit, non requirantur.

¹²¹ *Ed. Theoder.* 38.

¹²² *Ed. Theoder.* 60.

¹²³ Los longobardos fueron un pueblo de apetito legislativo, porque a la legislación de Rhotario siguió la de Grimaldo (661-671) y la de Liutprando (712-744), Solo trataré de la primera, aunque debo decir que desde un punto de vista jurídico Liutprando fue el más incisivo e innovador de los monarcas longobardos. Sobre las colecciones jurídicas longobardas vid. G. DILCHER, *Langobardisches Recht*, en *HRG*, 2, 1607-1618; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., 106-114. W. GRAF, *Ehebruch*, cit., 137, nt. 39, advierte en las *leges longobardorum* influencias del derecho justiniano y visigodo junto a normas consuetudinarias germánicas.

La conducta delictiva que consiente el ejercicio del *ius occidendi* sobre los adúlteros está descrita con el verbo *fornicare*, aunque en alguno de los manuscritos es sustituido *fornicantem* por *adulterantem*¹²⁴; esto no cambia nada el argumento que describe nítidamente el adulterio flagrante, que como señalarán siglos más tarde textos penales españoles e incluso la interpretación del Tribunal Supremo anterior al Código penal de 1944, consiste en el “yacimiento con mujer casada”, yacimiento que se identifica con la cópula carnal; esto es lo que prescribía el art. 449 del Código penal de 1870 y el 428 del Código de 1944¹²⁵ que ha sido derogado por el vigente Código de 1995 que no tipifica el delito de adulterio. Todavía el Cod. de 1944 seguía reconociendo el *ius occidendi* sobre los adúlteros. pero esta homicidio era considerado un acto ilícito de poca importancia pues solo imponía al homicida la pena de destierro. Ciertamente que ya no imponía la obligación que se desprende de la *lex Iulia* de matar a ambos adúlteros, y cualquier otra lesión infligida a los amantes quedaba exenta de pena. Aporto estas reflexiones para mostrar la continuidad de las leyes visigóticas de represión del adulterio que teniendo su anclaje en el derecho romano postclásico que a su vez arranca de la *lex Iulia de adult.* llega a la legislación penal hispana del s. XIX, que insisto, hoy está derogada. Históricamente fue general en todos los pueblos de Europa una dura represión del adulterio, cuyos más antiguos enfoques históricos penaban el arrebatamiento por un tercero de un bien del marido (la conexión *potestas*=*dominium* sobre la esposa) que bien se entienda como atentado a la moral familiar, al poder marital o al honor del marido burlado, dejan impune al homicidio

¹²⁴ Sobre esta discusión que en mi opinión solo tiene valor filológico, vid. con lit. E. OSABA, *El adulterio*, cit., 330 nt. 9.

¹²⁵ «El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, será castigado con pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase quedará exento de pena».

de los adúlteros, homicidio impune que en derecho romano justifica Cantarella¹²⁶ realizado por causa de honor, honor mancillado de la familia y del marido del que tenemos abundantes ejemplos en los autores renacentistas, en grandes óperas italianas y en general en todos los tiempos en que la esposa era considerada ciertamente como madre, como reposo del guerrero, como remedio contra concupiscencia en la teología moral católica, pero también limitando su capacidad de mantener relaciones sexuales exclusivamente con su marido, y de ahí la reiterada condena del adulterio por religiones¹²⁷, legislaciones y tribunales, hasta llegar a una situación que permite afirmar que durante muchos siglos (y todavía hoy en países de religión musulmana, pero también en países cristianos), el honor del hombre estaba entre las piernas de las mujeres¹²⁸.

Salvado este *excursus*, el *Ed. Roth.*, reconoce al marido el *ius occidendi* en adulterios flagrantes, es decir en los casos expresamente previstos en la ley¹²⁹; en los no flagrantes se reconocía al marido un derecho de acusación para el caso de sospechas contra quien mantuvo una relación sexual con la mujer casada, y así se reconoce en la rúbrica de las versiones 1-3, 10-12 *de suspicione adulterii*, que en algún modo recuerda la acusación privilegiada *iure mariti* que

¹²⁶E. CANTARELLA, *Adulterio*, cit., 243 ss.; A. TORRENT, ‘*Poenae*’, cit., 242.

¹²⁷ Y yo diría especialmente en la *fides catholica* que elevó a la categoría de sacramento aquel consorcio doméstico, *consortium omnis vitae* que llamó Modestino (D. 23.2.1), cuya indisolubilidad prescribió el concilio de Trento (1564) en el que tuvieron un papel destacado los principales teólogos-juristas de la Escuela de Salamanca, llamada también Segunda Escolástica, sobre la cual con lit. A. TORRENT, *Segunda Escolástica española y renovación de la ciencia del derecho en el s. XVI, un capítulo de los fundamentos del derecho europeo*. I. Francisco de Vitoria, Domingo de soto, en *TSDP*, VI, 2013, 1-77.

¹²⁸ A. TORRENT, *Sul diritto*, cit., 131.

¹²⁹ *Ed. Roth.* 200: *Si marito uxorem suam occideris inmerentem, quod per legem non sit merita, mori, componat solidos mille dupcentos [...]*.

mencionan los juristas severianos en base a la *lex Iulia de adult.* Se deriva que en la ley longobarda si se confirman las sospechas se impone la muerte cierta del autor (convicto, dice Osaba¹³⁰) del adulterio¹³¹. Es extraño que el *Ed. Roth.* no diga nada de sospechas sobre la actuación de la mujer que no aparece mencionada ni como objeto de acusación ni en cuanto al castigo en cuanto las sospechas recaen sobre el corruptor. ¿A qué se debe este hecho sorprendente? ¿a una fe ciega del marido sobre el comportamiento de su mujer que la aleja de toda sospecha?, Bennecke¹³² ofrece una explicación menos prosaica al entender que en base a una *longa consuetudo* el marido conservaba el *ius castigandi* o *ius gladii* sobre su mujer, por lo que incluso según Bennecke podía matarla en momentos ulteriores. Entiendo que en estos casos el marido habría visto confirmada la veracidad de eventuales sospechas sobre el *adulterium mulieris suae*. La interpretación de Osaba siguiendo a Rosenthal¹³³ y Ossenbrüggen¹³⁴ es más dura, porque entiende que en cualquier caso (de sospechas) la mujer era igualmente acreedora de muerte, siendo opinión comúnmente aceptada que la ejecución de la pena de muerte era trasladada por el juez al marido, y éste se encargaba de llevarla a cabo. También la legislación visigótica, como tendremos ocasión de analizar trató de las sospechas mediante *signis et indiciis* en casos obviamente de adulterio no flagrante, cuya acusación debía ser llevada siempre en un proceso *ante iudicem*.

De modo similar a otras legislaciones germánicas que tratan el tema a veces con algunas diferencias entre ellas, el *Ed. Roth.* se ocupa ampliamente del rapto de la mujer casada y subsiguiente matrimonio con ésta, hecho delictivo tratado también en la *lex*

¹³⁰ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 330.

¹³¹ *Ed. Roth.* 200.

¹³² H. BENNECKE, *Lehre*, cit., 86.

¹³³ E. ROSENTHAL, *Rechtsfolgen*, cit., 61.

¹³⁴ E. OSSENBRÜGGEN, *Das Strafrecht der Langobarden*, Schaffhausen, 1963, 101.

Alammanorum que implica la muerte del raptor y de la mujer si ésta había consentido el rapto¹³⁵. En su análisis del *Ed. Roth.* Osaba¹³⁶ piensa que en esta ocasión se trata del adulterio cometido por una mujer casada en la medida que supone la irrupción de un hombre en la esfera de poder de otro. En este sentido son una excepción ambas legislaciones porque las demás tratan el rapto, pero no el posterior matrimonio entre raptor y raptada. En la legislación visigótica hispana hay un dato evidente: con mayor o menor profundidad, con algunas diferencias entre las distintas leyes germánicas, el *adulterium* era un *crimen publicum*, cosa distinta es el castigo que si generalmente era la muerte a los adúlteros en los adulterios flagrantes, para los no flagrantes podían operar otras alternativas. Como señala Osaba¹³⁷ en muchas de las leyes germánicas se recoge una norma que establece un castigo para quien le hurte la esposa a otro hombre, con o sin el consentimiento de la mujer empleando siempre el verbo *ferre* que Osaba pretende ver en *Lex. Wis.* 3,4,1 aunque es este caso emplee *facere* que entiende similares. De todos modos quedan flecos pendientes en la interpretación de los diversos manuscritos del *Ed. Roth.* como la posible conexión entre bigamia y adulterio en los casos de “Frauenraub”, especialmente en los consentidos por la mujer¹³⁸. La traducción castellanizada de (*adulterium*) *facere* es recogida y ampliada con los añadidos de Ervigio en la versión romanceada del *Lib. iud.* que conocemos como *Fuero Juzgo*:

FJ 3.4.1. *Si la muier faze adulterio contro seyendo con el marido—Si algun ome fiziere adultero con la muier aliena por fuerza, e aquel que lo faze, si a fijos legitimos en otra muier, este solo sea medtdo en poder daquesta muier*

¹³⁵ *Ed. Roth.* 211.

¹³⁶ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 331.

¹³⁷ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 90.

¹³⁸ Vid. OSSENBRÜGGEN, *Strafrecht*, cit., 104.

forçada, e sus cosas finquen a los fijos legitimos. E si non oviere fijos legitimos que devan haber sus cosas, esta sea metido en el cuerno él se quisiere. Mas si el adulterio fuere fecho de voluntad de la muier, la muier e il adulterador sean metidos en manos del marido e faga dellos lo que se quisiere.

También se recoge el rapto en *Lex Wis.* 3.3.2 ant. en la rúbrica de *raptu virginum vel viudarum*, que a causa de este hecho la mujer queda exonerada del *ius occidendi*, no así el *raptor*. 12 las 18 leyes del título 3.4 se remontan a la constitución de Constantino que en 3.3.2; a su vez la *Lex Wis.* se inspirò en CTh. 9.24.1 de donde a su vez la retomó la LRW 9.19.1.

