

CAMPOMANES Y LA *ACCUSATIO ADULTERII* DEL COMEDIANTE

JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ
Universidad de Oviedo

La existencia de un manuscrito ¹ del Conde de Campomanes, insigne gobernante carolino e ilustrado asturiano del siglo XVIII, que no ha sido objeto de difusión impresa, ha parecido motivo suficiente para dar a conocer, en el VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano, dedicado al Derecho Penal, el documento inédito y presentar unas reflexiones sobre el mismo, a propósito del fenómeno de la Recepción del Derecho Romano en la materia que es objeto de las jornadas científicas.

1. SÍNTESIS BIOGRÁFICA

D. Pedro Rodríguez de Campomanes es uno de los políticos españoles más relevantes del reinado de Carlos III, al mismo tiempo que fue el impulsor de múltiples reformas en España, merced a su espíritu ilustrado.

Nacido en el concejo de Tineo (Asturias), el año 1723, adquirió la formación en Gramática a través de uno de sus familiares más allegados, que era canónigo en la colegiata de Santillana, así como la Filosofía o Artes con los dominicos de esta villa cántabra, en su convento de *Regina Coeli*.

Más problemática es la identificación precisa de su etapa de formación en Derecho (Leyes y Cánones), hasta el extremo que hoy resulta un enigma la Universidad en la que cursara los estudios jurídicos, no obstante que hay autores que lo sitúan en el *Alma Mater* hispalense, donde además obtendría los grados académicos.

Existe un consenso generalizado entre los estudiosos, al referir los años universitarios, que debieron coincidir con el período cronológico de 1739 y 1745, en cuyo momento se recibió en la Villa y Corte como abogado.

¹ Vid. APÉNDICE, con las notas del autor de esta comunicación.

A la luz de sus obras monográficas y de los contenidos de sus dictámenes, parece probable que se formó como canonista, si bien la etapa inicial de cualquier alumno en esta Facultad requería cursar las Instituciones de Justiniano, cuya escolaridad le proporcionaría sus conocimientos romanísticos.

Los años de práctica en el despacho de dos célebres jurisconsultos madrileños fueron el soporte para desarrollar la formación adquirida en el mundo del Derecho, al mismo tiempo que profundizó en los estudios históricos, con especial incidencia en las fuentes greco-latinas.

Su estrecha vinculación con el regalismo borbónico le abrió las puertas del poder instaurado en España a comienzos de la centuria, ocupando cargos relevantes tanto bajo Fernando VI como en tiempos de Carlos III, durante cuyo reinado logró los ascensos más significativos: Fiscal y Gobernador-Presidente del Consejo de Castilla, para concluir desde 1791 como miembro del Consejo de Estado.

Entre su producción científica ² encontramos algunos estudios históricos, a partir del impreso en 1747 relativo a la Orden de los Templarios ³ y en 1756 el intitulado «*Anti-güedad marítima de la República de Cartago, con el periplo de su general Hannon, traducido del Griego*»; son famosos sus dictámenes fiscales, como el redactado para justificar la expulsión de los jesuitas por Carlos III en 1767; finalmente, debemos señalar el *Memorial ajustado* para la reforma agraria, y especialmente el *Tratado de la Regalía de Amortización*.

Director de la Real Academia de la Historia de España, desde 1764 hasta 1791, e impulsor de la Sociedad Económica de Amigos del País de Madrid, cuyos estatutos redactó, fue impulsor de las profundas reformas introducidas en los Planes de Estudio de las Facultades de Leyes, gracias a las cuales se introdujo el Derecho patrio en los cursos universitarios, sin olvidar su protagonismo en la modernización española, actuando en planos tan diversos como el económico, cultural y social. Falleció en la capital de España el 3 de febrero de 1802 ⁴.

² Escritos del político asturiano, antes de su llegada al oficio de Fiscal del Consejo de Castilla, son: *Itinerario de las carreras de postas dentro y fuera del reino*, Madrid 1761; *Noticia geográfica del reino y caminos de Portugal*, Madrid 1762; *Ordenanzas de Correos de España*, en 1762. No parece que la materia penal haya sido una de las preferidas en su tarea investigadora, como lo demuestra que el estudioso decimonónico, Benito Gutiérrez, al incorporar un elenco de jurisconsultos hispanos anteriores al Código Penal dignos de referencia, tan sólo cita a Juan Gutiérrez, Lardizábal, José Gutiérrez, Ramón Salas, Marcial López, Goyena y Alejandro Galilea. Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Examen histórico del Derecho Penal*, Madrid 1866. En el mismo sentido se pronuncia con su silencio, aunque con mayor documentación, TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid 1969.

³ *Disertaciones históricas del Orden y Caballería de los Templarios*.

⁴ La personalidad de D. Pedro Rodríguez de Campomanes, figura señera del Depotismo e Ilustración española, así como la relevancia de su actividad pública en la segunda mitad del siglo XVIII, sin olvidar sus méritos adquiridos en las instituciones más representativas de la cultura española de su tiempo, han dado ori-

2. ANÁLISIS DEL MANUSCRITO

El Conde de Campomanes expresa con claridad cuál es su propósito con el trabajo: «Discurso».

Siguiendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua del siglo XVIII⁵: «Discurso es un tratado o escrito que contiene varios pensamientos y reflexiones sobre alguna materia para persuadir o ponderar algún intento», y a principios del siglo XVII, Covarrubias señalaba: «tomase por el modo de proceder en tratar algún punto y materia, por diversos propositos y varios conceptos»⁶.

Entre los múltiples significados que admite el vocablo, es evidente que aquí hay que tomarlo en sentido restrictivo y lo identifica con la exposición bien documentada, en este caso escrita, de una materia significativa que hace una persona a otras, con finalidad de lograr del destinatario la adhesión a su planteamiento innovador o resolutorio de una controversia⁷.

El enunciado del título revela este objetivo: «sobre el derecho de acusar de adulterio a su mujer en las personas viles como el comediante», con el que indica la materia objeto de consideración, a lo que se añade en hipótesis su argumentación, como *status quaestionis*: «si la persona vil, como el comediante, puede acusar de adulterio a su mujer».

En la sociedad estamental del Antiguo Régimen, y a la luz del extraordinario valor que entonces se asignaba a dos parámetros para calibrar el alto nivel del individuo frente a sus conciudadanos, a saber: la riqueza, especialmente la inmobiliaria, y la profesión, además del origen genealógico, el comediante o persona que se dedicaba al denominado «*ars ludicra*», mediando una retribución económica, figuraba entre los practicantes de

gen a la realización de jornadas de estudio, ciclos de conferencias y congresos que conmemoraron recientemente el segundo centenario de su óbito, entre las que destacaron la Real Academia de la Historia y el Instituto P. Feijoo de Oviedo, con publicación de actas en ambos casos. Asimismo es imposible hacer un elenco de las publicaciones relativas al insigne tinetense, pero entre los estudios de conjunto, citaremos el de F. Álvarez Requejo, con el título «*El Conde de Campomanes: Su obra histórica*», Oviedo 1954; la obra de J. García Sánchez «*Asturianos en el Índice (Campomanes, Jovellanos y Martínez Marina). Tratado de la Regalía de Amortización*», Oviedo, 2002 y las actas del congreso internacional, organizado por el Instituto P. Feijoo de Estudios del siglo XVIII, ed. por Dolores Mateos Dorado e intituladas *Campomanes doscientos años después*, Oviedo 2003.

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua castellana*. Reducido a un tomo para su más fácil uso. Facsímil de la primera edición (1780), Madrid 1991, pág. 368, s. v. **Discurso**.

⁶ COVARRUBIAS, S. de, *Tesoro de la Lengua castellana o española según la impresión de 1611*. Ed. prep. por M. de Riquer, Barcelona 1943, pág. 476, s. v. **Discurso**.

⁷ Se trata de un tratado de poca extensión, acorde con el alcance del vocablo «discurso», que con probabilidad fue objeto de lectura en público para convencer a los oyentes, que casi con seguridad serían los colegas madrileños interesados en aspectos jurídico-históricos, tal como se desprende fácilmente de su contenido.

un oficio vil, es decir, de nulo reconocimiento en el seno de la sociedad, correspondiendo su ejercicio a personas de baja condición ⁸.

La histórica estratificación de la colectividad civil repercutía directamente, en ocasiones, en la titularidad jurídica, y las más de las veces en la restricción a la capacidad de obrar, uno de cuyos supuestos examina Campomanes.

2.1. Estructura de la exposición

El *Discurso*, de contenido jurídico, sigue en la exposición de la materia el orden cronológico de aparición de la normativa aplicable al matrimonio y la problemática creada por el adulterio, pero dentro de un planteamiento sistemático, donde se combinan la importancia de la fuente legislativa alegada con la trascendencia social del régimen vigente e influjo posterior.

Por este motivo, aunque no establece epígrafes en las diez páginas de que se compone el manuscrito, observamos la gran relevancia que atribuye conforme a su mentalidad, tanto en extensión como en alcance, a la doctrina bíblica del Pentateuco, si bien combinada con la Nueva Ley contenida en los Evangelios. No obstante la menor extensión de ésta última en el conjunto de los párrafos, aparece como determinante de la regla aplicable y trasciende al ámbito último de los valores más elevados, propios de la conciencia cristiana en cuanto «ley de Gracia», es decir, pertenece a un orden superior en la moralidad individual y social, que además es norma de conducta, donde se da pri-

