

Innovaciones posclásicas en materia de *accusatio adulterii*

Carlo VENTURINI

(trad. Martha Patricia IRIGOYEN TROCONIS)

RESUMEN: Se expone aquí una serie de consideraciones de carácter filológico y jurídico sobre los textos donde los juristas clásicos tratan el tema de la acusación formal de la esposa adúltera. Asimismo, se destacan las interpretaciones e innovaciones posclásicas que, junto con el pensamiento cristiano, surgieron al respecto en materia legislativa.

* * *

ABSTRACT: This article deals with a number of philological and juridical considerations on the texts where classical jurists dealt with the formal accusation of the adulterous wife. Further interpretations and novelties that arose along with Christian thought in postclassical legislation are also enlightened.

* * *

PALABRAS CLAVE: *accusatio*, adúltera.

RECEPCIÓN: 5 de marzo de 2003.

ACEPTACIÓN: 6 de mayo de 2003.

Innovaciones posclásicas en materia de *accusatio adulterii*

Carlo VENTURINI

(trad. Martha Patricia IRIGOYEN TROCONIS)

Sumario: 1. *D.*, 48, 5, 12 (11), 10: a los orígenes de una supresión.-2. Tendencias clásicas...-3. ...y valoración de *CTH.*, 9, 7, 6 = *CL.*, 9, 9, 29. Reconsideración sobre *CTH.*, 3, 16, 1... -4. ...a la luz de la evolución posterior.

1. Tengo la impresión de que el texto clave de toda investigación sobre nuestro tema está determinado por Pap., *lib. sing. de adult.*, *D.*, 48, 5, 12 (11), 10:

Volenti mihi ream adulterii postulare eam, quae post commissum adulterium in eodem matrimonio perseveraverit, contradictum est. Quaero, an iuste responsum sit. Respondit: ignorare non debuisti durante eo matrimonio, in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri: sed nec adulterum interim accusari posse.

En su última parte, el fragmento presenta un problema exegético capaz de proyectar un consistente influjo sobre la reconstrucción de la evolución posclásica.

Basándose en el reconocido argumento de su sostenida extrañeza respecto del caso arriba descrito,¹ Levy suprimió en bloque

¹ E. Levy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, 32, n. 1. Se debe tener presente que el estudioso corregía *adulterum* por *alterum* (alineándose, en efecto, sobre este punto con el texto de la *Florentina*: cfr. *Justiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*, reimpr. a cargo de A. Corbino y B. Santalucia, Florencia, 1988, 2, 404 v.) y *accusari* por *accusare*, configurando sobre esta base en

el fragmento *sed ... posse*, mientras que Volterra² invirtió su sentido limitándose a eliminar la partícula *nec*. Sostuvo, en efecto, que el atribuir la negación a una desparpajada intervención bizantina había constituido un pasaje obligado, tomando en cuenta el contraste en el cual, en caso contrario, el pasaje se habría colocado junto a Ulp., 8, *disp.*, D., 48, 5, 2 pr. (donde se destaca la exigencia de *ab adultero incipere*, puesto que la mujer *ante denuntiationem nupsit*), Iul., 86, *dig.*, 48, 5, 5 (que afirma, sin más ni más, la posibilidad de *ream adulterii postulare*, o bien, al adúltero; aquí se trata de una *nupta* que cometió adulterio *in priore matrimonio*, de modo que, bajo este perfil, se presenta análoga a aquella situación de la *vidua*, o bien, a la de aquella que *in viduitate perseverat*: cfr. Ulp., 2, *de adult.*, D., 48, 5, 16, 8), Ulp., 2, *ad l. Iuliam de adult.*, D., 48, 5, 20 (19), 2 (a partir de esta misma regla, el caso se hace extensivo a la hipótesis de una mujer *non nupta* en el momento en que *reus eligebatur*, pero *nupta* al momento de la absolució del supuesto cómplice) y Pap., 15, *resp.*, D., 48, 5, 40 (39), 2 que trata sobre el caso de una difunta, adúltera durante el matrimonio: situación que el jurista considera tal, que pueda el marido autorizar la acusación del cómplice. A tales textos se podría añadir el sucesivo D., 48, 5, 40 (39), 3 que se puede suponer haya influenciado al insigne estudioso y que considera también el caso de una *nupta* para afirmar, esta vez, que la acusación no podía dirigirse a una mujer *priusquam adulter damnetur*, salvo en el caso en que la *denuntiatio* le hubiese sido dirigida *domum* antes de las nupcias (*si nuptias denuntiatio vel ad domum mulieris missa non praecessit*).

Ulp., 3, *disp.*, D., 48, 5, 27 (26) pr. una "Gegenüberstellung" y, al mismo tiempo, valorando la parte final del texto como privada de nexa lógico y sintáctico con la precedente. Sobre este punto, véase la presente discusión en G. Rizzelli, 'Lex Iulia de adulteriis'. *Studi sulla disciplina di 'adulterium', 'lenocinium', 'stuprum'*, Bari, 1997, 291 s., nts. 111-112.

² E. Volterra, "Per la storia del reato di bigamia in diritto romano", en *Studi Ratti*, Milán, 1934, 403 s.

Por mi parte y por el contrario, he sostenido su carácter genuino,³ conclusión que he visto acogida favorablemente por otros estudiosos.⁴

No repito aquí los argumentos antes presentados, los cuales se basan, particularmente, en la confrontación del texto con *C.*, 9, 9, 25 del 293; más bien quisiera retomar el discurso observando que la supresión del *nec* proviene, con una fuerte verosimilitud, de una verdadera y propia petición de principio.

De hecho, apoyando la opinión que he esgrimido, hay que considerar que los textos adoptados contemplan claramente otros tantos casos caracterizados todos por la intervención de matrimonios diversos y sucesivos respecto de aquel en el cual se cometió el adulterio. Esto significa que el nuestro, *D.*, 48, 5, 12 (11), 10, no se opone a ninguno de los fragmentos evocados, cuya disciplina se presenta, por demás, bien conciliada con aquella a la que se hace alusión en *D.*, 48, 5, 40, 1:

Nupta quoque muliere, tametsi lenocinii vir prior non postuletur, adulterii crimen contra adulterum ab extrario poterit inferri,

pasaje a menudo evocado con el propósito de contraponerlo a aquel otro de Papiniano,⁵ pero inoportunamente, a mi parecer, en relación con *CI.*, 9, 9, 11 del 226, donde se lee:

Crimen adulterii maritum retenta in matrimonio uxore inferre non posse nemini dubium est,

³ “ ‘*Accusatio adulterii*’ e política constantiniana (Per un riesame di *CTH.*, 9, 7., 2)”, en *SDHI*, 54, 1988, 74 ss.

⁴ En particular, por G. Rizzelli, ‘*Lex Iulia*’, cit., 86, 123, 290 ss., y por E. Osaba, *El adulterio uxorio en la ‘Lex Visigothorum’*, Madrid, 1997, 53. De manera distinta Th. A. J. Mc Ginn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, New York-Oxford, 1998, 176, el cual, no obstante, no profundiza sobre este punto.