Lex Wis. 3.3.2 ant. *Si parentes mulieram vel puellam raptam excusserint, ipe raptor parentibus eiusdem mulieris vel puellae in potestate tradatur, et ipsi mulieri penitus non liceat ad eundem virum se coniungere. Quod si facere presumerit, ambo morti tradantur. Si certe al episcopalis vel ad altaria sancta confugerit, vita concessa ommodis separentur et parentibus raptè servituri tradantur.*

El texto es interesante por introducir de un lado la exoneración del *ius occidendi* sobre la mujer, no así la del *raptor* a manos de los *parentes mulieris vel puellae*. No es éste obviamente un caso de adulterio propiamente dicho con mujer casada, sino más bien el yacimiento por la fuerza (y en esto consiste el rapto¹³⁹) de cualquier mujer casada o que había superado la *infantia maior*. *puellae*, niñas *ingenuae*; en ambos casos se les prohíbe contraer matrimonio con el *raptor*. Es enigmática la frase *si facere praesumerit*, y considero *facere praesumere* homologado con el consentimiento *mulieris* que implica un proceso ante la justicia del rey que ante esta *praesumptio* que exigiría haber probado los *signis vel indicis* del hecho delictivo

¹³⁹ Vid. F. GORIA, s.v. ‘Ratto (diritto romano)’, en *Enc. dir.*, 38, Milano, 1987, 714.

que dicen otros textos, que de ser verificado el *consensus mulieris* implicaba *ambo mori tradantur*. Este § recoge una modificación de Ervigio ampliando lo que a propósito del adulterio prescribía la *Lex Wis.* 3.4.3 y 3.4.1 distinguiendo el adulterio *violenter* y el adulterio *fortasse consensus*. Una novedad de 3.2.2, es la posibilidad de eludir la *poena capitis* acogiéndose al asilo del obispo o de la *altaria sancta* de la Iglesia; esto permitía a los amantes salvar la vida, pero no quedaban exculpados de cualquier pena porque eran separados y además caían en esclavitud (*parentibus rapte servituri tradantur*). Además de recoger la modificación de Ervigio contiene una disposición nueva y ajena a la propia legislación visigoda, porque como castigo del adulterio cuando era realizado *violenter* (*Lex Wis.* 3.4.1 ant.) y el adúltero tuviera hijos legítimos, debía ser entregado su persona al marido burlado o a la la mujer violada¹⁴⁰.

He querido tratar con cierto detenimiento el problema de la represión del adulterio en las leyes germánicas de finales del siglo V y siglos VI y VII, más o menos coetáneas de las leyes visigodas españolas para mejor encuadrar éstas en su contexto histórico. Sin duda entre los germanos el adulterio era un comportamiento delictivo reprehensible y la concepción del adulterio bastante similar. Las discrepancias se advierten en las diversas circunstancias que lo rodean, muchas veces unidas al rapto de la mujer que cuando es realizado con violencia implica un atentado contra la misma, y si cuenta con su consentimiento agrava el supuesto por la grave ofensa contra el marido atentando contra su poder sobre la mujer, quedando legitimado por la ley para ejecutar la *poena capitis* contra los adúlteros, en lo que podemos advertir una evolución que arranca de la *lex Iulia de adult.* que sacó esta actuación de su primitiva represión en el seno familiar para convertirlo en un *crimen publicum* controlado por un *iudex*. Como veremos en adelante será

¹⁴⁰ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 90.

precisamente la legislación visigótica hispana la que ofrece más amplias noticias sobre la represión del *crimen adulterii* a partir del contenido de la legislación y jurisprudencia de la llamada época postclásica al compás de una actividad legislativa visigótica que desde el punto de vista político se muestra en la *imitatio imperii*¹⁴¹, y en ámbitos más restringidos como el adulterio, en ámbitos que no me atrevería a llamar exclusivamente privatísticos en cuanto en todos los pueblos germánicos subyacía un fuerte sentimiento comunitario o cohesionador que tendía a robustecer tanto los poderes del jefe político (*rex, dux, comes magister*) como también los poderes de dirección del marido que debía velar por la cohesión de la familia, y de ahí el castigo tanto a la esposa licenciosa como al cómplice que irrumpe en una relación matrimonial ajena en la que el consentimiento de la adúltera en todas las regulaciones germánicas puede enfocarse como lo que podemos calificar (en terminología penalística actual) de circunstancia particularmente agravante. También se advierte en estas legislaciones una fuerte componente de preservar la clase social en cuanto el adulterio de una mujer libre con un esclavo se presenta asimismo como una actuación nefanda que exige la más dura represión posible.

Será precisamente la legislación visigótica la que proporciona más amplia información sobre la represión del adulterio, pero también indica algo más que se advierte en las *antiquae* traídas en causa por Recesvinto, sobre todo en 3.4.1 ant. (y esta ant. con gran probabilidad procede de Leovigildo); indudablemente la monarquía visigótica contaba con juristas de gran calidad; pensemos en la extraordinaria altura de Isidoro de Sevilla, en la colaboración de los clérigos con la *sella regia* (San Braulio¹⁴² obispo

¹⁴¹ Vid. A. TORRENT, ‘*Imitatio*’, cit.

¹⁴² Vid. J.M. MADDOZ, *Epistolario de S. Braulio de Zaragoza*, en *Estudios Onienses*, I,II, Madrid, 1941.

de Zaragoza,; Julián de Toledo, San Fructuoso, abad de Dumio y más tarde obispo de Braga), en la influencia de los concilios hispánicos, incluso durante la dominación romana en el s. IV a partir del primer concilio provincial del que se tiene conocimiento, el concilio de Elvira¹⁴³ donde tuvo un papel estelar Osio, obispo de Córdoba. Es controvertida su fecha de celebración (principios del s. IV, acaso entre el 306 y el 326¹⁴⁴). Si los concilios iliberitanos influyeron en la gobernación de la Bética romano-cristiana después del Edicto de Constantino del 313, no menor fue la influencia de los concilios toledanos de época visigótica que luchando contra el arrianismo y alguna otra desviación de la ortodoxia católica como el priscilianismo, herejía exclusivamente hispánica, aportaba doctrinas conciliares a la vez que apuntalaban la monarquía visigótica que sobre todo con Leovigildo iba adquiriendo tintes

¹⁴³ Que ha suscitado gran interés en la historiografía: vid. C.J. HEFELER, *Histoire des concile d'après les documents originaux. Nouvelle traductio française corrigée et augmenté par H. Leclerq*, I, París, 1907 = Hiedelshiem-New York, 1973; J. GAUDEMET, s.v. ‘Elvire II’, en *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastique*, 15, 1963, 317-348, donde destaca el papel desempeñado por Osio de Córdoba; E. REICHERT, *Die Canones der Synode von Elvira. Einleitung und Kommentar*, Hamburg, 1990, 8-219; J.A. MOLINA GOMEZ, *La exégesis como instrumento de creación cultural. El testimonio de las obras de Gregorio de Elvira*, en *Antigüedad y Cristianismo*, 17, 2000 con copiosa literatura en p. 50, nt. 155; J. GARCIA SANCHEZ, *El derecho romano en el concilio de Elvira*, en AA.VV., *El concilio de Elvira y su tiempo*, J. Sotomayor Muro y J. Fernandez Ubiña editores, Granada, 2005, 589 ss.; R. MENTXAKA, *Sobre la actividad comercial del clero hispano en los inicios del siglo IV a la luz de dos cánones del concilio de Elvira*, en ‘Mater Familias’. *Scritti Maria Zallocka*, Varsovia, 2016, 536-539.

¹⁴⁴ Vid. sobre la discrepancia de su fecha, D. RAMOS-LISSON, *El concilio de Elvira en la historiografía moderna*, en *El concilio de Elvira y su tiempo*, cit., 78, que propugna la fecha del 326. M. SOTOMAYOR MURO, *Sobre la fecha del concilio*, *ibid.*, 137-167, sostiene que es posterior al concilio de Arlés que se celebró en el 314. Vid. lit. sobre el tema en R. MENTXAKA, *Actividad comercial*, en *Scritti Zablocka*, cit., 537, nt. 3.

teocráticos, y poco después con Recaredo asemejado con Constantino por los autores de la época, principalmente su mejor biógrafo, Juan de Biclaro. No hay que olvidar que desde Grecia y Roma la religión siempre fue uno de los más potentes *iustrumenta regni*. Traigo a colación los concilios hispanos porque suministraban materiales culturales, políticos e ideológicos que coadyuvaban a una mejor descripción y más depurada construcción de la legislación visigótica, pudiendo advertirse ciertas huellas cristianas, o al menos de la nueva ética postclásica en la represión del *crimen adulterii*.

En general en las legislaciones germánicas hay un fondo homogéneo en el tratamiento del adulterio, no tanto en su descripción en cuanto en algunas se destaca más el raptó de la mujer y la concepción del adúltero sustrayendo la mujer al poder del marido; incluso se advierte la igualdad de las frases en la *Lex Wis* 3.4.1 *si quis uxori aliene adulterium intulerit* y el *Ed. Rbot.* 211 *si quis uxorem alterius tulerit*, homogeneidad que según Osaba¹⁴⁵ se desvanece cuando se procede a analizar su contenido específico, porque mientras en las legislaciones germánicas la acción que lleva a cabo quien irrumpe en una relación matrimonial ajena supone el hecho de llevarse consigo a la esposa, en la *antiqua* de *Lex Wis* 3.4.1 la acción se centra en la comisión de adulterio con ella. En mi opinión no hay que llevar a extremos tan pronunciados las inseguras diferencias entre las legislaciones germánicas, y un ejemplo de ello lo da Melicher¹⁴⁶ al interpretar el § visigótico como un supuesto de raptó. Probablemente tiene más parecido con el § visigótico el *Ed. Theoder.* 60 *si quis viduae stuprum violenter intulerit, cuiuslibet loci corruptor adulterii poena depereat*, que aún poniendo en un

¹⁴⁵ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 90.

¹⁴⁶ T. MELICHER, *Die germanischen Formen der Ebeschliessung im westgotisch-spanischen Recht*, Wien, 1940, 70.

mismo plano *stuprum* con violencia con una viuda y el *adulterium* (al corruptor de la viuda se le impone la pena del adulterio), es más preciso el § visigótico: *si quis uxori aliene adulterium intulerit*, aludiendo en la rúbrica (en el estado actual de nuestros conocimientos no se puede precisar con exactitud el momento y autor de las rúbricas) al adulterio realizado *violenter* y al consentido por la mujer: *conibente aut non conibente*¹⁴⁷, cuya frase inicial en masculino *si quis* de la *antiqua* indudablemente alude al adúltero para seguidamente enfocar el problema desde la óptica de la adúltera.