⁸ Cf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua...* cit., pág. 930, s. v. **Vil**: «se aplica a las acciones infames e indignas o feas, y al que las executa. Se dicen los oficios serviles en la República»; COVARRUBIAS, S., *Tesoro de la Lengua castellana...* cit., pág. 1.008, s. v. **Vil**: «hombre de ruin casta y de poca estima». Señala Ferraris que la infamia consiste en la «privatio seu diminutio bonae famae», según su común significado, mientras que para los juristas «infamia est laesae dignitatis status legibus et moribus reprobatus» o, en otras palabras, «fama seu existimatio est illaesae dignitatis status legibus et moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur», conforme a D. 50, 13, 5, 1. Calístrato libro I de cognitionibus. La infamia puede ser iuris et facti; la primera, también llamada legalis, es la que «ipso iure seu lege infligitur, seu decernitur in certa crimina committentes»; la segunda, «quae oritur ex evidentiā commissi alicuius delicti infamantis, seu vulgata opinione de tali commissio delicto, propter quod delinquentis bona existimatio apud probos et honestos viros laeditur, licet ab ipso iure expresse non notetur aliqua infamia, nec per sententiam irrogetur». Infamiam de iure Civili contrahunt sequentes... Qui quaestus causa, seu pretio accepto Histriones ac turpes ludos agunt», explanando cada uno de los supuestos vigentes en Derecho civil y en Derecho Canónico, donde hay mayor extensión de las causas de infamia. FERRARIS, L., *Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis theologica...*, ed. IV, t. III, Bononiae 1763, págs. 39-141, s. v. **infamia**. Para la síntesis de su evolución en Derecho español, vid. ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva ed. ref. y cons. aum., t. III, Madrid 1875, págs. 221-223, s. v. **infamia**: «Según nuestras leyes de Partidas y recopiladas, son infames por ley... los farsantes, remedadores, moharraches o figurones ridículos que andan públicamente por el pueblo o cantan o hacen juegos por precio». Vid. HUMBERT, G., en *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, DS, t. III. Première partie, Graz 1969, págs. 483-485, s. v. *infamia*.

macía a lo trascendente, en consonancia con el punto de vista predominante en la sociedad hispana del Siglo de las Luces.

Por su nueva significación en la política regalista dieciochesca, el Derecho romano ocupa un lugar central del estudio, aunque con un doble objetivo. En primer lugar, porque seguía siendo un elemento insustituible para interpretar correctamente el pasado histórico de las reglas jurídicas vigentes en *Hispania*, gracias a la tradición romanística; en segundo lugar, era el único Derecho que se estudiaba en las aulas de las Facultades de Leyes existentes en las Universidades españolas hasta la profunda reforma del último tercio de esa centuria, e incluso se alegaba con eficacia en los tribunales, porque había pasado a los textos patrios del ordenamiento secular y procedencia regia por vía de la Recepción, como Campomanes muestra con claridad en la transcripción castellana del texto de Paulo contenido en el Digesto de Justiniano, al referir los requisitos formales exigidos para que prospere judicialmente la acusación de adulterio, mostrando además su humanismo jurídico de modo explícito con la expresión: «en obsequio de los afectos a la antigüedad del Derecho», y el texto de Partidas que refiere inmediatamente después, con una completa correspondencia entre ambos.

La regulación jurídica del matrimonio, tal cual se formuló por la jurisprudencia clásica romana, contrasta en ocasiones con el régimen previsto por el Derecho Canónico⁹, puesto que el soporte fundamental del vínculo conyugal, contenido en el *consensus facit nuptias*, vino matizado ulteriormente con el nuevo alcance de la unión de los esposos, que profesa el cristianismo, afirmando su doble carácter de vínculo perpetuo e indisoluble, ya avanzado por el emperador Constantino. El antiguo Presidente del Consejo de Castilla destaca esta perspectiva novedosa, porque las *nuptiae* son para el cristiano una materia regida por la normativa eclesiástica, y los esposos asumen legalmente sin distinción alguna el compromiso recíproco de fidelidad a la promesa, que había sido ya enunciado por la jurisprudencia clásica romana¹⁰, tal como refiere Ulpiano a propósito del

⁹ Vid. ENGEL, L., *Collegium universi Iuris Canonici*. Ed. nona, cum annot. C. Barthel, Beneventi 1760, págs. 371-372; REIFFENSTUEL, A., *Ius Canonicum universum*, t. V, Maceratae 1766, págs. 1-5; PASTORA Y NIETO, I. de la, *Diccionario de Derecho Canónico*, t. I, Madrid 1847, págs. 48-49, s. v. **adulterio**; GOLMAYO, P. B., *Instituciones del Derecho Canónico*, ed. III corr. y aum., t. II, Madrid 1870, págs. 358-361; SÁNCHEZ MALDONADO, S., *El adulterio y la naturaleza del matrimonio*, Salamanca 1997.