⁵ El contraste, comúnmente afirmado, se ha señalado en relación con F. Gorla, *Studi sul matrimonio dell’adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, Turín, 1975, 99, n. 28, con la procedencia de los dos pasajes, de la masa sabiniana y de la papiniana, respectivamente.

y que, por lo tanto, no hace otra cosa que confirmar la norma, del todo pacífica, según la cual, como constancia del vínculo,⁶ se impedía al marido el ejercicio de la *accusatio adulterii*.

La constitución, por tanto, se limita a llamar la atención sobre una regla válida para toda la época clásica y posclásica, mientras que también el mismo *D.*, 48, 5, 40, 1 (en cuyo ámbito el pasaje *tametsi...postuletur* constituye una puntualización, en el fondo, pedante y, tal vez, fruto de alguna inserción compilatoria) refleja, verosímilmente, la situación particular relativa a una adúltera que ha contraído nuevas nupcias: circunstancia que el pasaje presenta de tal manera que no se puede impedir la sujeción de ella a juicio ni siquiera en ausencia de un preliminar ejercicio de la *accusatio lenocinii* contra el cónyuge precedente, acusado de anticipada tolerancia.⁷ Ni tampoco las cosas cambiarían mucho en el caso de que, según una hipótesis que creo bastante menos verosímil pero que hoy, sobre la base de *Cl.*, 9, 9, 17, 1 del 257⁸ no podría yo excluir, la mencionada acusación de lenocinio debiera entenderse como dirigida contra el actual marido, a condición de que resultase demostrable el conocimiento de la anticipada culpa de la consorte.

Entre dicho pasaje y *D.*, 48, 5, 12, 10 falta, por tanto, el contraste advertido, entre otros, por Mommsen,⁹ y no es el caso de perseguir una conciliación entre los dos textos haciendo refe-

⁶ El texto parece, por tanto, reflejar un principio de carácter general, en vigor aún en la época justiniana y, precisamente por ello, retomado por los compiladores: por consiguiente, no le veo el caso a situarlo en relación exclusiva con el descubrimiento de la mujer en flagrante adulterio, según la hipótesis avanzada de Rizzelli, '*Lex Iulia*', cit., 82 ss.

⁷ Así también Rizzelli, '*Lex Iulia*', cit., 87.

⁸ Donde se indica como susceptible de sufrir la imputación de lenocinio, por parte del marido que *publice adulterio damnatam habet*, también aquel que *adulteram sciens, ut ignorationem simulare non possit, retinet uxorem* y donde, por tanto, se podría considerar contemplado también el caso de que se hubiera casado con una mujer por tener conocimiento de un precedente adulterio cometido por ella.

⁹ Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 697, n. 3.

rencia al *volenti* (que todo deja suponer que se refiere a un aspirante acusador *iure extranei*) al mismo marido de la adúltera.¹⁰

Por lo tanto, en conclusión, en el fondo de esta tesis se encuentra un intercambio sustancial entre la situación de la adúltera conservada en matrimonio por el marido y la adúltera que, después de la disolución del matrimonio manchado por el adulterio, no contrajo un segundo.

Ahora bien, ¿estamos frente a un mero malentendido de los textos? Sería penoso imputarlo a un estudioso de la talla de Edoardo Volterra.

Más bien, pensaría sobre todo, en una especie de forzamiento casi inadvertido, en cuanto que se deriva de una implícita asimilación prejudicial entre las dos circunstancias.

Colocándose en este orden de ideas, diría más bien que es posible reconocer un itinerario lógico preciso, cuyo punto de partida se puede tomar de la consideración, justa en sí misma, del no clasicismo del asunto; según el cual “ove il marito sopporti i falli della moglie, non sia lecito ad alcuno disturbare, mediante accuse di adulterio, il matrimonio”:¹¹ concepto mismo que emerge con claridad del seguramente interpolado Ulp., 3, *disp.*, D., 48, 5, 27 (26) pr.¹² De hecho, parece plausible suponer que, una

¹⁰ Tesis que se remonta a Cujas, *Observationum et emendationum lib. XX, cap. XV: Opera*, I, Prati, 1836, 898 s.; *Ad Titul. IX. Ad L. V: Opera*, 9, Prati, 1839, 2138.

¹¹ Volterra, “Per la storia del reato di bigamia”, cit., 402 s.

¹² *Constante matrimonio ab iis, qui extra maritum ad accusationem admittuntur, accusari mulier adulterii non potest: probatam enim a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accuset*. Me parece que, no obstante las consideraciones contrarias de J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4e-7e siècle)*, 1 (Le droit imperial), Paris, 1990, 159 s., *ab iis, qui extra maritum ad accusationem admittuntur* no puede entenderse de otra manera más que a la luz de la reforma constantiniana atestiguada por CTH., 9, 7, 6 (*infra*, § 3) y que el tono pedagógico de *probatam...inquietare* constituye un evidente indicio de intervención compilatoria. No veo, por el contrario (cfr. “*Accusatio adulterii*”, cit., 105 s., n. 108), por qué deba considerarse “evidentemente interpolaticia” la conclusión *nisi prius lenocinii maritum accuset*, que fue suprimida por M. A. de Dominicis, “Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad

vez establecido este punto, la línea de pensamiento se haya dirigido a mezclar, en una generalizada disciplina referente a la *nupta*, dos situaciones en sí diferentes pero relacionadas, la una, a la adúltera *in matrimonio retenta* y, la otra, a la mujer que, después de la disolución del matrimonio durante el cual el adulterio se había cometido, contrajo nuevas nupcias.

Además, lograba que los pasajes que distinguían entre una y otra circunstancias se redujeran a una lectura unitaria tal que, irremediablemente, hacía aparecer como corrupto un texto que, en referencia al primer caso, impedía la posibilidad de someter a juicio también al cómplice, en contraste con la disciplina descrita en relación con el segundo. Ésta se detiene quedando la no imputabilidad del crimen a la mujer hasta que se haya perpetuado el matrimonio en el cual el adulterio había tenido lugar y, en concordancia con la prohibición de procesar contemporáneamente a los dos adúlteros,¹³ en realidad, reconocía al acusador la facultad de promover, indistintamente, el juicio contra el cómplice o contra la mujer hasta que ésta no hubiese contraído nuevas nupcias *ante denuntiationem*: en este caso, se verificaba, en efecto, la exigencia de *ab adultero incipere* (*D.*, 48, 5, 2 pr.: cfr. *Cl.*, 9, 9, 27 [28] del 295), constituyendo la condena de éste una circunstancia en ausencia de la cual la cónyuge, mientras durara el matrimonio, hacía uso y disfrute de una plena *securitas* (*D.*, 48, 5, 20, 3).

Así pues, sin demasiada dificultad, la simple supresión del *nec* permitía extender la misma norma también al caso de la adúltera cuyo matrimonio se hubiese perpetuado.

accusare 'constante matrimonio' la moglie adultera (a proposito di *Dig.*, 48, 5, 27 [26] pr.)", en *SDHI*, 16, 1950, 224 sobre la base de argumentos que me parecen inadecuados. Una profunda discusión sobre el tema se encuentra en Rizzelli, '*Lex Iulia*', cit., 70 ss.