Por lo que se refiere a la imperfección gramatical *conibente* con *b* en lugar de *v*, es algo corriente en el latín vulgar de la época, y tiene el mismo sentido que *convivere* como señalan Heumann-Seckel¹⁴⁸ y Niemeyer¹⁴⁹. Según Osaba¹⁵⁰ el hecho de que *uxorem* se encuentre en el sentido indicado, es un ejemplo de utilización de las palabras declinadas sin respeto absoluto por las reglas clásicas, siendo más purista la modificación de Ervigio que utiliza el ablativo: *si conniibente aut non connivente uxore cum alio adulterium faciat*. El adverbio aumentativo *violenter* del § visigótico lo entiende d’Ors¹⁵¹ en el sentido de que cumple una función no tanto de calificar el delito como de hacer salvar del castigo a la mujer, de modo que el § sólo se refiere a los adulterios cometidos por la fuerza; este mismo sentido es compartido por Osaba al entender en el contenido dispositivo de *Lex Wis.* ant. 3,4,1 que *uxori aliene* delimita perfectamente la pertenencia de la esposa adúltera a otro hombre distinto del que comete adulterio con ella, y *violenter* el

¹⁴⁷ Vid. las aclaraciones filológicas de E. OSABA, *El adulterio*, cit., 91 nt. 41.

¹⁴⁸ HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹¹, Jena, 1907, = Graz 1971, 94.

¹⁴⁹ J.F. NIEMEYER, *Mediae Latinitatis lexikon minus. Abbreviationes et index fontium*, Leiden-New York-Köln, 1993, 251.

¹⁵⁰ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 2-93.

¹⁵¹ A. D’ORS, *El Código*, 146, nt. 406

agravamiento del adulterio inconsciente con mujer casada, considerando Osaba que la mención expresa a la violencia ejercida sobre la mujer estaba encaminada en mayor medida a eximir a ésta del castigo por el adulterio cometido bajo estas condiciones, que a establecer dos tipos de conducta delictiva diferentes, separándose de d’Ors al estimar que la *Lex Wis.* contempla un concepto amplio de adulterio que permite acoger todo tipo de relaciones contra la norma de moral sexual que en cada momento se desea imponer, tanto si tienen lugar con mujeres solteras como casadas; incluso las relaciones con una viuda durante el *tempus lugendi* son consideradas adulterio. Si d’Ors parece reconocer únicamente entre los visigodos el adulterio cometido con violencia concediendo un valor desmedido al elemento intencional por parte de la mujer: que consintiera o no la relación sexual con persona distinta del marido, no altera la conducta del cómplice que en cualquier caso invade campo ajeno, ni el hecho en sí mismo de la existencia de un adulterio con consentimiento o sin él. Si d’Ors tiene este concepto restringido del adulterio, Osaba tiene un concepto más amplio, yo diría de una dimensión relativista que sirve para todas las épocas; un adulterio del tipo que sea, cometido con violencia o consentido por la mujer no deja de ser un hecho contrario a la moral sexual familiar visigoda, y aquella diferenciación no creo que se adecúe al concepto de adulterio entre los visigodos.

La *Lex Wis.* 3.4.1 ant. hace depender las consecuencias del hecho delictivo de la intencionalidad de la mujer: que ésta fuera llevada por la fuerza, o que el yacimiento (por decirlo en terminología procesal española) con persona distinta de su marido fuera libremente aceptado. En mi opinión propiamente no son dos conceptos distintos de adulterio las rígidas penas del adulterio entre los visigodos, y la ant. 3.4.1 señala claramente una *addictio* (judicial) de la adúltera al marido para que éste ejecute la venganza (*addicatur marito mulieris, ut in eius potestate vindicta consistat*) lo que nos lleva

irremisiblemente a la compleja interpretación de *conibente aut non conibente* con un alcance teórico que no parece encajar claramente en el marco conceptual del adulterio, tal como se expone en la rúbrica citada.

La fijación mediante un proceso público de la pena del adulterio es otro factor importante de la compilación de Recesvinto; Osaba¹⁵² entiende que nuestro frag. no está abordando el delito flagrante¹⁵³ ni tampoco concediéndose al marido la posibilidad de actuar autónomamente y con independencia de la justicia del rey. A juicio de Osaba lo que regula la ley es su intervención en el proceso (y en ello concuerdan Melicher y d’Ors¹⁵⁴) en el que se le otorga la posibilidad de ejecución de la sentencia con entrega directa de los convictos como expresa el término *addicatur*. Osaba¹⁵⁵ no ve ningún antecedente romano en nuestro § y en todo caso considera que la *antiqua* puede atribuirse a los estratos más antiguos de la legislación visigoda, lo que nos retrotraería al *Cod. Eur.* (que en los §§ disponibles no tiene ninguno similar), o al utilizado por la *Lex Baiuv.* (que Osaba considera fuente alternativa para el conocimiento de la *antiqua*). Vismara¹⁵⁶ creía ver un antecedente de la pena prevista en *Lex Wis.* ant. 3.4.1 en el *Ed. Theoder.* 64 (que tiene su correspondencia con Nov. Val. 31.5¹⁵⁷), pero en mi opinión no es tan difícil encontrar antecedentes

¹⁵² E. OSABA, *El adulterio*, cit., 93.

¹⁵³ Por el contrario P. KETSCH, *Aspekte der rechtlichen und politisch-gesellschaftlichen Situation von Frauen im frühen Mittelalter (500-1150)*, en AA.VV., *Frauen in der Geschichte*², editores A. Kuhn y J. Rosen, Düsseldorf, 1986, 20, interpreta nuestra *antiqua* como reguladora del delito flagrante.

¹⁵⁴ T. MELICHER, *Die germanischen Formen*, cit., 72; A. D’ORS, *El Código*, cit., 145 s.

¹⁵⁵ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 94.

¹⁵⁶ G. VISMARA, *Pratica e disciplina del concubinato nella Gallia visigota*, en *Estudios d’Ors*, Pamplona, 1987, 1078.

¹⁵⁷ O. LICANDRO, ‘*Edictum*’, cit., 235.

romanos en la consideración del adulterio como *crimen publicum* tal como había sido previsto en la *lex Iulia de adult.* y legislación y comentarios postclásicos a la misma que sin duda fueron los grandes inspiradores de la legislación visigótica, y el *ius occidendi*¹⁵⁸ sobre los adúlteros ya estaba ampliamente documentado en Roma¹⁵⁹. Como ya he dicho en otro lugar¹⁶⁰ la represión augústea del *adulterium* aportó precisamente una limitación a la rígida y amplísima represión penal familiar ejercitada exclusivamente dentro del seno de la familia, exigiéndose desde Augusto circunstancias para que la muerte de los adúlteros fuera un homicidio legítimo; así lo advierte Cantarella en el sentido de *impune* fijando las circunstancias de la *lex Iulia de adult.* cuyo avance estaría en sacar el *adulterium* de aquel restringido círculo familiar para situarlo dentro de los *crimina publica* que requerían un correlativo proceso.

Posteriormente se añadirán algunas modificaciones a *Lex Wis.* 3.4.1 por Ervigio (680-687) que sustancialmente a su vez recoge un añadido de Chindasvinto (642-653) en *Lex Wis.* 3.4.12 y 13 dirigidos a regular la suerte de los bienes de los adúlteros con disposiciones en protección de los hijos legítimos que en mi opinión responde a la consideración de las legítimas de aquellos hijos¹⁶¹ y la obligación de reservar para ellos el patrimonio hereditario de sus padres en los casos en que la condena de éstos llevara aparejada la pérdida de todos sus bienes como de hecho

¹⁵⁸ Sobre el tema vid. con lit. G. RIZZELLI, ‘*Lex Iulia de adulteriis?*. *Studi sulla disciplina di ‘adulterium’, ‘lenocinium’, ‘stuprum’*, Lecce, 1996; P. PANERO ORIA, ‘*Ius occidendi et ius accusandi? en la ‘lex Iulia de adulteriis coercendis’*, Valencia, 2001; A. TORRENT, ‘*Poenae*’, cit., 238 ss.

¹⁵⁹ Vid. por último con fuentes y lit., A. TORRENT, ‘*Poenae*’, cit., *supra*, nt. 2.

¹⁶⁰ A. TORRENT, ‘*Poenae*’, cit., 286.

¹⁶¹ Vid. A. TORRENT, *La protección de las legítimas en los procesos de adulterio de la legislación visigótica: ‘Lex Wisigothorum’ 3,4,12*, pendiente de publicación

ocurría en los procesos de adulterio¹⁶². Chindasvinto reservaba a éstos el patrimonio de su padre, entregando su persona al marido de la mujer adúltera, que vuelve a reproducirse con algunas pequeñas variantes en la versión romanceada que conocemos como *Fuero Juzgo*

Lex Wis. 3.4.1 ant. *Si conibente aut non conibente uxorem cum alio viro adulterium faciat.—Si quis uxori aliene adulterium intulerit violenter si ipse adulter filios habens legitimos, tunc perpetraverit, ipse solas absque rebus addicatur marito mulieris. Si autem filios legitimos non habuerit, quibus facultas sua deberi legitime possit, cum omnibus rebus suis in potestate mariti mulieris deveniat ut in eius potestate vindicta consistat. Quod si mulieris fuerit fortasse consensus, marito similis sit potestas de eis faciendi quod placet.*

Fuero Juzgo 3.4.1. *Si la muier faze adulterio con otro, seyendo con el marido—Si algun ome fiziere adulterio con la muier aiena por fuerza, e aquel que lo faze, si a fijos legitimos en otra muier, este solo sea metido en poder daquesta mulier forçada, e sus cosas finquen a los fijos legitimos. E si non oviere fijos legitimos que devan aver sus cosas, esto sea metido en poder del marido daquella muier con todas sus cosas, e vénguese en él cuemo él se quisiere. Mas si el adulterio fuere fecho de voluntad de la muier, la muier e el adulterador sean metidos en mano del marido, e faga dellos lo que se quisiere.*

Estas normas son adjetivas al hecho esencial del ejercicio del *ius occidendi* sobre los adúlteros por el marido o el padre de la adúltera, y así lo previene una *antiqua* de la *Lex Wis.* 3.4.3 y 4 que si ejercitado habiendo cogido *in fraganti* a los adúlteros, el padre o el marido quedan impunes de la pena de homicidio.

¹⁶² E. OSABA, *El adulterio*, cit., 95.