¹⁰ Sobre el matrimonio canónico como sacramento, examen de sus propiedades y fines, a tenor de las Decretales y resto de la normativa canónica, vid. por todos VAN AXEL, I. H., *Totius Iuris Canonici compendium*, Coloniae Agrippinae 1630, págs. 110-114; SANTI, F., *Praelectiones Iuris Canonici*, ed. III em. et recent. Decretis accom., liber IV, Ratisbonae 1899, págs. 21-29; WERNZ, F. X., *Ius Decretalium*, t. IV. *Ius matrimoniale ecclesiae catholicae*. Pars prima. alt. ed. emend. et aucta, Prati 1911, págs. 68-75 y t. IV-Pars secunda, Prati 1912, págs. 398-401; GASPARRI, P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, ed. nova ad mentem Codicis I. C., Typis polyglottis vaticanis 1932, págs. 18-36: «proprietates essentialis matrimonii sunt unitas et perpetuitas seu indissolubilitas... quibus accedit ratio Sacramenti...»; WERNZ, F. X.; VIDAL, P., S. I., *Ius canonicum*, t. V. *Ius matrimoniale*. Ed. tertia, Romae 1946, págs. 35-45: «vitae consuetudo principaliter et essentialiter consistit in iure atque officio mutuo, aequali, exclusivo et perpetuo in corpus alterius coniugis in ordine ad prolem generandam et educandam... Tria bona in matrimonio post S. Augustinum distingui so-

adulterio: «*periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat*»¹¹.

Hay otros dos valores a considerar en la reflexión del insigne asturiano: la fundamentación última del conocido como «fin primario» del matrimonio: «*prolis procreatio*» en la doctrina del Derecho natural, que desde Grocio¹² impera entre los juristas, y cuyos discípulos Vinnio, con su comentario a las Instituciones de Justiniano¹³, o el posterior Heinecio a través de sus Elementos de Derecho Natural y de Gentes¹⁴, o su connacional Voet, en el comentario a las Pandectas¹⁵, sientan en Europa las bases de la formación escolar romanista durante esa centuria, aunque en Campomanes no tiene una connotación racionalista, a la vista del precedente lógico de clara impronta teológica.

En la estructura del trabajo, el nervio de su argumentación y lo más relevante concierne a la normativa jurídica patria, tanto por la reiterada cita de las leyes de procedencia regia, como por la primacía que les atribuye, a las cuales presenta cronológicamente: Partidas, Ordenamiento de Alcalá y Leyes de Toro.

La parte final está orientada a una conclusión que es indiscutible para el Director de la Academia de la Historia, porque de los precedentes examinados no es posible una divergencia sustancial en la doctrina, ya que la acusación de adulterio tiene alcance universal, como ofensa que se causa a la «persona humana», aunque el «modo» de ejecutar este derecho de acusar varía conforme a la configuración de la sociedad estamental, en la cual el *status* del sujeto repercutía sobre la fiabilidad de su conducta. El racionalismo, con la imprenta del iusnaturalismo que no renuncia a la base teológica, y el humanismo, son los dos soportes principales de su planteamiento.

lita... Bonum proles... Bonum fidelitatis, quo coniuges imprimis obtinent mutum et exclusivum ius in corpus, ut vinculo matrimonii perdurante absque adulterio... Bonum sacramenti habetur in firmitate et indissolubilitate vinculi...»; BOGGIANO PICO, A., *Il matrimonio nel Diritto Canonico con riferimenti alla legislazione concordataria*, Torino 1936, págs. 98-101.

¹¹ D. 48, 5, 14 (13) 5. Ulpianus libro secundo de adulteris.

¹² Sobre la esencia natural y evangélica del matrimonio y sus propiedades esenciales, vid. GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, ed. de 1939, reimp. Aalen 1993, págs. 234-238.

¹³ VINNIUS, A., *In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius academicus et forensis, ed. nova in usum Hispanae iuventutis adornata*, t. I, Valentiae 1786, págs. 13-14.

¹⁴ HEINECCIUS, J. G., *Elementa iuris naturae et gentium castigationibus ex catholicorum doctrina et iuris historia aucta*, Madrid 1776. El editor madrileño es D. Joaquín Marín y Mendoza, que en el prefacio donde contiene su dedicatoria al Conde de Campomanes una clara alusión a las doctas y renovadoras disertaciones histórico-jurídicas del político asturiano y a sus realizaciones prácticas: «*Castra iuris squalore, et rubigine atrata, viteri situ detersonitent. Te totius iusti et honesti strenuo assertore*».

¹⁵ VOET, J., *Commentarius ad Pandectas*, t. I, ed. tertia veneta, Venetiis 1784, págs. 8-11.

2.2. Examen de las fuentes e ideas de Campomanes

En el apartado relativo a las fuentes de que se sirve el Ilustrado del siglo XVIII, observamos cuatro tipos: En primer lugar las fuentes literarias; en segundo lugar, las fuentes bíblicas; en tercer lugar, las fuentes jurídicas: *ius civile o caesareum*, *ius canonicum*, *ius regium*; y, finalmente, una única fuente doctrinal.

Tan sólo un cómico del mundo greco-latino aparece entre los fundamentos del Discurso. Se trata de Plauto, de quien se sirve para indicar en el inicio de su estudio cómo la terminología «*ars ludicra*», reiterada en los textos jurisprudenciales romanos¹⁶, procede gramaticalmente de una tradición latina bien constatada, que se remonta a la *Aulularia* de Plauto, en el siglo III a. C.