¹³ Cfr., en particular, *Ulp.*, 8, *disp.*, *D.*, 48, 5, 4 pr.; 2, *de adult.*, *D.*, 48, 5, 16, 8; 8; *Macer*, 1, *publ. iud.*, *D.*, 48, 5, 33 (32), 1; *D.*, 48, 5, 40 (39), 6; *Cl.*, 9, 9, 8 del 224. Diferente era la regla relativa a la persecución del *incestum* (*D.*, 48, 5, 40 (39), 8) sobre cuyo régimen sancionador y procesal se puede ver en S. Puliatti, '*Incesti crimina*'. *Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, 148 ss. y 193 ss.

Esto traía consigo, por otra parte, una serie de implicaciones en las que la Doctrina nunca profundizó y que, viceversa, es oportuno valorar bien. De hecho, ayuda a este propósito, una consideración en sí banal pero muy presente en la literatura retórica, o sea, el hecho de que *potest accusari sola mulier incerti adulterii* (Quint., *Inst. Or.*, 7, 2, 52), sin que resulte plausible también en el plano del buen entender, que el delito en cuestión podía ser contestado por un hombre sin hacer indicación de la cómplice. La eventual condena de él habría implicado, por fuerza, una situación tal que permitiera (yo diría, más bien, que favoreciera) la sucesiva acusación de esta última, la cual, por otra parte, no resultaba formalmente *damnata*, pudiendo, por tanto, resultar un juicio autónomo contra sí y cuyo éxito no estaba del todo descartado, como Ulp., 2, *ad l. Iuliam de ad.*, D., 48, 5, 18 (17), 6 se preocupa por puntualizar:

Exspectabit igitur mulier sententiam de adultero latam: si absolutus fuerit, mulier per eum vincet nec ultra accusari potest: si condemnatus fuerit, mulier non est condemnata, sed aget causam suam, <ut> fortassis et optinere vel gratia vel iustitia vel legis auxilio possit. Quid enim, si adulter inimicitis oppressus est vel falsis argumentis testibusque subornatis apud praesidem gravatus, qui aut noluit aut non potuit provocare, mulier vero iudicem religiosum sortita pudicitiam suam defendet?

En este punto, viene al caso el llamar la atención sobre el hecho de que, en los careos de la mujer, los *tempora accusandi* transcurran *ex die divortii* (Ulp., 4, *de adult.*, D., 48, 5, 30 [29], 5), a partir del cual daba inicio el cálculo de los *sexaginta dies*, o bien, de los *duo menses*, reservados para la promoción del juicio al marido o al padre, sustituyéndolo únicamente al expirar dicho plazo, el posible ejercicio de la acusación *iure extranei* durante los cuatro meses sucesivos.

Por consiguiente, no se ve cómo la mujer pudiese quedar sometida a juicio por parte de un *extraneus* en el caso de no haber habido un *divortium*, en el cual la *lex Iulia* misma identi-

ficaba la condición prejudicial para el ejercicio de la acusación contra ella.

Si todo esto es verdadero, la prohibición de someter a una acusación también al adúltero *constante matrimonio* encontraba, pensándolo bien, una plausible razón de ser en la lógica del complejo mecanismo sancionador: lo cual significa que las palabras finales *sed nec adulterum interim accusari posse* pueden ser adjudicadas sin dificultad a Papiniano. Tampoco debe sorprender demasiado que el jurista, después de haber indicado una circunstancia notoria (*ignorare non debuisti*), haya advertido la exigencia de una puntualización ulterior, completando la respuesta con el enunciado de una regla extraña, verosímelmente, al texto de la ley pero consolidada por efecto de la prolongada actividad interpretativa a la cual él mismo había estado sometido por la jurisprudencia clásica.¹⁴

2. Y sobre lo restante debe decirse que la regla susodicha armoniza bien con la indicación de que, encontrándose en los textos que poseemos, puede venir adscrita en conjunto a la reflexión jurídica de los siglos primero y segundo, ya que ésta se orientaba, según una tendencia que parece posible entrever, a someter la normativa augustea a interpretaciones dirigidas, por lo general, a restringir el impacto sobre la sociedad contemporánea.¹⁵

¹⁴ Deben resaltarse las consideraciones sobre el tema que se leen en Rizzelli, '*Lex Iulia*', cit., 85, s. n. 60.

¹⁵ Sólo en esta perspectiva sigo convencido (por diversos aspectos coherente con tales consideraciones de L. Ferrero Raditsa, "Augustus' Legislation Concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery", en *ANRW*, 2, 13, Berlin-New York, 1980, 282 s., y comparto las reservas de T. Spagnuolo Vigorita, *Exsecranda pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984, 121, n. 2 en torno a la obsesión antitotalitaria e individualista que invade el ensayo) de las específicas soluciones jurisprudenciales expuestas continuamente aquí y la misma evolución posterior a la cual éstas contribuyeron. Mc Ginn, *Prostitution*, cit., 245 s., no comparte mi planteamiento y, en general, el de los estudiosos "who argue that the adultery law was unpopular, like the marriage legislation is supposed to have been, and who want to place the Roman jurists on the side of the angels", alegando como causa las "lamentations about the sexual disorder of the Roman society and call for

A esta tendencia bien puede aunarse la afirmación sobre la prohibición por el *extraneus*, en el caso de una adúltera sospechosa conservada en matrimonio, de ejercitar la acusación también contra el cómplice.

De tal modo, para un tercero deseoso de ejercitar la *accusatio adulterii* resultaba inevitable llevar a cabo el ejercicio de la *accusatio lenocinii* en contra del marido: el cual, por lo demás, bien correspondía a la inspiración de la *lex Iulia*, en cuanto que es verosímil suponer que el legislador, en su intento por estimular aquel incisivo control social que tenía sobre las clases dirigentes romano-itálicas, hubiese impuesto un freno no sólo a la sancionabilidad del *adulterium* o del *stuprum*, sino también a la introducción de una específica responsabilidad penal del marido que no hubiese ejercitado un adecuado control sobre las licencias de su consorte y que, por tanto, no hubiese tomado medidas para una ruptura del vínculo que era prejudicial para la persecución de ésta así como (si nuestra reconstrucción es verdadera) de su cómplice por parte de él mismo, del suegro o, en caso de su inacción, de extraños, pero que no estaba exenta de efectos desagradables de naturaleza patrimonial. El *repudium* implicaba, de hecho, una obligación de restituir la dote, la cual podía darse totalmente o en parte, y se desahogaba no sólo en la averiguación judicial del *adulterium* cometido sino también por su clara idoneidad para

reform” que se encuentran en los autores literarios anteriores o contemporáneos y poniendo en evidencia el hecho de que la *lex Iulia de adulteriis coercendis* representa “the only special criminal *lex* on which the jurists wrote monographs”. Por otra parte, a propósito, quiero observar que el análisis jurídico de un texto legislativo (y, con mayor razón, el de un texto legislativo provisto de resonancia tal que inspiró tratamientos monográficos) asume siempre un obvio carácter aséptico, y está falto, por lo general, de toda crítica explícita y, sobre todo, ardua y contraproducente en relación con las medidas declaradamente inspiradas en la tutela de valores morales no controvertibles. Sin embargo, ésta nunca es neutral y la actitud de favor o desfavor contra la medida debe inferirse del resultado práctico acorde a la interpretación de cada una de las normas, es decir, del efecto extensivo o (como en nuestro caso) restrictivo que de ella se desprende por lo que toca a su concreta aplicabilidad.