Lex Wis. 3.4.3 ant. *De adulterium uxoris.*— *Si cuiuslibet uxor adulterium fecerit et deprehensa non fuerit, ante iudicem competentibus signis vel indicis maritus accuset. Et si mulieris adulterium manifeste potuerit, adultero et adultera ipsi tradantur, ut quod de eis facere voluerit in eius proprio consistat arbitrio.*

Lex Wis. 3.4.4 ant. (Ervigio). *Si adulter cum adultera occidatur—maritus vel sponsus occiderit, pro homicidio non teneatur.*

Respecto a 3.4.3 la mayoría doctrinal entiende que procede del *Cod. Eur.*, pero ya hemos visto que en los pocos §§ conocidos del *Codex Parisinus Latinus* 12161 no hay alusión a un eventual título *de adulterio uxoris*, planteándose entonces su posible correspondencia con la *Lex Baiuv.* 8,1 cuando trata el adulterio de la *uxor*¹⁶³, pero el § correspondiente de la ley bávara sólo contempla el adulterio flagrante, y como ha visto Osaba¹⁶⁴ salvo cuando el marido ejercía el *ius occidendi* que le era reconocido *si repertus fuerit*; en otro caso el adulterio sólo daba lugar a una composición pecuniaria. Por el contrario en este punto la *antiqua* de *Lex Wis.* 3.4.3. tiene un eminente carácter procesal pudiendo presentar el marido la *accusatio ante iudicem* en base a *signis vel indicis* en caso que *deprehensa non fuerit*. Podría decirse que en la ley bávara la composición pecuniaria suponía sin duda un avance respecto a la rigidez del *ius occidendi* romano legitimado por la *lex Iulia*¹⁶⁵ que la *Lex Wis.* recogerá referido al adulterio flagrante con la misma consecuencias de la impunidad del que mata a los adúlteros (*Lex Wis.* 3.4.4). La única coincidencia entre la ley bávara y la visigótica

¹⁶³ *Lex Baiuv.* 8.1. *Si quis cum uxore alterius concubuerit libera, si repertus fuerit, cum verageldo illius uxoris contra maritum componat. Et si in lecto cum illa interfectus fuerit, pro ipsam compositionem, quod debuit solvere marito eius, in sua scelere iaceat sine vindicta.*

¹⁶⁴ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 89.

¹⁶⁵ A. TORRENT, ‘*Poena*’, cit., 292.

estriba en el concepto del adulterio como relación sexual extramatrimonial, mejor circunstanciada en la ley bávara: *si in lecto illa interfectus fuerit* (como tuvimos ocasión de observar éste es el concepto del Tribunal Supremo español que centra el concepto de adulterio con mujer casada en el hecho del “yacimiento”¹⁶⁶) que en la visigótica que lo describe con un genérico *si adulterium fecerit*.

En general puede decirse que todos los pueblos germánicos atribuían a los maridos el *ius occidendi* sobre las mujeres sorprendidas en adulterio flagrante, que en Roma la *lex Iulia* legitimaba *iure mariti vel patris* y que para la impunidad del homicida exigía la muerte inmediata de la adúltera y su cómplice. Es cierto también que las legislaciones germánicas identifican muchas veces adulterio y rapto de la mujer casada para argumentar seguidamente si hubo o no consentimiento de la mujer. Señala Osaba¹⁶⁷ que mientras las legislaciones de los pueblos germánicos contemplaban la acción que lleva a cabo quien irrumpe en una relación matrimonial ajena que supone el hecho de llevarse consigo a la esposa, en la *Lex Wis.* 3.4.1 ant. la acción se centra en la comisión de adulterio con ella¹⁶⁸ con su consentimiento o sin éste como se manifiesta en la rúbrica recesvindiana: *si conibente aut non conibente uxorem cum alio viro adulterium faciat* pero en todo caso el rapto es siempre un adulterio en las llamadas leyes romano-bárbaras, y específicamente en *Lex Wis.* 3.4.1 es indiferente para calificar el hecho de adulterio que la mujer diera o no diera su consentimiento a la relación adulterina. En el primer caso ambos adúlteros son entregados al marido con *potestas de eis faciendi quod placet*, es decir puede ejercitar el *ius occidendi* sobre la mujer y su cómplice; en el

¹⁶⁶ De este tema ya he hablado en paginas anteriores; Add., A. TORRENT, *Diritto penale*, cit., 130.

¹⁶⁷ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 90.

¹⁶⁸ T. MELICHER, *Die germanischen Formen*, cit., 79, dentro de su visión cerradamente germanista interpreta la ley visigoda como un supuesto de rapto.

segundo el violador es entregado al marido para que lleve a cabo sobre él su venganza¹⁶⁹, y me vienen *in mente* los siguientes puntos interrogativos: ¿la resistencia de la mujer a la violación la exime de la *poena capitis*? Como hemos visto, D’Ors¹⁷⁰ considera que el empleo del término *violenter* más que calificar el delito, puede verse en el sentido que precisamente esta *violentia* es llamada en causa para eximir del castigo a la mujer, argumento seguido por Osaba¹⁷¹ al defender que la mención explícita a la violencia ejercida sobre la mujer estaba encaminada en mayor medida a eximir a ésta del castigo por el adulterio cometido, aunque no admite que la *Lex Wis.* considerara dos tipos de conductas delictivas diferentes con y sin el consentimiento de la mujer, porque en ambos casos mantuvo relaciones carnales con persona distinta del marido.

Estos argumentos me llevan a plantear tres puntos interrogativos: si acaso el padre o el marido pudieran actuar en caso de adulterio *pietatis causa* como nos dicen algunos textos romanos para eximir a la adúltera de la *poena capitis*¹⁷²; otro interrogante: ¿el yacimiento aunque forzado con persona distinta de su marido legitima el *repudium* de la esposa tal como prescribe la *Lex rom. Burg.*? , y un tercer punto interrogativo ¿puede verse alguna influencia, correspondencia o paralelismo entre las colecciones canónicas hispanas y la *Lex Wis.*?

Voy a intentar dar una respuesta a la tercera cuestión, porque las dos primeras requieren un estudio más profundo que no puedo abordar en esta sede. Es sabido que cuando los invasores germánicos ocuparon las provincias de las viejas *Hispaniae* romanas, era mayoritaria la fe católica entre los hispanos frente al arrianismo –*fides gothica*– de los invasores, que de todos modos no

¹⁶⁹ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 92.

¹⁷⁰ A. D’ORS, *El Código*, cit., 146, n. 406.

¹⁷¹ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 93.

¹⁷² A. TORRENT, ‘*Quaestiones*’, cit.

eran tan meticulosos como los católicos en las diferencias religiosas entre ambas corrientes cristianas, quizá más intolerantes los católicos que consideraban la suya la verdadera religión como se observa en las disputas entre el obispo Arrio y San Atanasio, llegando a delinarse los confines de la fe católica en el concilio de Nicea del 325. Entre los pueblos germánicos asentados en España aún subsistían prácticas idolátricas y supersticiones en territorios periféricos como la *Gallaecia* rural poblada por suevos anatemizadas por algunos concilios hispanos conocidos gracias a San Martín de Braga¹⁷³ que llevó adelante una gran labor evangelizadora entre los suevos, y en general subsistía la fe de Arrio entre todos los pueblos germánicos convertidos al cristianismo arriano por la predicación del obispo Wulfila abandonado el panteísmo pagano germánico anterior. Sería el concilio de Nicea del 325 el que condenó como herejes a los cristianos arrianos, ordenando consecuentemente que el cristianismo católico era la verdadera fe. Frente a los arrianos Atanasio había afirmado que Cristo tenía la misma sustancia que el Padre, mientras que Arrio defendía que el Hijo era sólo “parecido” al Padre, y porque el Hijo había sido tentado padeciendo y muriendo como un hombre no podía ser igual que el Padre que está por encima de toda tentación, padecimiento y muerte, de modo que fue creado por el Padre igual que cualquier hombre, de modo que Cristo era una creación de Dios-Padre, inferior al Padre, un simple enviado del Padre, pero igual que los católicos creían en Jesús y defendían el amor al prójimo. Probablemente Constantino que reunificó bajo su mando único las *partes Orientis et Occidentis* del Imperio romano, vió que la adopción de la *fides catholica* era un medio para amalgamar todo su

¹⁷³ Martin De Braga escribió un breve *De correctione rusticorum* para combatir aquellas prácticas totalmente heterodoxas. Cfr. E. FLOREZ, *España Sagrada*, XV, 425-433.

Imperio evitando la fragmentación religiosa. Precisamente porque no era teólogo y no entendía las diferencias entre Arrio y Atanasio, convocó el concilio niceno para determinar cuál debía ser la religión verdadera.

Por lo que se refiere a la situación de la religión en la España visigótica, Orlandis¹⁷⁴ considera que salvo los residuos de arrianismo en el noroeste peninsular (*Gallaecia*), sintomáticos tan sólo desde el punto de vista de la intensidad pero no de la extensión de la cristianización, ésta habría alcanzado toda la Península con la sola excepción de las montañas cántabras donde vivían los vascones, estando documentadas frecuentes expediciones de los monarcas visigodos para reducirlos¹⁷⁵. Antes incluso del Edicto de Milán que proclamó la libertad religiosa y que sustancialmente fue un edicto de tolerancia de la fe católica, la Iglesia española había dado buenas pruebas de su vitalidad (Orlandis), y en vísperas de la persecución de Diocleciano el primer Concilio de Elvira mencionado en páginas anteriores, aprobó cánones que llegarían a ser disciplina general de la Iglesia universal, por ejemplo en materia de continencia de los clérigos. Durante la primera mitad del s. IV la vida de la Iglesia se vió fuertemente influída por la poderosa personalidad de Osio, obispo de Córdoba¹⁷⁶, auténtico azote de las herejías que se expandían por el Imperio romano, principalmente el arrianismo que había prendido en los pueblos germánicos siendo condenado en el concilio de Nicea del 325 y posteriormente en el sínodo de Aquileia muy influído por San Ambrosio y en el concilio de Calcedonia. Todavía en Galicia se había extendido el

¹⁷⁴ J. ORLANDIS, *El Cristianismo en la España visigoda*, en *Estudios visigóticos*, I, Roma-Madrid, 1953, 1.

¹⁷⁵ Después de dos siglos de dominación romana, los vascones fueron los últimos en ser pacificados por Augusto en el 19 a. C.

¹⁷⁶ Cfr. V.C. DE CLERC, *Osius of Cordova. A contribution in the History of the Constantinian Period*, Washington, 1954.

priscilianismo¹⁷⁷ que sería condenado en el primer concilio de Toledo (septiembre del 400) presidido por Patruino, obispo de Mérida, para restablecer la unidad dogmática (siguiendo las reglas del concilio de Nicea) y disciplinar, aunque no acabó totalmente con esta herejía porque todavía el concilio de Braga del 567 se ocuparía de nuevo de ella.