Las indicaciones de los poetas latinos son uno de los instrumentos ineludibles en el análisis de las fuentes jurídicas, hasta el extremo que Henriot, ya en el siglo XIX¹⁷, elaboró un estudio monográfico sobre esta materia¹⁸. Sin embargo, su diferente óptica y formación imponen unas cautelas para el estudioso del Derecho, puestas de relieve en España, durante la primera mitad del pasado siglo, por los U. Álvarez Suárez¹⁹ y A. D'Ors²⁰, pero que se intuyen como criterio válido de interpretación histórico-jurídica en la afirmación estricta y directa de Campomanes: «terminología de Plauto», adelantándose así a la ciencia del siglo XIX.

¹⁶ D. 3, 2, 1. Iulianus libro primo ad edictum Praetoris; D. 3, 2, 3. Gaius libro primo ad edictum provinciale; D. 3, 2, 4 pr. Ulpianus libro sexto ad Edictum, refiriendo las opiniones de Masurio Sabino y Casio Longino; D. 23, 2, 44 pr. Paulus libro primo ad legem Iuliam et Papiam; D. 38, 1, 37 pr. Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papiam; D. 23, 2, 42, 1. Modestinus libro singulari de ritu nuptiarum;

¹⁷ HENRIOT, E., *Les poètes juristas ou remarques des poètes latins sur les lois, le Droit civil, le Droit criminel, la Justice distributive et le barreau*, París 1858, reimp. Aalen 1970.

¹⁸ Al tratar de los deberes de los esposos, una vez constituido el matrimonio, recuerda la expresión de Plauto: «*ubi locata est virgo in matrimonium*» (op. cit., pág. 33); con referencia a la pérdida efectiva de autoridad por parte del marido, Plauto señala: «*mea uxor imperium exhibet*» (op. cit., pág. 36); en materia de adulterio, Plauto aporta la siguiente definición de moechus: «... *nisi adulterio, studiosus rei nullae aliae est...*» (op. cit., pág. 135). Con ocasión del Derecho criminal romano, Plauto utiliza el mundo de los esclavos para referir sus crímenes, pero también encontramos las imputaciones relativas a la fabricación de moneda falsa, violencias contra los ascendientes, suposición de embarazo y otros atentados al pudor o a las costumbres, aunque «c'est principalement sur le délit d'adultère que portent celles des observations de Plaute qui sont relatives au droit criminel» (op. cit., págs. 342-344). Vid. COSTA, E., *Il diritto privato nelle comedie di Plauto*, Torino 1890.

¹⁹ ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid 1944, págs. 334 y ss.

²⁰ D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca 1943, págs. 63-65, con bibliografía: «La primera exigencia del método histórico crítico es la de no apartarse nunca de las fuentes... Como es natural, la jurisprudencia y los cuerpos legales han de ocupar preferentemente nuestra atención, pero hablaremos previamente de algunas fuentes literarias... Empecemos por Plauto. Consciente es el valor tan sólo relativo de este autor de comedias como fuente de información para el estudio del Derecho de su época. En efecto, la inmensa influencia de los modelos griegos obliga a una precaución que merma gran parte del valor que podría tener a primera vista».

Las fuentes bíblicas, muy numerosas, sirven de premisa para el examen de la regulación positiva, y se presenta en diacronía para destacar dos efectos principales: la antigüedad del mandato divino relativo al matrimonio y su principal fin de la procreación, de un lado, y la valoración negativa del adulterio, desde los orígenes de la creación y en el orden sobrenatural, que alcanza su total plenitud con el cristianismo, de otro ²¹.

Este enfoque sitúa a Campomanes en la misma corriente intelectual que adoptaron los estudiosos hispanos del siglo XVI, especialmente los integrantes de la Escuela salmantina de los juristas-teólogos, contribuyendo a una literatura que alcanzó el máximo reconocimiento en toda Europa, entre cuyos principales representantes encontramos a Antonio Gómez o Diego de Covarrubias.

Las fuentes jurídicas incluyen en primer lugar una norma de la antigüedad clásica griega, aunque llama la atención el modo de presentarla, como excepción al contexto legislativo vigente en otros pueblos cultos, y la omisión del texto utilizado para su información:

«Casi como singular puede contarse la ley de Licurgo (Solon, tachado) que permitía a los espartanos o lacedemonios el adulterio indirectamente para la propagación y evitar la esterilidad».

Parece lícito presentar la hipótesis de composición de este aserto, a partir de la lectura realizada por el ilustrado asturiano, durante los años de niñez y adolescencia en Santillana (Santander) de las *Vidas Paralelas* de Plutarco, donde por un lado se compara a Solón con Publícola y a Numa con Licurgo. En ambos legisladores helénicos se encuentran medidas normativas que favorecían la procreación, especialmente al permitir, el último gobernante citado, que el propio marido anciano pudiese facilitar a su joven esposa la relación extra-conyugal, asumiendo legítimamente incluso la paternidad resultante ²².