hacer emerger una *culpa mulieris*¹⁶ susceptible de ser confirmada sólo por efecto de una *comparatio morum* que, inevitablemente, se habría extendido a los *mores* del marido (Ulp., 2, *de adult.*, D., 48, 5, 14 [13], 5) con todos los riesgos del caso y, en particular, con aquel de hacer emerger —si no otro a guisa de una retorsión femenina de la ex consorte sometida a juicio— ciertas tolerancias deplorables, de las cuales la adúltera no podía sacar provecho (D., 48, 5, 2, 4-5) pero que eran, si acertadas, idóneas para justificar la irrogación, también de oficio, de aquella *poena lenocinii* (D., 48, 5, 2, 6) cuyo temor lo había inducido al divorcio.

Por otra parte, se trataba de un temor que no debía sentirse demasiado. En atención a una tendencia que conduce a mantenerse armónicamente con los principios generales del derecho criminal romano y, por tanto, del todo ortodoxa, la jurisprudencia había preparado, de hecho, la posibilidad de extender al *lenocinium* aquel mismo requisito del *dolus malus* de la *lex Iulia* previsto en relación con el *stuprum* y con el *adulterium* (Ulp., 1, *de adult.*, D., 48, 5, 13),¹⁷ complicando las cosas en el plano probatorio.

En efecto, hay que considerar que la medida *augustea* preveía en un modo explícito una *poena* a cargo del marido en tres hipótesis, sometidas a una revisión analítica en Triph., 3, *disp.*, D., 4, 4, 37, 1.

¹⁶ La cual se convertía, por regla, en sede de una *actio rei uxoriae* lo mismo que en presencia de pactos específicos que tenían por objeto el destino de la dote en caso de divorcio, el presupuesto necesario para la aplicación, en un caso, de las *retentiones propter liberos* (Cic., *Top.*, 4, 19; *Fragm. Vat.*, 107; Tit. Ulp., 6, 9-10) y, en el otro, para la conservación, en su totalidad por la existencia de hijos o en parte, de la dote a favor del marido (Paul., 35, *ad ed.*, D., 23, 4, 12, 2; *Fragm. Vat.*, 120). Sobre el tema y, en general, sobre los efectos de naturaleza patrimonial consecuentes a la condena de la adúltera, remito a '*Accusatio adulterii*', cit., 89 s., y a "Matrimonio, divorzio, ripudio: premesse romanistiche ad una problematica attuale", en *Nova tellus*, 6, 1988, 178 s.

¹⁷ Cfr. también el caso particular presentado en Gai, 3, *ad l. duodecim tab.*, D., 48, 5, 44 [43], para cuyo análisis remito a "Divorzio informale e 'crimen adulterii' (Per una riconsiderazione di D., 48, 5, 44 [43])", en *Iura*, 41, 1990, 25 ss.

La primera, relativa al caso del matrimonio contraído con una mujer ya *adulterii damnata* en relación con un matrimonio precedente o que no hubiese disuelto el vínculo una vez dictada su condena (cfr. *D.*, 48, 5, 30 [29] pr.; *D.*, 48, 5, 12 [11], 13), no presenta excesiva dificultad, pudiendo la eventual acusación de lenocinio basarse en el dato objetivo representado por la condena dictada.

Mayor atención ameritan la segunda y la tercera, que contemplaban, respectivamente, la obtención de un lucro *ex adulterio uxoris* (*D.*, 48, 5, 2) y el haber conservado en matrimonio a una mujer *in adulterio deprehensam*: este último caso perfeccionado en *D.*, 48, 5, 30 (29) pr. con una concomitante alusión al *adulterum dimittere*, renunciando a valerse de la posibilidad, puesto que lo ofrece la ley, de retenerlo *horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa*, extensiva al caso en que la *deprehensio* hubiese tenido lugar *non in domo sua* (Ulp., 2, *ad l. Iuliam de adult.*, 48, 5, 26 [25] pr.; 2).

En efecto, hay que considerar que las dos mencionadas modalidades de realización del ilícito resultan sujetas a interpretaciones en buena parte restrictivas tales que condujeron a la jurisprudencia a circunscribir el recurrir de la una al caso en que el marido *quid accepit ut adulteraretur uxor*, con lo cual acababa por cometer un *lenocinium in uxore* tal que la convertía en una especie de *meretricium* (*D.*, 48, 5, 30 [29], 3-4)¹⁸ y a anclar la otra a la sorpresa *in flagrante*, quedando así circunscrita la sancionabilidad de la tolerancia marital al único caso en el cual

¹⁸ Con el que venía excluido, en particular, el eventual provecho que el marido hubiese podido conseguir (¿por qué no?) de la mujer misma a cambio del propio silencio. Sobre este punto, se encuentran consideraciones precisas en Volterra, "Alcune innovazioni giustinianeae al sistema classico di repressione dell'adulterio", en *Rend. Ist. Lomb.*, 63, 1930, 188 s. = *Scritti Giuridici*, 1 (*Famiglia e successioni*), Napoli, 1991, 335 s., cuyas sospechas sobre la autenticidad del inciso *meretricio quodam genere* no son adecuadas, y por tanto, no son compartibles, pues se basan en razones estilísticas discutibles y en un supuesto contraste con la parte precedente del pasaje; cfr. también Rizzelli, '*Lex Iulia*', cit., 141.

ésta fuese impelida a la pacífica y, tal vez, gratificada (*D.*, 48, 5, 30 [29] 2) *dimissio* del adúltero.

Con esto se conseguía la no punibilidad del marido que hubiese podido *excusare ignorantiam suam*, o bien, *adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis* (*D.*, 48, 5, 30 [29] pr.), así como la de quien *patiatur uxorem suam delinquere non ob quaestum, sed neglegentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem* (§ 4): pasajes, estos, extractados ambos por los compiladores por ser, evidentemente, armónicos con su pensamiento pero sujetos a una valorización del dolo coherente bajo la dirección de la jurisprudencia clásica y de los cuales, por tanto, no parece correcto desentenderse identificándolos como otras tantas interpolaciones.¹⁹

Por consiguiente, en suma, hay que atribuir a la *accusatio lenocinii* una eficacia mucho menos incisiva que la que el legislador había previsto.