Pocos conflictos hubieron entre los pueblos germánicos por motivos de religión como vemos en tiempos de los reyes visigodos Eurico y Alarico II de fe arriana, vecinos por el norte con los francos cuyo rey Clodoveo se había convertido al catolicismo y por el sur con los hispano-romanos asimismo de fe católica. Tampoco entre los godos las diferencias religiosas se sentían profundamente; Orlandis¹⁷⁸ insiste en que los godos no tenían excesivas preocupaciones intelectuales ni distinguían con claridad la confesión católica de la arriana, siendo disculpable su ignorancia de la ortodoxia de la Iglesia universal llegando a decir Salviano de Marsella *haeretici sunt, sed non scientes; errant sed bono animo errant*, de modo que frente a los cristianos de fe católica los godos practicaban un cristianismo peculiar de corte arriano pudiendo decir Paulino de Nola en una *epistula* a Nicetas de Remosiana, apóstol de la Dacia, *per te barbari discut resonare Christum corde romano*, que según Orlandis desde el punto de vista de los godos arrianos equivaldría a decir *resonare Christum corde germanico*. Parece exagerada la afirmación de H. Leclercq¹⁷⁹ que los godos eran fanáticos e intolerantes, al menos con las poblaciones románicas sometidas a su hegemonía, no tanto con suevos y borgoñones empeñados en seguir el arrianismo, incluso en ocasiones creando un estado de tensión contra la población romano-católica y algunas veces con

¹⁷⁷ Cfr. J.M. RAMOS LOSCERTALES, ‘Prisciliano, *Gesta Rerum*’, Salamanca, 1952.

¹⁷⁸ J. ORLANDIS, *El Cristianismo*, cit., 4 s.

¹⁷⁹ Dom H. LECLERCQ, *L’Espagne chrétienne*, Paris, 1906, 232.

violentos encontronazos como ocurrió con la política del arriano Eurico, del que informa Sidonio Apolinar que más parecía jefe de una secta que de un pueblo, cerrando iglesias, desterrando obispos, entorpeciendo las prácticas religiosas católicas¹⁸⁰. Alarico II desterrará varios obispos católico por sus simpatías por los francos arrianos; a la vez publicó para la población galo-romana la *Lex Rom. Wis.*, pero en general las tensiones entre arrianos y católicos parecen ser excepcionales.

Sabemos que en la lucha por el trono entre Agila y Atanagildo venció este último con el apoyo de los hispano-romanos católicos de la Bética. La unificación del reino visigodo la realizó Leovigildo venciendo al reino suevo de la *Gallaecia*, reconquistando de los bizantinos Málaga y Córdoba y pacificando en gran medida la cuestión religiosa, aunque Leovigildo una vez unificado el reino visigodo pretendiera imponer sin éxito el arrianismo que había sido un signo de diferenciación de la *gens gothorum* frente a los hispano-romanos, y según los rumores que recogen San Gregorio Magno y Gregorio de Tours es posible que se convirtiera al catolicismo *ante imminetia mortis*. Todavía Leovigildo mantuvo una agria disputa religiosa con su hijo Hermenegildo que instruido por San Leandro, obispo de Sevilla, había abjurado del arrianismo para convertirse al catolicismo. Incluso la reina Goswinta, arriana fanática, había despreciado públicamente a su nuera, la católica Ingunda. Pensando Leovigildo en la paz familiar confió a Hermenegildo el gobierno de la Bética, iniciándose una guerra entre padre e hijo en la que venció Leovigildo desterrando a su hijo que acabaría asesinado en Tarragona por el carcelero Sisberto en olor de santidad para los católicos¹⁸¹ al morir por no renegar de su fe y

¹⁸⁰ H. LECLERCQ, *L'Espagne*, cit., 227 ss.; Z. GARCIA VILLADA, *Historia eclesiástica de España*, II.1, Madrid, 1932, 365.

¹⁸¹ Efectivamente Hermenegildo fue canonizado, y todavía hoy la suprema condecoración militar española es la Cruz de la Orden de San Hermenegildo.

negarse a recibir la comunión de un obispo arriano, muerte que el papa San Gregorio Magno calificó como martirio, aunque al haber solicitado para la guerra contra su padre el auxilio de suevos y bizantinos, Juan de Biclaro¹⁸² y San Isidoro de Sevilla¹⁸³ le consideraron *ribellis* y *tyrannus*, perjudicial para godos y romanos por la desunión provocada por aquella guerra de religión.

En general e incluso con anterioridad a Leovigildo que había derogado la prohibición de matrimonios mixtos logrando la plena fusión entre visigodos e hispano-romanos que bajo dominación visigótica llevaban una vida sin sobresaltos celebrando sus concilios cuando lo consideraban necesario en convivencia pacífica entre la *fides gothica* y la *catholica*, como asimismo se reunían sínodos de obispos arrianos hasta Recaredo; podemos decir que salvo en época de Leovigildo, y acaso su guerra religiosa no se debiera a estrictos motivos teológicos sino por entender la religión (en su caso arriana) como otro de los puntales de la deseada unificación, había gran tolerancia religiosa¹⁸⁴, y pongo como ejemplo sintomático que el II Concilio de Toledo (a. 527) elevara oraciones para que Dios concediera larga vida al rey arriano Amalarico¹⁸⁵. Yo me inclino a creer que en la guerra entre Leovigildo y Hermenegildo puede verse otro aspecto de la *imitatio imperii* visigótica en el empleo de la religión como *instrumentum regni*.

¹⁸² Vid. F. ALVAREZ RUBIANO, *La Crónica de Juan Biclarense. Versión castellana y notas para su estudio*, en *Analecta Sacra Tarraconensis*, 16, 1943, 26.

¹⁸³ TH. MOMMSEN (ed.), *MGH, Auctores antiquissimi*, XI. *Chronica Minora Saec. IV, V, VI, VII*, II, Berolini, 1894, 477.

¹⁸⁴ Como también la hubo durante los primeros siglos de la posterior dominación musulmana que acabó con los tres siglos de dominio visigótico, y no solo con los católicos sino también con los judíos, tolerancia que se acabó con la invasión de los almohades a principios del s. XII. Vid. A. TORRENT, *El derecho musulmán en la España medieval*, en *RIDROM*, 8, 2012, 149, 188.

¹⁸⁵ J. TEJADA Y RAMIRO, *Colección de Cánones de la Iglesia española*, II, Madrid, 1850, 207.

Que los concilios eclesiásticos pudieran haber influido en la legislación visigótica es un dato cierto. Ejemplo de ello lo extraemos de la comparación entre *Lex Wis.* 3.4.3 ant. y dos cánones de la colección canónica conocida como *Capitula Martini*¹⁸⁶ (conservada en la llamada *Colección canonica Hispana*¹⁸⁷ que

¹⁸⁶ Se han ocupado de esta colección canónica A. GARCIA Y GARCIA, *Historia del derecho canónico*, I: *El primer milenio*, Salamanca, 1967, 393, y M. SOTOMAYOR, *La Iglesia en la España romana*, en AA.VV., *Historia de la Iglesia en España*, director R. Garcia Villoslada, Madrid, 1979, 397. Los *Capitula Martini* se han conservado fundamentalmente en una colección canónica posterior (633-636) que hoy conocemos como la *Hispana*; vid. A. GARCIA Y GARCIA, *Historia*, cit., 179.

¹⁸⁷ Sobre las relaciones entre los *Capitula Martini* y la *Hispana* vid. A. GARCIA Y GARCIA, *Historia*, cit., 181 ss.; G. MARTÍNEZ DÍEZ, *La colección canónica hispana*, Madrid, 1966. Coincidió con el que coloquialmente conocemos los españoles como padre Gonzalo, un año en la Facultad de Derecho de San Sebastián (Universidad del País Vasco) durante el curso 1971-72, y más tarde en la Universidad de Valladolid (desde 1979 a 1987); eran contiguos los Institutos de Historia del Derecho español (cátedra desempeñada por el padre Gonzalo, que era jesuita recientemente fallecido) y el de Derecho romano, y en alguna ocasión trabajamos conjuntamente sobre la *Patrologia* de Migne. Con el franciscano Antonio García coincidí en Salamanca en mis años de Ayudante y Adjunto (desde 1963 a 1973). El era catedrático de Historia del Derecho canónico en la Universidad Pontificia de Salamanca, y yo trabajaba en la Universidad Pública de Salamanca (que para distinguirla de la Pontificia llamábamos Literaria), y venía a consultar frecuentemente la biblioteca del entonces llamado Seminario de Derecho romano de la Universidad pública salmanticense, en aquella época dirigido por mi maestro, el prof. Fuenteseca, que también había realizado notables estudios sobre el derecho público bajomedieval; vid p. ej., P. FUENTESECA, *La recepción de la idea imperial en la Edad Media española y sus raíces romanas*, en *Estudios Juan Iglesias*, II Madrid, 1988, 747 ss. Volví a coincidir en Bolonia (años 1968-69) donde Antonio García, Domenico Maffei y Ennio Cortese trabajaban con los manuscritos de la riquísima biblioteca del Real Colegio de San Clemente de los Españoles de Bolonia (fundado en 1364 por el cardenal Albornoz, legado pontificio en la Emilia-Romagna, y puedo decir en homenaje al gran maestro de la historia del derecho canónico que mi interés por los estudios medievales surgió de las conversaciones con Antonio García;

con ocasión del II concilio de Braga (a. 572) compuso Martín, inspirador directo del concilio, obispo de Braga todavía situada aquel año en territorio suevo¹⁸⁸ independiente del reino visigótico, precisamente atacado en aquellos años por Leovigildo en el 573 y en el 576, posiblemente para colmar su ambición unificadora de los reinos germánicos hispanos; asimismo cabe la hipótesis que en estas guerras estuviera subyacente una lucha contra los arrianos suevos que habían alentado las tensiones religiosas y la rebelión de Hermenegildo contra su padre. También se sabe que la conversión al catolicismo de los reyes suevos se produjo en la segunda mitad del s. VI (no hay noticias sobre su fecha exacta,) y que Martín de Braga adaptó sus *Capitula* a las necesidades de la iglesia sueva alterando los textos conciliares para hacerlos más comprensibles a laicos y clérigos a la vez que significa un gran conocimiento de Martín de los concilios griegos¹⁸⁹.