²¹ Vid. ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva ed. ref. y consid. aum. por los Dres. Galindo y Vicente, Madrid 1974, págs. 318-327, s. v. **adulterio**; *Enciclopedia Jurídica Española*, t. II, Seix ed., Barcelona s. a., págs. 10-27, s. v. adulterio.

²² Como indica Beauchet, en plena consonancia con el Derecho castellano del Antiguo Régimen y en los códigos penales del siglo XIX, el adulterio del marido no sería punible en Atenas más que si implicaba injuria para la mujer, de modo que el simple adulterio no entrañaba en Derecho ático consecuencia desagradable alguna para el marido, mientras que el adulterio de la mujer se sancionaba tanto por la ley penal como por la ley civil. El adulterio del marido constituiría una falta moral, a diferencia del causado por la mujer, lo que manifiesta una clara desigualdad en la represión del adulterio, aunque ello resulta explicable por las consecuencias que puede causar la esposa con su conducta al introducir en la familia una sangre distinta e incorporar al marido unos hijos que no ha procreado. Por este motivo, la mujer era obligatoriamente expulsada del domicilio conyugal y sufría algunas penalidades infamantes, con la simple constatación del adulterio, sin que se exigiera la sentencia judicial de condena. La persecución judicial del adulterio estaba abierta a cualquier ciudadano, aunque hay autores que lo reservan al esposo ultrajado y a los miembros de la familia. Cf. BEAUCHET, L., *Histoire du Droit privé de la République Athénienne. Le Droit de famille*. I, París 1897, reimpr. Amsterdam 1969, págs. 232-244.

Biscardi recuerda la diferencia fundamental entre el sistema ateniense y el espartano. En Atenas era considerado un crimen cualquier relación sexual entre hombre y mujer, a no ser se tratara de una prostituta, fuera del matrimonio o del concubinato, donde regía el principio de fidelidad a la unión. La gravedad del delito cometido era tan grande que si se producía dentro de la casa, la ciudad permitía al jefe que matara impunemente al adúltero. Por el contrario, en Esparta no había dificultad alguna para admitir que la mujer pudiera tener relaciones sexuales fuera del matrimonio, con el exclusivo interés de procrear hijos sanos y en cuanto tales útiles a la ciudad: éste era el fin principal de la familia ²³.

Abundan en el Discurso las referencias al Derecho Romano ²⁴, a partir de la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, promulgada a finales de la República, en tiempos de Augusto ²⁵. El insigne político asturiano señala que con esta ley se impusieron «graves penas» a los adúlteros, sin ulterior especificación, y observa que constituyó el «modelo» de regulación del instituto en otros muchos ordenamientos jurídicos, en cuyo planteamiento podemos constatar su defensa de la «tradición romanística», que en algunos territorios del Continente Europeo, como ocurre en España, es una auténtica Recepción.

²³ BISCARDI, A., *Diritto greco antico*, Varese 1982, págs. 100-101. Vid. PAOLI, U. E., *Il reato di adulterio (moixeia) in Diritto attico*, en SDHI 16 (1950) 123-161.

²⁴ Vid. MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, Bogotá 1976, págs. 431-437; CARNAZZA-RAMETTA, G., *Studio sul Diritto penale dei romani*, ed. anast., Roma 1972, págs. 191-192; FALCHI, G. F., *Diritto Penale romano*, vol. II (*I singoli reati*), Padova 1932, págs. 107-116; DE DOMINICIS, M. A., *D.* 48, 5, 12, 7 (*A proposito dell'accusatio adulterii della sponsa iure mariti*), en AG 170 (1966) 34-39; id., *Sulle origini romano-cristiane del Diritto del marito ad accusare «costante matrimonio» la moglie adultera (A proposito di Dig. 48, 5, 27 (26) pr.)*, en SDHI 16 (1950) 221-253; RIZZELLI, G., *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, en BIDR 89 (1986) 411-441; ANKUM, H., *La sponsa adultera: problemes concernant l'accusatio adulterii en Droit Romain classique*, en Estudios de Derecho Romano en honor de A. d'Ors, Pamplona 1987, págs. 161-198; LAMBERTINI, R., *Ancora sui legittimati a uccidere «iure patris ex lege Iulia de adulteriis» (a proposito di un recente saggio)*, en SDHI 58 (1992) 362-375; PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano 1996, págs. 21-35; OSABA, E., *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid 1997; PANERO ORIA, P., *Ius occidendi et ius accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, Valencia 2001; SANTALUCÍA, B., *Derecho penal romano*, Madrid 1990, págs. 97-124, con la bibliografía citada en este última y 141; LA MANTIA, V., en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I-Parte II. Sez. Prima, Milano 1892, págs. 304-344, s. v. **adulterio**; *Il Digesto Italiano*, vol. II-Parte prima, Torino 1884, págs. 206-215, s. v. **adulterio**; GIOFFREDI, R., *NDI*, vol. I, Torino 1937, págs. 198-206; CHIAZZESE, L., loc. cit., págs. 206-207, s. v. *adulterium*; id., en *NNDI*, vol. I-1, Torino 1957, págs. 322-323 y bibliografía allí citada, s. v. **adulterio. Diritto romano**.