Igualmente hay que subrayar una circunstancia ulterior, a saber, la inoportunidad de configurar el repudio de la adúltera al momento inicial del ejercicio de la *accusatio adulterii* por parte del marido: postura desarrollada, sobre todo, por Volterra.²⁰ De hecho, las fuentes configuran, sin duda alguna, la disolución del matrimonio no ya como el momento inicial de la *accusatio adulterii*, sino, como hemos visto, como condición prejudicial para el ejercicio de la acusación, sea *iure patris vel mariti* o *iure extranei*, sin admitir ninguna consecuencia al verificarse el *divortium* por efecto de la voluntad unilateral del marido, de la mujer o de ambos. Basta recordar, al propósito, Ulp., 4, *de adult.*, *D.*, 40, 9, 12 pr.-1 y 40, 9, 14, 1-4, donde, en relación con la prohibición de la manumisión de esclavos para evitar su sometimiento a tortura en función probatoria del adulterio, indistintamente se señala así a la mujer *quae divertit* así como a aquella

¹⁹ Cfr. '*Accusatio adulterii*', cit., 79 s., n. 43.

²⁰ "Intorno a *D.*, 48, 5, 44 [43]", en *Studi Biondi*, 2, Milano, 1956, 132 = *Scritti Giuridici*, 2 (*Famiglia e successioni*), Napoli, 1991, 528.

que *repudio dimissa sit*, más allá del caso en que *bona gratia finierit matrimonium*.

Si esto es verdadero, parece espontáneo admitir que, en el derecho clásico, el divorcio y la *accusatio adulterii* se colocaban entre sí en una relación de recíproca autonomía, constituyendo, el primero, una condición formal para el posible cumplimiento de la segunda.

3. Ahora es pertinente observar que, calculado bien todo, la acusación *iure extranei* debía recibir una aplicación bastante limitada, por un conjunto de razones derivadas en parte de la ley y en parte del aspecto de la jurisprudencia ya señalado. Bajo el primer perfil, no carece de significado el hecho de que los *sexaginta dies* reservados a la acusación del marido o del padre de la mujer coincidieran con el periodo de tiempo que transcurría para ello desde el *dies divortii* (*D.*, 40, 9, 14, 1) para proceder a la venta o a la *manumissio* de los esclavos pertenecientes a los dos adúlteros o de los destinados al servicio de la mujer: norma que se refería al intento, por parte del *legis lator* (40, 9, 12 pr.: cfr. § 1: *ita lex scripta est*), de impedir el sometimiento de éstos a una *quaestio* con el objeto de adquirir elementos de prueba:²¹ disposición que desde tiempos de Trajano se extendió a los esclavos del marido (*Ulp.*, 8, *off. Proc.*, *D.*, 48, 18, 1, 11; 17 pr.; *CI.*, 9, 9, 6 del 223; *Coll.*, 4, 11, 1). Al parecer, la extensión de la posibilidad de *servos in adulterii quaestione contra dominum interrogari* incluyendo *extrario accusante* por parte de Marco Aurelio (*Pap.*, 16, *resp.*, *D.*, 48, 18, 17 pr.) incidió en la duración de la prohibición de *alienare vel manumittere* a los esclavos mismos. Mediante el recurso a emancipaciones o ventas precipitadas, resultaba ágil sustraer del eventual acusador *iure extranei* este medio de prueba, al cual un rescripto de Adriano confirmó que debía volverse un recurso tan sólo *cum suspectus est reus et aliis*

²¹ Profundiza sobre este punto A. Mette-Dittmann, *Die Ehegesetze des Augustus. Eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps*, Stuttgart, 1991, 50 ss.

argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio servorum deesse videatur (Ulp., 8, *de off. procons.*, D., 48, 18, 1, 1) pero para el cual la *ratio* había admitido el recurso *etiam extraneo accusante*, justamente *quoniam non facile tale delictum sine ministerio servorum admitti creditum est* (Coll., 4, 11, 1).

Bajo el segundo, el principio general, retomado de la *lex Iulia* según el cual, en caso de haber más aspirantes para la acusación, debía tener lugar la preliminar *divinatio* para la selección del acusador más idóneo (D., 48, 5, 2, 9), venía interpretado en el sentido de que en ella podían participar también el marido y el padre de la mujer (CI., 9, 9, 6 pr.) y que al *maritus superveniens*, con tal que no fuese *neglegentia praeventus*, le fuese permitido promover personalmente el juicio también en el caso en que *ante extraneus instituerit accusationem* (Ulp., 8, *disp.*, 48, 5, 4, 2).²²

Estas circunstancias, unidas al hecho de que el acusador *iure extranei* era siempre expuesto, a diferencia del marido y, hasta la época de Constantino, del padre, a las sanciones conexas a la *calumnia*,²³ debían ejercitar, forzosamente, un consistente efecto

²² Importantes observaciones sobre el tema se pueden leer en F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, Cagliari, 1996, 203 ss., 217 ss., 221 ss., 404.

²³ Sobre este punto me parece plausible la observación de G. Zanon, *Le strutture accusatorie della 'cognitio extra ordinem' nel principato*, Padua, 1998, 77, según la cual el indicio de Triph., 3, *disp.*, D., 4, 4, 37, 1 sobre los sesenta días *in quibus iure mariti sine calumnia vir accusare mulierem adulterii potest* podría relacionarse con el ejercicio de la acusación *ex suspicione*, la cual "per sua natura, implicava il venir meno del *periculum calumniae*" (cfr. también *ibid.*, 67 s.). Es un hecho, sin embargo, que el texto no contiene indicios en tal sentido y que CTH., 9, 19, 4 del 376, reproduzca con modificaciones en CI., 9, 22, 23, después de haber referido a dichas leyes anteriores, entre las cuales la *Iulia de adulteriis*, la introducción de la modalidad procesal idónea a permitir *ut possit etiam sine inscriptione cognosci, poena tamen accusatorem etiam sine sollemnibus occuparet*, continúa recordando que ya un rescripto de Antonio Pío (sobre el cual se puede ver V. Marotta, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milán, 1988, 274 s., n. 61) había reconocido al juez, en este campo, una *potestas* que no debía, me parece, quedar separada de discrecionalidad también en la irrogación de la *poena calumniae* al acusador que no hubiese podido probar la veracidad de la acusación, según una sobresaliente tradición atestiguada de varias maneras; cfr. D. Centola, *Il 'crimen*

disuasivo, tanto más que no debía ser fácil para el *extraneus* llegar a la condena de la adúltera sin la colaboración del marido, el cual, si no hubiese tenido el deseo o el interés, hubiera preferido, evidentemente, llevar a cabo él mismo la acusación.

A propósito, debe añadirse que una práctica introducida en el transcurso del siglo primero había en gran parte obviado las incomodidades que ya hemos resaltado, hipotéticas en relación con el marido mismo.

Me refiero a la acusación *ex suspicione*, sobre la cual es necesario decir algunas palabras.