Cap. Martini canon 28: De his quorum uxore moechantur.—Si alicuius uxor in adulterio fuerit deprehensa, hic talis ad ministerium ecclesiasticum nullo modo adducatur.

Canon 76: De adulteriis.—Si cuius uxor adulterium fecerit aut vir in alienam uxorem intruerit, septem annis poenitentiam agant.

no hace falta decir que siempre fueron extraordinariamente provechosas para mí.

¹⁸⁸ Sobre el reino suevo vid. W. REINHARDT, *Historia general del reino hispano de los suevos*, Madrid, 1952; S. HAMANN, *Vorgeschichte und Geschichte der Sueben in Spanien*, München, 1971; C. TORRES, *Galicia sueva*, La Coruña, 1977; L.A. GARCIA MORENO, *España*, cit., 106-109.

¹⁸⁹ El papa San Gregorio Magno llegó a decir que era el hombre con mayores conocimientos de su tiempo, y desde luego conocía bien el Oriente bizantino, además de mantener intensas relaciones con los francos merovingios, estando probada sus contactos con Gregorio de Tours; cfr. M. SOTOMAYOR, *La Iglesia*, cit., 3-23.

Las coincidencias¹⁹⁰ con la *antiqua* de *Lex Wis.* 3.4.3 son notables: *si uxor in adulterio fuerit deprehensa*; no altera nada que en la *antiqua* la situación adúlterina venga expresada en forma negativa: *si uxor... deprehensa non fuerit*. Asimismo el inicio del canon 76 de *adulteriis*, está relacionado con nuestra *antiqua*: *de adulterium uxoris* aunque el concilio de Braga se ocupara en este caso del castigo a ambos adúlteros: siete años de penitencia. Martín de Braga era un extraordinario concededor de las doctrinas conciliares, de la filosofía estoica, y probablemente tenía buenos conocimientos de las fuentes jurídicas usuales para adiestramiento de clérigos y laicos; sin duda tuvieron que existir en la *pars Occidentis* (son famosas las escuelas de la Galia provenzal, y por supuesto hecho indubitado en la *pars Orientis*), escuelas donde se enseñaba el derecho romano vulgar con sus correspondientes manuales para la enseñanza y la práctica judicial¹⁹¹, conocimientos que Martín habría adquirido durante el ejercicio de su abadía en Panonia (actual Hungría) con anterioridad a ser abad de Dumio y posterior obispo de Braga. Estos conocimientos explican la coincidencia entre *Lex Wis.* 3.4.3 ant. y los cánones del concilio de Braga, que según Osaba¹⁹² puede deberse a que en ambos casos se tuvieran como modelo las mismas fuentes, no pudiendo descartarse que Martín de Braga conociera la legislación visigoda comprendida la anterior a Leovigildo.

Un dato sintomático en los cánones citados en la Hispana es la influencia de los concilios de Ancira (a. 314), Neocesarea (mismo

¹⁹⁰ Que plantean diversos interrogantes dice. E. OSABA, *El adulterio*, cit., 98.

¹⁹¹ Vid. P. RICHE, *Education et culture dans l'Occident barbare VI-VIII siècles*², Paris, 1962, 298-300; N. KREUTER, *Römische Privatrecht im 5. Jahrh. nach Christ. Die Interpretatio zum westgotischen Gregorianus und Hermogenianus*, Berlin, 1973, 116-117.

¹⁹² E. OSABA, *El adulterio*, cit., 99.

año) y Nicea (325)¹⁹³. El canon 28 de los *Cap. Martini* recogido en la *Hispana* tiene un contenido que se arrastra desde el canon 8 del concilio de Neocesarea: *Uxoris adultera. virum clericum fieri non licere— Si cuius uxorem adulterium commisisse, cum esset lacus fuerit comprobatum, hoc ad ministerium ecclesiasticum admitti non potest. Quod si clericatu iam constituto ea adulteravit, dato repudio dimittere eum debet; si vero retinere eius consortium velit, non potest suscepto ministerio perfruit*. También es evidente la relación entre el cap. 76 de los *Cap. Martini* y el canon 20 del concilio de Ancira: *De adulteriis— Si quis adulterium commiserit, septe annis in poenitentia completa, perfectioni reddatur secundum pristinios gradus*.

Me parece notable que estos textos no aludan al *ius occidendi* para ser sustituido por una *poena* eclesiástica de incierto contenido: *septem annis poenitentiae*, que puede ser debido a una exclusiva contemplación del atentado contra la moral familiar siempre implícito en el adulterio, que deja en el aire la condena pública que la legislación visigótica somete a la justicia del rey; así sucedía en *Lex Wis.* 3.4.3 ant. que permitía al marido denunciar ante la justicia *ante iudicem* a su esposa adúltera (*si cuiuslibet uxor adulterium fecerit*) por *competentibus signis vel indiciis*¹⁹⁴ (los traductores del *Fuero Juzgo* sustituyeron estos términos por *praesumptiones*) que si en este caso excluye el adulterio flagrante¹⁹⁵, en esta misma ant. para el flagrante consentido por la mujer dispone la entrega de los adúlteros al marido, *ut quod de eis facere voluerit*, y en este mismo sentido 3.4.1 *ut in eius potestate vindicta consistat* que lleva implícito el *ius occidendi*, siguiendo la vieja doctrina tradicional romana republicana ejercitado directamente dentro del estricto ámbito familiar e

¹⁹³ Sobre los concilios griegos vid. G. MARTINEZ DIEZ, *La Hispana*, cit., 106 s.

¹⁹⁴ Según E. OSABA, *El adulterio*, cit., 100, se exigía la prueba ante el *iudex* de tales *signa vel indicia* para evitar acusaciones injustificadas.

¹⁹⁵ En este sentido K. ZEUMER, *Historia*, cit., 250; A. D’ORS, *El Código*, cit., 145 s.

imperial, que a partir de Augusto requería un previo procedimiento judicial para exculpar al homicida¹⁹⁶. Ya hemos visto que 3.4.1 ant. distingue entre adulterio *violenter* en cuyo caso *addicatur marito mulieris*, y el consentido por la mujer en cuyo caso *marito similis sit potestas eis faciendi quod placet*. En ambas *antiquae* 3.4.1 y 3 se encuentra la expresión inicial *si cuiuslibet uxor*, y en la última viene claramente expresado el derecho del marido a acusar el adulterio de su mujer *apud iudicem* siguiendo el procedimiento judicial de la *lex Iulia de adult. coerc.* En mi opinión 3.4.3 tiene un evidente sentido procesal cargando al marido con el deber de aportar pruebas fehacientes que corroboraran los *signis et indiciis* del adulterio de su esposa, porque en caso de adulterio flagrante ambos adúlteros eran entregados al marido burlado. El término *indicium* vuelve a aparecer (entre el 657-667) en la obra (que tiene un preponderante carácter teológico) de Ildefonso, obispo de Toledo¹⁹⁷ y asimismo en *Lex Wis.* 3.2.6; 3.3.1 (que recoge un añadido de Chindasvito), y 3.4.16¹⁹⁸.

También se advierte en los textos visigóticos la influencia de la constitución constantiniana¹⁹⁹ recogida en CTh. 9.7.2 (= LRW 9.4.2), constitución a su vez recogida en *Cod. Iust.* 9.9.29(30). Es importante destacar que Juan de Biclara, obispo de Gerona que había vivido en Constantinopla del 558 al 575, escribió la crónica más importante de la España visigoda identificando a Recaredo

¹⁹⁶ A. TORRENT, ‘*Poena*’, cit., 239 ss. Tengo en el telar un ulterior estudio sobre la *accusatio adulterii* en el derecho visigótico.

¹⁹⁷ Ildefonso De Toledo, *De cognitione baptismi*, c. 33: *Symboli nomen ex Graeco, colatio vel indicum vertitur in Latinum [...] Nam iudicium quod rem ignotam indicet, colatio quod sit communis loquelae definitio.*

¹⁹⁸ Vid. E. OSABA, *El adulterio*, cit., 100.

¹⁹⁹ Fundamental en la *imitatio imperii* visigótica; vid. E. OSABA, *Influenza delle leggi constantiniane nella lex Visigothorum*, en *D@S*, 2, 2002, 1-13; cfr. A. TORRENT, ‘*Imitatio*’, cit.

(596-601) con Constantino, siguiendo el modelo imperial del primer emperador romano católico²⁰⁰, y no sólo en su aspecto publicístico²⁰¹. Si Constantino parece admitir en los procesos de adulterio pruebas externas (no está clara su referencia a las ordalías) se discute si en la legislación visigótica la confirmación de las *suspiciones adulterii* se lograra en virtud de ordalías²⁰², probablemente el de las aguas amargas si es cierto (no hay evidencias) que se siguiera en este supuesto una cita del Antiguo Testamento (*Números* 5,11-31), que Prieto Bances²⁰³ y Alvarado Planas²⁰⁴ pretenden ver en el derecho visigótico. De todos modos las ordalías eran hechos frecuentes en la época medieval para probar la comisión o exoneración de conductas presuntamente delictivas. San Isidoro de Sevilla²⁰⁵ recuerda que Montano, obispo de Toledo y acusado de adulterio, celebró misa con carbones encendidos sobre sus vestiduras sagradas para probar su inocencia. De todos modos en los §§ visigóticos citados no encontramos menciones expresas a las ordalías.

²⁰⁰ Los reinados de Recesvinto y Recaredo se desempeñaron en años turbulentos, pero parece claro que los reyes visigodos a partir de Leovigildo participaban de la *imitatio imperii*; vid. L. GARCÍA MORENO, *La coyuntura política del III concilio de Toledo. Una historia larga y tortuosa*, en *El III Concilio de Toledo. XIV Centenario*, Toledo, 1991, 271-296; J.N. HILLGARTH, *El III concilio de Toledo y Bizancio*, *ibid.*, 297-306. M.R. VALVERDE CASTRO, *Ideología, simbolismo y ejercicio del poder real en la monarquía visigoda: un proceso de cambio*, Salamanca, 2000, 201.

²⁰¹ A. TORRENT, ‘*Imitatio*’, cit.

²⁰² Vid. A. IGLESIA FERREIRÓS, *El proceso del conde Bera y el problema de las ordalías*, en *AHDE*, 51, 1981, 1-221.

²⁰³ R. PRIETO BANCES, *Supervivencias jurídicas. Las “aguas amargas” en el concejo de Ibias*, en *Obra Escrita*, I, Oviedo, 1976, 125-128.