²⁵ Esta norma, con rango de una *lex publica*, vino a incorporar la figura del adulterio dentro del terreno del derecho penal público en Roma. Además de suprimir el derecho del marido a matar a la esposa sorprendida en adulterio, limitando esta facultad en cuanto al cómplice, y regulando las facultades del paterfamilias, a quien se faculta para matar impunemente siempre que el *ius occidendi* recaiga sobre ambos adúlteros. Cf. *Collatio legum mosaicarum et romanarum* IV, 2, 3; *Pauli Sententiae* 1, 26, 1.

Las diferencias existentes en el Derecho romano ²⁶ a propósito de la penalidad del *crimen adulterii*, incluyendo la posibilidad de dar muerte a la mujer adúltera sorprendida *in flagranti*, eran conocidas por el político tinetense, aunque llama la atención que no aluda al Derecho vigente durante la República, máxime porque las fuentes de información de este período son extra-jurídicas ²⁷ y su lectura era uno de los elementos insustituibles en la formación del alumno de Gramática. El *ius occidendi* está admitido expresamente por el mismo Catón, siempre que el marido sorprendiera a su mujer en flagrante delito: «*In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine iudicio impune necares*» ²⁸.

En materia de acusación, que es el nervio de la disertación y forma parte del título del Discurso, sienta Campomanes una premisa parcialmente errónea, con la cual demuestra la deficiente formación romanista del gobernante hispano. Puesto que la distinción que hace la dogmática moderna entre capacidad jurídica y capacidad de obrar corresponde a un momento histórico posterior, el Presidente de la Real Academia de la Historia habla de «distinción de estados y personas» ²⁹, a tenor de los cuales los romanos «no permitían a las viles ejercer aquellas funciones debidas a los que SÓLO gozaban el derecho de ciudadanos romanos».

La confusión entre los *status* de la persona física: *libertatis*, *civitatis* y *familiae*, con cuya plenitud que otorga la situación jurídica de *civis optimo iure*, y la condición social del ciudadano ³⁰, claramente estructurado en categorías dentro del Bajo Imperio, y que tiene diferente repercusión según el momento histórico de la Historia de Roma, va unido

²⁶ Vid.; CORSANEGRO, C., *La repressione romana dell'adulterio*, Roma 1936; THOMAS, J. A. C., *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, en *Etudes J. Macqueron*, Aix-en-Provence 1970; GIUNTI, P., *Adulterio e leggi regie...*, Milano 1990; LAMBERTINI, R., *Dum utrumque occidat. Lex Iulia e uccisione in continenti degli adulteri iure patris*, Bologna 1992.

²⁷ Basta recordar las palabras que Aulo Gelio coloca en la boca de Catón, para señalar: «*Illa te, si adulterares, digito non aueret contingere, nec jus est*» (Aulo Gelio, *Noct. Att.* X, 23, 5), mostrando que la mujer traicionada por el adulterio del marido en este período no podía adoptar ninguna venganza ni reclamación jurídica, tal como parecen confirmar las palabras del mismo Plauto en *Mercator* IV, 5, 3 y ss., que cita la impunidad del esposo.

²⁸ Vid. ESMEIN, A., *Le délit d'adultère a Rome et la loi Julia de adulteriis*, en *Mélanges d'Histoire du Droit et de critique. Droit Romain*, París 1886, págs. 74-86.

²⁹ Es indiscutible que en la sociedad del Antiguo Régimen, la estructura estamental de la sociedad repercutía en el ámbito del Derecho privado. Gracias a las ideas de la Revolución Francesa de 1789 y la codificación, la nueva teoría jurídica propagadora de la idea de igualdad se tradujo en el principio a tenor del cual todos los hombres tienen capacidad jurídica, con arreglo al concepto elaborado por Savigny y con ello se les asigna a todos los seres humanos, sin distinción de clara y con arreglo a las doctrinas de los iusnaturalistas del siglo XVIII, sin admitir diferencias en la categoría de las personas. El principio de la capacidad jurídica general de cualquier ser humano se convirtió en uno de los ejes principales de la teoría del Derecho privado de la centuria decimonónica. Cf. COING, H., *Derecho Privado Europeo*, t. II. *El siglo XIX*. Trad. y apost. de A. Pérez Martín, Madrid 1984, págs. 355-358.

³⁰ La *lex Iulia de maritandis ordinibus* prohibía el matrimonio entre senadores y sus descendientes con hijas de actores o las que vivían de la prostitución en el momento del matrimonio, al igual que estaba prohibido el matrimonio de los ingenuos con las alcahuetas y las actrices.

al hecho infundado de identificar al ciudadano romano con personas de buena reputación, ya que en su planteamiento las viles o infames carecerían de la condición de *cives romani*.

Todo el resto del Discurso gira en torno a la posibilidad de acusar en el proceso criminal, desde Roma hasta el más moderno Derecho patrio, en cuanto a la legitimación activa de los incursores en infamia ³¹, entre los cuales se encuentra el comediante, farsante o persona que se dedica al *ars ludicra* mediando precio, si bien examina el instituto con referencia al adulterio de su mujer, del cual se hace eco en otros lugares de su disertación ³².