Es preciso recordar que las menciones más remotas se encuentran en Séneca el Rétor y en Quintiliano,²⁴ acompañadas de indicios que muestran cómo ésta pudo haber tenido lugar antes que la *quaestio perpetua* creada por Augusto, sin diferenciarse de la acusación fundada en la flagrancia en cuanto a las modalidades formales del desarrollo del juicio.²⁵ No obstante, a propósito de ésta, una evolución decisiva debió haber tenido lugar en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*. De hecho, es indudable que ésta continuó tomando prestado de las antiguas *leges publicae* el carácter acusatorio de los juicios y que, por otra parte, determinó la paralela valoración de un modelo procesal diferente, en cuyo fondo se encontraban una decidida acentuación del papel del inquiriente y la obliteración, por lo menos parcial, de las antiguas reglas del procedimiento. La acusación *ex suspicione*, originada, pues, de la presentación del *libellus* expresamente escogido y de la correlativa *inscriptio* a la par de aquella acusación (según el ejemplo mencionado en Paul., 3, *de adult.*, D., 48, 2, 3) de la mujer *in adulterio deprehensa* o de su cómplice, no pudo no asumir una fisonomía parcialmente distinta, traducándose en la

calumniae'. *Contributo allo studio del processo criminale romano*, Nápoles, 1999, 111 ss. En este sentido parece orientado también el análisis del texto realizado por S. Pietrini, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milán, 1996, 79, n. 109.

²⁴ Reseña de textos en Mette-Dittmann, *Ehegesetze*, cit., 117 ss.

²⁵ '*Accusatio adulterii*', cit., 92 ss.

sujeción, por parte del inquirente, de elementos indiciarios susceptibles de ser examinados por efecto de la dialéctica acusación-defensa pero idóneos también para estimular una actividad pura de oficio,²⁶ tal que acercara la función del *libellus* a aquella propia de las *delationes* que han sido objeto de una difundida censura por parte de las fuentes.

En este punto, es oportuno subrayar

- que la acusación *ex suspicione*, justamente en cuanto que quien la ejercitaba no se proclamaba cierto de la efectiva culpabilidad de la persona sujeta a juicio por su iniciativa, era en sí incapaz, por lo menos como principio, de revestirse de un carácter doloso: su promotor podía, por tanto, sustraerse fácilmente a los efectos desfavorables reconducentes a la *inscriptio* y, en general, a la faltante prueba del ilícito;
- que el marido habría intentado dicha acusación contra la consorte conseguía un doble efecto favorable, en cuanto que no sólo no era obligado a la disolución del vínculo, sino también era sustraído a toda responsabilidad personal por *lenocinium*, en cuanto

crimen lenocinii contrahunt, qui deprehensam in adulterio uxorem in matrimonio detinuerunt, non qui suspectam adulteram habuerunt,

como se lee en *CI.*, 9, 9, 2 del 199.

Tal vez no es demasiado arriesgado adelantarse a suponer que la práctica en cuestión también hubiese podido dar lugar a acuerdos conyugales deplorables, orientados a favorecer una actitud tal del marido, que fuera capaz de producir, a través de una acusa-

²⁶ Acerca de esto, en el contexto contemporáneo, “la persecuzione d’ufficio dei reati è ammissibile sempre, per impedire che dei fatti criminosi possano rimanere impuniti (anche in assenza di accusatori), pur rimanendo l’*accusatio* il cardine della repressione criminale” (A. Biscardi, “Inquisitio ed accusatio nel processo criminale ‘extra ordinem’”, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 1, Madrid, 1990, 236).

ción mal hecha, la absolución de la consorte, ventajosa para ambos, incluso en la prospectiva de un futuro divorcio precedido de una sentencia absolutoria que, en virtud de la eficacia de la *res iudicata*, los habría dejado inmunes al riesgo de sufrir persecuciones peligrosas que podrían ser intentadas por terceros.

No es ni siquiera difícil admitir que la acusación *ex suspicione* intentada por estos últimos fuese susceptible de venir a menos, por su parte, al nivel de simple actividad delatoria, frecuente en éste y en otros campos pero, al mismo tiempo, destinada a permanecer privada de seguimiento, como parece demostrar el episodio descrito en Cass. Dio., 76, 16, 4.

4. En este punto, mucho menos incisivas se presentan, a primera vista, las innovaciones contenidas en *CTH.*, 9, 7, 2 del 326, consistentes

- en la preliminar afirmación relativa a la reconsideración del *adulterium* entre los *publica crimina*, cuya represión podía tener lugar también como consecuencia de una simple *delatio*, operada por cualquiera;²⁷
- en la reserva de la acusación *iure extranei* a las *proximae necessariaeque personae*, o sea, a los allegados mencionados, y en su preclusión a los *extranei*;
- en el reconocimiento al marido, en razón de una consolidada disciplina ya admitida por los *veteres principes*, del derecho de ejercitar la acusación *intra certa tempora* sin sujetarse al *vinculum inscriptionis* y de la posibilidad de *ex suspicione... ream coniugem facere*.

²⁷ No estaría de acuerdo en todo ni por todo con Pietrini, *Iniziativa*, cit., 65 s., n. 88, seguida por Rizzelli, '*Lex Iulia*', cit., 101, n. 112, en valorar la *delatio*, de la cual he dado señas, como coincidente sin más ni más, con la *accusatio* poco después mencionada, argumentando "fra l'altro, dallo stretto raccordo fra tale espressione ed il successivo *copiam accusandi*". De hecho, el texto afirma que *no obstante* el reconsiderar el adulterio como uno de los *publica crimina* que admiten la *delatio* abierta a todos, *sin embargo*, en el caso concreto, viene concedida la facultad de ejercitar la acusación (*copiam accusandi*) sólo *proximis necessariisque personis*. La frase puede entenderse de dos maneras, o sea, pensando que el legislador haya querido indicar la primera circunstancia refiriéndola, en general, a los *crimina publica*

El carácter demasiado limitado de las descuidadas modificaciones con las cuales la constitución está reproducida en *CI.*, 9, 9, 29,²⁸ permite, mientras tanto, observar que la normativa descrita permaneció en vigor hasta la emanación del *Codex repetitae praelectionis* y constituyó, por tanto, el eje portador de la represión del *crimen adulterii* a través de toda la época posclásica, hasta las posteriores reformas introducidas por las *Novelas* justinianeas.

Examinando, pues, cada uno de los tres puntos que hemos indicado, parece plausible admitir que el primero correspondía, en sustancia, a una reafirmación de la calidad de *crimen publicum* del delito tenido como objeto de reclamación no obstante las modificaciones procesales introducidas *ne volentibus temere liceat foedare conubia*: finalidad indicada como idónea para justificar la sucesiva medida, a la cual me gustaría asignar un carácter compromisorio, en cuanto que estaba dirigida a conservar la acusación *iure extranei* (tenida, evidentemente, como ineliminable, una vez calificado el ilícito en el sentido arriba mencionado) pero también a restringir a un número limitado de

para sancionar, después, su exclusión en relación con el *crimen adulterii* o bien, (como me parece preferible) distinguir entre *delatio*, entendida como una actividad genérica informativa permitida también en relación con este último, y *accusatio*. Por tanto, termino dejando el hecho de que, bajo el plano práctico, la constitución tuvo el efecto concreto de restringir al marido y a los familiares mencionados la iniciativa contra la adúltera (Osaba, *Adulterio uxorio*, cit., 73 s.), parece lícito pensar en la persistencia sobre la materia, por lo menos en el ámbito de la cancillería imperial, de una formal distinción entre estas dos actividades, destinadas a confundirse (B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milán, 1998, 244 s., 264 s.). Es de señalar la observación de F. Botta, *Legittimazione*, cit., 49.