²⁰⁴ J. ALVARADO PLANAS, *Ordalías y derecho en la España visigoda*, en *De la antigüedad al Medioevo. Siglos IV-VIII*, Madrid, 1993, 437-540, especialmente 481.

²⁰⁵ Isidoro Hisp., *De viris illustribus*, c. 2.

Pero si no se encuentran en la legislación visigótica pruebas suficientes de ordalías para esclarecer posibles casos de adulterio, si encontramos la imposición de penas durísimas para la mujer ingenua que mantenga relaciones sexuales con sus esclavos y libertos (*Lex Wis.* 3.2.2 ant.), que por sí mismo ya indica que si ésta era una conducta muy reprobable, su adulterio a juicio de los visigodos de los s. VI y VII tenía que ser penado con igual o mayor dureza, es decir, con el *ius occidendi* ejercitado por el marido burlado que podía hacer lo que quisiera con los adúlteros: matarlos o tomarlos como esclavos.

Lex Wis. 3.2.2: *Si ingenua mulier servo suo, vel proprio liberto se in adulterio miscuerit aut forsitan eum maritum habere voluerit et ex hoc manifesta probatione convincitur, occidatur; ita ut adulter et adultera ante iudice publice fustigentur, et ignibus concrementur. Cum autem per reatum tam turpis admissis quicumque iudex, in quacumque regni nostri provincia constitutus, agnoverit dominam servo suo sive patronum liberto fuisse coniunctam, eos separare non differat: ita ut bonis eiusdem mulieris, aut si sunt de alio viro idonei filii, evidententer obtineant, aut propinquis eius legali successione proficiant. Quod si usque ad tertium gradus defecerit heres, tunc omnia fiscus usurpet; ex tali enim consortio filios procreatos constitui non oportet heredes. Illa vero, seu virigo siva vidua fuerit, penam excipiat superius comprehensum. Quod si ad altaria sancta confugerit, donetur a rege, cui iussum fuerit, perenniter servitura.*

El título 2 del Lib. 3, viene enmarcado en la rúbrica *de ordine coniugali*, y muy probablemente proviene de una constitución de

Constantino²⁰⁶ de los a. 326 o 329 transmitida en CTh. 9.9.1²⁰⁷ a su vez retomada en LRW 9.6.1. Zeumer incluso piensa en una Novela de Artemio (a. 468) *De mulieribus quae servis propriis vel libertis se iunxerunt et naturalibus filiis*, que sin embargo no había recogida en la LRW.

Son muy duras las penas impuestas a las mujeres ingenuas que mantienen relaciones sexuales con sus esclavos y libertos; y la pena a imponer: el azotamiento, muerte o ser quemadas que no aparecen en la constitución constantiniana, se aplica igualmente a viudas y vírgenes cogidas *in fraganti* con el esclavo siempre que este hecho quedase probado. Parece sin embargo asombroso que estas penas puedan soslayarse gracias al asilo que ofrece la Iglesia (medida paliativa, dice Osaba²⁰⁸) de modo que aquellas mujeres viudas o vírgenes pueden ser objeto de asilo; asimismo salvan la vida los esclavos y libertos lascivos que sin embargo pueden ser entregados por el rey a su arbitrio en perpetuo estado de esclavitud; no lo dice el texto, pero es de suponer su entrega al marido de la viuda o al que tenga a la mujer virgen *in sua potestate* (¿hijas solteras?), porque las casadas no tienen esta beneficiosa alternativa debiendo sufrir todo el rigor de la condena: *ius occidendi*.

Hay que destacar la prohibición a los esclavos de matar a los adúlteros, y así lo señala la *Lex Wis.*, norma del propio Recesvinto

²⁰⁶ Analizada por C. DUPONT, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantine. Les infractions*, Lille, 1955, 40-43; T. YUGE, *Die Gesetze im Codex Theodosianus über die eheliche Bindung von freien Frauen mit Sklaven*, en *KLIO*, 6.4, 1982, 145-150; M. NAVARRA, *A proposito della unione tra libero e schiavi nella legislazione cosotantiniana*, en *AARC*, 8, 1990, 433.; W. WALDSTEIN, *Schiavitù e Cristianesimo da Costantino a Teodosio II*, *ibid.*, 123-144; J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (IVe.-VIIe. siècle)*, I: *Le droit impérial*, Paris, 1990, 181 ss.

²⁰⁷ C. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 nach Chirst. Vorarbeit einer Proprographie der christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart 1919 = Frankfurt a. M. 1984, 432.

²⁰⁸ E. OSABA, *L'influenza*, cit., 4.

de quien el título *de adulteriis* sólo recoge dos normas, *Lex Wis.* 3.4.6 y 3.4.18²⁰⁹. Para Zeuner 3.4.6 es claramente obra de Recesvinto, pero en la edición de la Real Academia de la Historia²¹⁰ (Madrid 1815) venía calificada *antiqua*. Sí era *antiqua* el inmediatamente anterior 3.4.5 que regulaba la actuación de los padres o parientes que habían sorprendido a la hija en adulterio flagrante.

Lex Wis. 3.4.6. *Quod servi perventos adulteros occidere non iubetur—Sicut parentibus in domo reppertos adulteros necare conceditur, ita perventos a servi perimi non iubetur. Sed cum eos servi reppererint, sub honesta custodia teneant, donec aut domino domus aut iudici presentandos exhibeant, et detectos certis indiciiis legalis pena precellat.*

Por tanto 3.4.5 y 3.4.6 están tratando del adulterio flagrante, en el primer § sorprendidos los adúlteros por padres o parientes, y en el segundo por los esclavos; si en el primero padres y parientes tenían *ius occidendi*, en el segundo los esclavos *perimi non iubetur*; las circunstancias eran las mismas: parientes y esclavos habían sorprendido a los amantes en adulterio flagrante *in domo*. Se plantea la duda si la referencia a los *parentes* significaba los padres o los parientes de la adúltera, porque del conjunto de la *Lex Wis.* se desprende que el término se aplicaba tanto a unos como a otros; en el *Fuero Juzgo* 3.4.6 es indudable que el término *parentes* se refiere sólo a los padres: *así cuemo nos otorgamos a los padres que puedan matar a los que fazen adulterio en su casa*, que vuelve a reforzar la circunstancia calificativa de haber sido sorprendidos los adúlteros *in domo*, que en mi opinión parece referirse a la *domus mariti*, pero que no excluye que fuera la *domus* del padre de la mujer y porqué

²⁰⁹ *Lex Wis.* 3.4.18, *De inmundicia sacerdotum et ministrorum*.

²¹⁰ Real Academia Española de La Historia, *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid, 1815.

no en la casa del padre del marido?); en cualquier caso desde Augusto la circunstancia del adulterio cometido en la *domus*, y una vez que desde entonces se reprimió el adulterio como *crimen publicum*, era indiferente que se cometiera en la *domus patrisfamiliae* o en la *domus mariti*, y así lo expresa Pap. *lib. sing. de adulteriis* recogido en *Coll.* IV.12.1, del mismo modo que tanto en el derecho romano (Ulp. 1 *de adult.* D. 48.5.22(21); Pap. 1 *de adult.* lib. D. 48.5.23(22)²¹¹; en estos textos parece primarse más al *paterfamilias* de la mujer que al marido que dan muerte impunemente a los adúlteros, pero es una observación no categórica, porque en definitiva de otros muchos textos se deduce la paridad de la *accusatio adulterii iure mariti vel patris*, que hoy en la ciencia romanística vienen calificados como acusadores privilegiados, aunque se añadiera la *accusatio iure extranei* únicamente pasados seis meses desde que padre o marido no ejercieran la acusación por el adulterio flagrante que es lo que recogerá la *Lex Wis.* Esto mismo y con los mismos problemas de interpretación viene señalado en el Fuero Juzgo.

FJ 3.4.6: *Que los siervos non deven matar los que fallan faziendo adulterio-- Assí cuemo nos notorgamos a los padres que puedan matar a los que fazen adulterio en su casa, otrosí defendemos a los siervos que los fallaren en adulterio que non los maten, mas mandamos que los tengan en guarda fata que los presenten al señor de la casa o al juez que los pene segund la ley.*

La *Lex Wis.* 3.4.6 no prohíbe, antes bien da por supuesto, la muerte por los *parentes* a los adúlteros cogidos *in fraganti* en la *domus*, tal como señalaba Ulp. en la *Coll.*, dejando impune la muerte de los adúlteros sorprendidos *in domo parentis aut generi*, lo que podía hacer

²¹¹ Cfr. A. TORRENT, ‘*Poena*’, cit., 271 s.

tanto el padre adoptivo como el biológico²¹², muerte que prohíbe tajantemente a los esclavos que ven limitada su actuación a retener a los adúlteros *sub honesta custodia* hasta entregarlos al *dominus domi* o al *index* que dado aquel indicio cierto aplicarían a los adúlteros las penas correspondientes. Pero no deja de ser significativa la insistencia de la privación del *ius occidendi* a los esclavos ante un adulterio flagrante *in domo*; de una parte se realza la diferenciación entre libres y esclavos imponiéndose a éstos retener dignamente a los adúlteros (*honesta custodia*) antes de entregarlos a la *ira, iustus dolor*, o simplemente venganza por haber sido mancillado el honor de la familia, que también los esclavos debían luchar por mantenerlo, pero este deber no llegaba tan lejos que les permitiera quedar impunes si hubieran ejercitado el *ius occidendi* por su propia iniciativa; está claro que los esclavos también tenían el deber de mantener el *honor familiae* pero dentro de ciertos límites: ni podían matar a los adúlteros ni tampoco tratarles con vejaciones morales o físicas, pues el derecho de matarlos con impunidad que no dejaba de ser penalmente un homicidio sólo correspondía a los consanguíneos de los adúlteros. Vengadores homicidas y adúlteros eran hombres libres que como tales dirimían entre ellos ofensas contra la familia tan graves como el adulterio; da la impresión que los esclavos no podían tomar por su mano restaurar el honor familiar mancillado con la muerte de los adúlteros, pero tampoco se les excluía totalmente de la defensa de la familia a la que servían pues debían retener a los adúlteros con la dignidad debida a su clase, en ningún caso parificando el *status libertatis* de vengadores y adúlteros con los esclavos de la casa.