²⁸ Constituidas por la mención de la *poena gladii*, decretada contra los *sacrilegos nuptiarum* en lugar de la *poena cullei*, o bien, de la “vivicombustión” a su cargo en *CTH.*, 11, 36, 4 del 339, y de la repetida mención del padre entre los legitimados para la acusación: circunstancia que es seguida por De Dominicis, “Punti di vista in tema di fonti non classiche”, en *Studi Biondi*, 2, Milán, 1965, 637 s., para un realineamiento del derecho de ejercitar la acusación al factor natural, superando la disparidad relevante de opiniones entre juristas en la época clásica (Volterra, *Per la storia dell' "accusatio adulterii iure mariti vel patris"*, Città di Castello, 1928, 40 s. = *Scritti Giuridici*, 1, cit., 40 s.).

sujetos la facultad de ponerla en práctica. En el tercero, en fin, parece posible distinguir la adopción de una praxis ya introducida y convalidada por constituciones anteriores, para ser sucesivamente objeto de mención explícita, con un mero fin clarificador,²⁹ en la versión justiniana de la misma disposición constantiniana, donde se nota la añadidura dirigida a sancionar la posibilidad (también ésta, por cierto, no nueva) para el marido de *penes se detinere* a la mujer *si tantum suspiciatur*, o sea, de disolver el vínculo sólo una vez comprobado, por vía judicial, el adulterio cometido por ella.

Por tanto, podemos afirmar tranquilamente que la constitución, lejos de perturbar la adelantada disciplina, se limitó, más que nada, a recibir adecuaciones de fondo, provistas de consistentes reflejos sobre el plano, sobre todo, procesal, que ésta había ya recibido en el curso de los tres siglos precedentes.

Bajo una luz diferente hay que leer, según yo, la conocidísima *CTH.*, 3, 16, 1 del 331, llegada a nosotros en una redacción procedente, con probabilidad, de una recomposición de proveniencia eclesiástica y caracterizada por una indiscutible entonación predicadora.³⁰ Por otra parte, el hilo conductor del texto puede tomarse sin mucha dificultad en el intento de contrastar no tanto la disolución consensual del matrimonio (sobre el cual no se ha hecho ninguna mención)³¹ cuanto el repudio unilateral,

²⁹ Así Pietrini, *Iniziativa*, cit., 68, n. 91. No diría, por tanto, que estamos en presencia de una de las “gravísimas interpolaciones” señaladas por Volterra, “*Accusatio adulterii*”, cit., 56 = *Scritti*, 1, cit., 272.

³⁰ Sobre el punto, así como sobre el señalamiento de las diferentes posturas relativas a la medida en que la disposición puede considerarse inspirada en los ideales cristianos, remito a “La ripudianda (in margine a *CTH.*, 3, 16, 1)”, en *BIDR*, 91, 1988, 255 ss., nts. 4, 5 y 13.

³¹ Hecho que no justifica el autorizado punto de vista de R. Yaron, “De divorcio varia”, en *TR*, 32, 1964, 550 relativo a la incompatibilidad del divorcio consensual con la inspiración ideológica de la constitución. Por otra parte, es significativo que la *lex Romana Burgundionum* haga preceder la reproducción de las justas causas de divorcio previstas por la ley de Constantino (21, 2; 3) de la afirmación *consensu partis utriusque repudium dare et matrimonium posse dissolvi* (21, 1).

reafianzando su licitud a causas probatorias, previstas por los dos cónyuges en un número reducidísimo, en razón de una prejudicial de tipo abiertamente ideológico, y correspondientes, con toda verosimilitud, a una más amplia casuística artificialmente reducida. Su carencia comportaba la irrogación de sanciones específicas, identificadas por el hombre no sólo por la obligación de conferir a la repudiada la dote íntegra recibida en su momento, sino también, en caso de nuevas nupcias, una pena patrimonial correspondiente a la acumulación de la dote de la nueva esposa. La mujer repudiante quedaba, por el contrario, sujeta no sólo a la pérdida total de la dote y de las donaciones antenuptiales, sino incluso a una amenazada *deportatio in insulam*. Esto significa que las previstas medidas sancionadoras se colocaban, en relación con el hombre, en una línea parcial de continuidad con la tradición pagana, de la cual, en el caso de repudio referible a la iniciativa femenina, se destacaban profundamente.

La sujeción del primero a la restitución de la dote íntegra correspondía, de hecho, a una medida relacionada con el divorcio efectuado en ausencia de una *culpa mulieris* y, por tanto, la novedad introducida por la constitución quedaba circunscrita a una clase de pena patrimonial privada que correspondía a la esposa en caso de nuevas nupcias con una mujer provista también (lo cual no siempre se dice) de dote.

En cambio, para aquella que tuviese al marido *dimissus* se preveía, por un lado, presumiblemente, la pérdida total de la dote³² a favor de él³³ (circunstancia comprobable en el derecho clásico, caso por caso, sólo en presencia de un específico pacto dotal, de hijos y de *culpa mulieris*) y, por el otro, una sanción extraña al sistema de las penas legales³⁴ tal, que impedía a la

³² La circunstancia es aclarada en la *interpretatio* visigótica: *si haec crimina mulier non potuerit adprobare, hac poena multatur, ut et dotem, quam dederat vel pro ipsa data fuerat, et donationem, quam pepercit, amittat.*

³³ *Ripudianda*, cit., 268 s.

³⁴ Sobre el punto cfr. '*Accusatio adulterii*', cit., 88, n. 61.

mujer del antiguo derecho disolver el matrimonio por elección propia.

Este hecho encuentra correspondencia con el señalamiento de Pseudo Agustín (*Quaest. Veteris et Novi Testamenti*, 115, 12: Souter, 322), enfático y atravesado por una especie de vena ‘terrorística’ en cuanto a las confrontaciones del marido, según el cual

Ante Iuliani edictum mulieres viros suos dimittere nequibant, accepta autem potestate coeperunt facere quod prius facere non poterant; coeperunt enim cotidie licenter viros suos dimittere,

que permite adjudicar al breve reino del Apóstata una reacción, atestiguada también por *CTH.*, 3, 13, 2, a la precedente tendencia reflejada en la constitución constantiniana y destinada a ser reprimida rápidamente después del efímero paréntesis juliano.

Interesa sobre todo observar, por lo tanto, que *CTH.*, 3, 16, 1, contrastando la práctica de la unilateral disolución del matrimonio y, en particular, del *repudium* operado por la esposa, se ponía en sintonía con un señalamiento largamente presente en la literatura patristica (baste recordar la prohibición cristiana de repudiar *uxores litigiosas, iniuriosas, imperiosas, fastidiosas et ad reddendum debitum coniugale difficillimas* al cual hace alusión San Agustín³⁵ y que encuentra una cierta asonancia con la prohibición paralela, contenida en nuestra constitución, por la esposa de *marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario*) y en los cánones conciliares,³⁶ sin adecuarse aún a aquélla, sino hasta afirmar la ineficacia del *repudium* mismo.

³⁵ Augustin, *Coniug. Adult.*, 2, 10, 9 (*Oeuvres de Saint Augustin*, 2 [Problèmes moraux], a cargo de G. Combès, París, 1948, 198).

³⁶ Sobre el punto hay que destacar, además de F. de Martino, “Chiesa e Stato di fronte al divorzio nell’età romana”, en *Festschrift Flume*, Köln, 1978, 137 ss. = *Diritto, economia e società nel mondo romano*, 1 (*Diritto privato*), 671 ss., la puntual investigación de O. Vannicchi Forzieri, “La risoluzione di matrimonio mrl

En este punto, el texto refleja, por tanto, un compromiso entre la orientación cristiana y la sociedad laica o, por decirlo mejor, entre la exigencia de una reforma a las costumbres, sostenida por el pensamiento confesional contemporáneo, y la traducción de ésta al terreno legislativo, en la que se buscaba evitar la subversión de los principios tradicionales pero, dirigida sobre todo, a la represión de comportamientos tenidos como dignos de sanción por motivo de su censurabilidad sobre el plano moral.

Al mismo tiempo, la constitución inauguraba la tendencia, destinada a consolidarse también ella misma, a estimular la acusación entre cónyuges con el fin de favorecer la represión de determinados crímenes,³⁷ cuyo elenco fue incrementándose primero, implícitamente, a través del indeterminado señalamiento sobre los *magna crimina*, contenido en *CTH.*, 3, 16, 2 del 421, y después en el analítico elenco que se encuentra en *Cl.*, 5, 17, 8; 9; 10; 11.

El adulterio, un tiempo perseguible sólo previa disolución del matrimonio, venía, así, a asumir la condición paralela de causa justificada del divorcio: al mismo tiempo, todo hace suponer la permanencia de la sujeción a la *accusatio lenocinii* del marido que no hubiese provisto la ruptura del vínculo con la adúltera.³⁸

Por tanto, por efecto de antiguas normas y nuevos frutos de inspiración diversa, daba lugar a una disciplina objetivamente compleja y todavía, para ciertos aspectos, no del todo clara. En el fondo, aún me parece que se puede tomar una especie de doble régimen, identificable, por una parte, por la perpetuación de la

IV-V secolo. Legislazione imperiale e pensiero della Chiesa”, en *Atti e memorie dell’Accademia Toscana di Scienze e Lettere ‘La Colombaria’*, 50, 1985, 72 ss., 102 ss. y 144 ss., en tanto que una útil reseña de fuentes se encuentra en E. Ruiz Fernández, *El divorcio en Roma*, Madrid, 1988, 80 ss.

³⁷ *Ripudianda*, cit., 270 s.

³⁸ De hecho, ningún elemento apoya la tesis de Volterra, v. “Matrimonio (diritto romano)”, en *Enc. Dir.*, 25, Milán, 1975, 797 = *Scritti Giuridici*, 3 (*Famiglia e successioni*), Nápoles, 1991, 295, según el cual, por efecto de la constitución constantiniana, “sembra anche che sia abolita l’*accusatio lenocinii*”.

obligación de repudiar en caso de adulterio flagrante, y, por otra, por la difusión de la acusación *ex suspicione* en constancia de matrimonio, de manera tal que se favoreciera una lenta superación de la regla clásica y un sustancial cambio de la relación cronológica y funcional entre la condena de la adúltera y *divortium*.³⁹

5. El pensamiento cristiano no podía, a su vez, no adecuar las propias enseñanzas a la adelantada legislación en materia matrimonial y mirar, por tanto, a instrumentarla plegándola a sus propios fines: me parece que un síntoma de esta tendencia se puede tomar del señalamiento instrumental del rescripto de Caracala, aprovechado indirectamente por Ulpiano en *D.*, 48, 5, 14, 5 por parte de San Agustín, trabajado al punto de afirmar la relevancia semejante, sobre el plano moral, entre el adulterio masculino y el femenino,⁴⁰ y que siguiendo una constitución de Teodosio y Valentiniano del 449 vendrá a equiparar también sobre el plano jurídico, asimilando entre ambos las hipótesis como adecuadas causas justificadas del repudio (*CI.*, 5, 17, 8, 2: cfr. *Nov.*, 22, 5, 1).

Al mismo tiempo, no podría descuidar el hecho de que la ley laica imponía al marido el repudio de la adúltera.

La problemática profundizada por los Padres de la Iglesia venía, así, a concentrarse no tanto sobre este punto, cuanto en la admisibilidad de sucesivas segundas nupcias: señalamiento que, el legislador laico recibió en un primer momento, en parte, previendo la relativa prohibición como una sanción del repudio injustificado (*CTH.*, 3, 16, 2), con una norma sucesivamente mitigada (*CI.*, 5, 17, 8, 4; *Nov.*, 22, 15, 3).

En el contexto de esta oscilante evolución, la atención de Justiniano volvió a concentrarse sobre el adulterio femenino, some-

³⁹ '*Accusatio adulterii*', cit., 100 s., n. 101.

⁴⁰ Augustin, *Coniug. Adult.*, 2, 8, 7 (*Oeuvres*, cit., 192, 194): cfr. J. De Churruca, "Un rescrit de Caracalla utilisé par Ulpien et interprété par Saint Augustin", en *Collatio Iuris Romani. Études Ankum*, Amsterdam, 1995, 1, 71 ss.

tiendo la acusación ejercida por el marido *constante matrimonio* a profundas innovaciones basadas en la posibilidad, para él, de extender la denuncia al cómplice así como, por el contrario, en la posibilidad de ejercitar el repudio del cónyuge ofrecida a la esposa que resultase inocente (*Nov.*, 117, 8, 2; 9, 4). Después, el emperador, tal vez inspirado en parte por influencias cristianas y en parte por su conocida tendencia a favorecer un levantamiento antitradicional de la condición jurídica femenina, concluyó un paso ulterior asimilando enteramente las sanciones destinadas a afectar al hombre y a la mujer en caso de repudio no sostenido por alguna de las causas justificadas previstas por la vía legislativa (*Nov.*, 127, 4).⁴¹

Finalmente, la *Nov.*, 134, concedió al marido la posibilidad de reconciliarse, en virtud de un gesto de persistente afecto, dentro de un periodo de dos años, con la adúltera custodiada en un monasterio, y representa, junto con la superación de la disciplina pagana, el punto de encuentro más significativo entre sanción del ilícito e idealidad cristiana del perdón.

⁴¹ Sobre el punto cfr. Gorla, *Matrimonio dell'adultera*, cit., 129, nts. 108; 137; 167 s., n. 196.