Quizá asombre este tratamiento destacado y reiterado de la *Lex Wis.* sobre la prohibición a los esclavos *de occidendo adulteros*;

²¹² *Coll.* 4.12.1: *Permittit patri tam adoptivo uam naturali adulterum cum filia cuiuscumque cignitatis domi suae vel generi sui deprehensum manu occidere.*

Osaba²¹³ siguiendo a Nelhsen²¹⁴ entiende que esta limitación a los esclavos que proclama vigorosamente Recesvinto, acaso se deba a un cierto aflojamiento de los vínculos esclavísticos, o desde un punto de vista contrario para reforzar un posible mejor tratamiento de la cuestión esclavística en las legislaciones germánicas, incluida obviamente la visigótica, que Recesvinto pretendió repristinar siguiendo la consideración jurídica del esclavo en Roma que le negaba toda capacidad jurídica aunque no tan peyorativa, porque *Lex Wis.* 3.4.6 ya implica de alguna manera un cierto reconocimiento de algunas competencias legales a los esclavos, pues se les permitía entregar a los adúlteros al *dominus* de la casa o bien llevarlos directamente ante el juez. La ley visigótica no señala los plazos durante los cuales pudieran retener “honestamente” a los adúlteros; en este punto la *Lex Wis.* es más laxa que la regulación romana prevista en el cap. V de la *lex Iulia de adult.* informando Ulp. que el padre o el marido solo podían retener 20 horas al adúltero antes de ponerlo a disposición judicial si no les habían matado *in actu*. También tengo que decir que el § ulpiano ofrece una argumentación mucho más amplia que el escueto *Lex Wis.* 3.4.6 que asimismo sustancialmente aunque de modo acertado sigue la *lex Iulia*.

Ulp. (2 *ad legem Iuliam de adult.*) D. 48.5.26: *Capite quinto legis Iuliae ita cavetur, ut viro adultero in uxorem suam deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa sine fraude sua iure liceat. 1. Ego arbitror etiam in patre id servadum, quid in marito expressum est. 2. Sed et si non in domo sua deprehenditur maritus, poterit retinere. 3. Sed semel*

²¹³ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 281.

²¹⁴ H. NEHLSSEN, *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter, germanisches und römisches Recht in den germanischen Rechtsaufzeichnungen*, Göttingen, 1972, 178-179.

remissus adulter reduci non potest. 4. Quid ergo si evaserit, an reductus custodiri viginti horis possit? et putem hic magis dicendum reductum retineri posse, testandae eius rei gratia. 5. Quid adicitur ‘testandae eius rei gratia’, ad hoc pertinent, ut testes inducat testimonio futuros accusatori deprehensum reum in adulterio.

Otro problema que Osaba²¹⁵ considera fundamental y que no resuelven la *Lex Wis.* 3.45 ant. y 3.4.6 es si la represión del adulterio uxorio debe asignarse a estas leyes o por el contrario debe interpretarse que eran de aplicación fundamentalmente a las hijas solteras, debiendo entenderse que con el paso del tiempo se habría ido delimitando con mayor precisión el hecho que las hijas solteras pertenecían al orden de la *parentalis propinquitatis* y las casadas al *coniugalis ordo*. Según Osaba no hay razones para pensar que esta delimitación ya establecida en la ley de Chindasvinto 3.3.11 no estuviera vigente en la época de su hijo y sucesor Recesvinto, por lo que mantiene Osaba que es dudosa la atribución de esta ley al castigo del adulterio uxorio, puesto que podría pensarse que en época de Recesvinto el padre haría ya cedido el protagonismo del *ius occidendi* al marido de su hija casada. Esta hipótesis no me parece probada, y la propia Osaba reconoce que el problema sigue abierto; no lo dice Osaba pero quizá piense también que el texto de Ulp. reconoce mayor protagonismo al marido que al padre al que parece poner en un segundo lugar después del marido en lo referente a la represión del adulterio. Obviamente Ulp. se está refiriendo a las hijas casadas (*ut viro adultero in uxore sua deprehensum*). Yo no veo inconveniente en aplicar *Lex Wis.* 3.4.6 a las solteras, dado el tratamiento conjunto en otras sedes de la ley visigótica al yacimiento de varón ajeno a la familia con *vergines* que no puede tener otro significado que apuntar a las relaciones sexuales con

²¹⁵ E. OSABA, *El adulterio*, cit., 282.

hijas solteras dependientes bien de su padre o de hermanos que deben preservar tanto su honra como la *dignitas familiae* cuyo “yacimiento” *cum altero viro* constituye un atentado contra la moral sexual familiar, y en definitiva como siempre una represión por “causa d’onore”, expresión de Eva Cantarella al referirse a las fuentes romanísticas que las fuentes conciliares visigodas entienden como atentado a la moral sexual cristiana, aunque sean más benignas –como hemos visto- en el castigo de los clérigos adúlteros en los cánones conciliares.

A modo de conclusiones diré que siguiendo el derecho romano, el marido que matase conjuntamente a los adúlteros queda impune en la *Lex Wis.* 3.4.4 ant. que no hacía otra cosa que recoger el derecho romano vulgar, doctrina que a su vez tenía su antecedente en la *lex Iulia de adult.* con la que Augusto por primera vez convertía el *adulterium* en *crimen publicum* recortando los hasta ahora omnímodos poderes del *paterfamilias* o del marido que castigaban el adulterio *in actu* dentro del seno familiar. Ciertamente que la legislación visigótica parece primar más al marido que mata en el acto a los adúlteros cogidos *in fraganti* o inmediatamente después de haber mantenido la relación íntima siempre que contara con fehacientes *signis vel indiciis*; todavía va más lejos la legislación visigoda porque un añadido de Ervigio a *Lex Wis.* 3.4.4 otorgaba esta primacía al futuro marido una vez establecidos los *sponsalia*, promesa de futuro matrimonio que en el derecho clásico romano estaban totalmente desprovistos de forma y no eran perseguibles judicialmente en cuanto se consideraba ilícito cualquier límite impuesto a la libertad matrimonial²¹⁶, dando lugar su incumplimiento a algunas sanciones sobre todo pecuniarias, panorama que cambió en el derecho postclásico en que por

²¹⁶ A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, 13 reimpr., Madrid, 2008, 539 s.

influencia cristiana el compromiso de futuro matrimonio no solamente hacía surgir un vínculo obligatorio entre los futuros esposos y sus parientes, sino que creaba una relación personal entre los primeros en algún modo equiparados a la condición de cónyuges. El emperador Constantino estableció que las donaciones recíprocas entre los futuros esposos estaban sometidas a la condición tácita del cumplimiento del matrimonio, pudiendo repetirse las donaciones en caso de incumplimiento, no a la parte cuyo incumplimiento impidió la verificación de la boda. Constantino (CTh. 3.5.6) en una constitución dirigida a Tiberiano, *vicarius Hispaniarum*, nos da noticia de una antigua costumbre hispana en que habiendo mediado un beso entre los futuros contrayentes (*osculo interveniente*), en caso de muerte del futuro esposo la otra parte tenía derecho a retener la mitad de lo que se le había donado.

Si el marido puede ejercer con toda amplitud el *ius occidendi* sobre su esposa adúltera y su cómplice, más discutible es el derecho del padre sobre la hija casada. La *Lex Wis.* 3.4.5 ant. reconoció este derecho al padre si sorprendía *in fraganti* a los adúlteros *in domo*, posibilidad que tenía el padre desde época republicana en virtud de aplicación de los *mores maiorum* legitimada –o legalizada– por Augusto, Constantino en una constitución del a. 326 amenaza con la pena de muerte a la adúltera y a su cómplice²¹⁷; a partir de Constantino se tornan más duras las penas del adulterio como se evidencia en las *Paul. Sent.* II.26.14, en el CTh., y de ahí a las leyes visigóticas. Como ya he dicho en otra parte²¹⁸ el agravamiento de la pena en época bajoimperial acaso sea influencia directa de las nuevas ideas sobre la moralidad del matrimonio defendidas por el

²¹⁷ C. 9.9.29-30.

²¹⁸ A. TORRENT, ‘*Poena*’, cit., 281 s.

cristianismo²¹⁹. Desde la *lex Iulia* además se imponían otras penas de orden patrimonial contra los adúlteros amenazando a los adúlteros con la confiscación de la mitad del patrimonio del adúltero, un tercio de sus bienes y la mitad de la dote de la adúltera en caso de *accusatio publica*, constituyendo la gran novedad de la *lex Iulia* la previsión de un minucioso procedimiento de *accusatio* para el caso que a los adúlteros no se les hubiera dado muerte inmediatamente (*in actu*)²²⁰. La *Lex Wis.* siguió las pautas fundamentales de la *lex Iulia* en sus interpretaciones legislativas y jurisprudenciales de la Antigüedad tardía (como se suele llamar por algunos autores a lo que hasta hace poco se llamaba derecho postclásico), incluso agravando las penas como dispuso Chindasvinto en 3.4.12 y 13, que por otro lado alude a una enigmática *pietas paterna*²²¹ liberando del *ius occidendi* a la hija adúltera.

ABSTRACT

Represión del adulterio en las leyes germánicas a la caída del Imperio Romano: *Codex Euricianus*, *Lex Salica*; *Lex Romana Burgundionum*; *Edictum Theoderici*; *Edictum* de Rhotario, *Lex Wisigobotum*: *antiquae* anteriores y modificaciones posteriores, *Codex revisus* de Ervigio, *Fuero Juzgo*. Adulterio *violenter* y adulterio consentido por la mujer casada.

The repression of the adultery in germanic laws in the decline of Roman Empire: *Codex Euricianos*, *Lex alica*, *Lex Romana*

²¹⁹ En este sentido B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano, 1954, 69 ss.; G. BRANCA, *Adulterio*, en *Enc. Dir.*, 1, Milano, 1968, 621; F. AMARELLI, *Spunti per uno studio della disciplina del matrimonio tardo antico*, en *Studi Metro*, I, Milano, 2009, 2.

²²⁰ A. TORRENT, ‘*Poenā*’, cit., 279.

²²¹ Vid. A. TORRENT, ‘*Quaestiones*’, cit.

burgundionum, Edictum Theoderici; Lex Romana Wisigothorum, Lex Wisigothorum with previous antiquae and subsequent modifications, Fuero Juzgo. Adulterium violenter and adulterium consensu by the married woman.

PAROLE CHIAVE

Adulterium, ius occidendi, raptum feminae

ARMANDO TORRENT

Catedrático de Derecho Romano

Universidad Madrid Rey Juan Carlos

armando.torrent@urjc.es