³¹ Según Covarrubias: «infamis, qui ob vitium aliquod aut turpitudinem male audit, aut cui fama est parum secunda aut nigra». COVARRUBIAS, S., *Tesoro de la lengua castellana...* 1611, Barcelona 1943, pág. 735, s. v. **infames**.

³² Vid. CANTERA, P., *Quaestiones criminales tangentes iudicem, accusatorem, reum, probationem, punitionemque delictorum*, Salmanticae 1589, págs. 475-496, sobre el adulterio y la acusación. signatura: 16.565. Definitio, en la glosa en la l. Inter. 6, in principio ff. ad legem Iuliam de adulteriis, ubi dicit quod est accessus alterius tori, et idem in effectu ponit glosa cum qua transeunt doctores in rubrica C. ad legem Iuliam de adulteriis. Covarrubias in epitome 4 parte 1 c. 1 numero 8 adit ad hanc deffinitionem, scilicet quod es coitus mentalis vel realis per quem alterius torus, verus vel putativus violatur. Págs. 476: «Non erit abs re hic adnotare saltim remissive quis possit accusare mulierem adulteram, in hoc videtur dicendum, quod de iure 12 Tabularum cuilibet erat permissum, postea de lege Iulia et adultero fuit permissum tantum marito et patri, et ibi dicit quomodo permittebatur marito et quomodo patri, et multa sunt specialia in marito ad accusandam uxorem de adulterio, vide glosa fin. In l. Is cuius 14 ff. de adulteriis. Quae specialia ponit illa glosa quam glossa vide et eam ibi sequuntur doctores et vide glosa prima in l. iure mariti C. de adult. Vide etiam l. secunda titulo 17 partitae 7 et l. 3 titulo libro 4 Fori ». Pág. 483: Mulier adulterans propter adulterium perdit dotem et donationem propter nuptias... De iure autem civili qua poena puniatur adulter et dic, quod de iure civili puniatur poena mortis, text. In l. quamvis 30 C. de adulteriisL: glosa et doctores in &item lex Iulia de adulte. 4, institu. De public. Iudic. Ibi gladio punit: de iure autem digestorum non erat ista poena glosa in l. Qui cum uno &adulterii ff. de re milit. Verbo recipiendo, dicit quod de iure ff. non erat poena mortis et de hoc vide Covarrubias in epitome 4 fol. 110 numero 16, ubi tradit quod de iure ff. non erat poena mortis pro adulterio, sed illa postea fuit inventa de iure Codicis, Bart. In l. Si quis viduam 5 ff. de quaestionibus... dicit quod in crimine adulterii est variatio poenae secundum conditionem personae, quia aliter punitur nobilis aliter ignobilis, Bartolus neutram eligit... De iure Authentico est, in muliere poena detrusionis in monasterium, et quod verberetur, si est infimae conditionis, aliter si est nobilis, tantum detruditur in monasterio, ita intellige textus in Authentica sed hodie C. de adulteriis et ita vidi praticari multoties in regno Navarrae, ubi bene servatur ius commune et ultra hoc perdit mulierem et donationem propter nuptias... pág. 485: in accusatione criminali vid. Covarrubias in epitome 4 fol. 104 n. 4 et in ista accusatione civili a pari iudicantur maritus et uxor, et non solum pro adulterio lucratur dotem, verum etiam per osculum et tactu manillarum ab alio viro ex consensu ipsius mulieris... maritus potest occidere mulierem et adulterum simul inventos in flagrante delicto ut est textus in l. Grachus 4 C. de adulteriis, intellige quando adulter est persona vilis, alias non potest eum occidere propria autoritate, sed hoc non haberet locum in patre nec filio nec patrono, quibus permissum est// pág. 486 accusare non tamen occidere, per textum in l. si adulter 30 in &liberto ff. de adulteriis et in hoc quae sit differentia inter maritum et patrem uxoris vide glos. Verbo occidit in d. l. Grachus et vide Salicetus in l. 1 C. de his qui parent. Vel lib. Ociderunt numero 3. Pág. 487: De iure autem regio, qua poena puniatur adulterium, et in hoc, aut loquimur quando maritus vult accusare adulteros civiliter quoad separationem tori, et ut lucretus dotem... Quando maritus accusat criminaliter uxorem de adulterio, in hoc casu textus in l. 1 titul. 7 lib.1 4 Fori dicit, quod adulter et adultera ponantur in potestate mariti, ut ipse

El edicto pretorio, comentado por la jurisprudencia clásica, sirve para identificar el elenco de los sujetos incapaces de acusar, siendo llamativo que mientras el texto latino de los fragmentos justinianos vienen identificados de tres maneras diferentes: en sus palabras iniciales, en las frases que afectan directamente al comediante o en su localización dentro del Digesto, Campomanes reproduce íntegramente la traducción castellana de la exposición ulpiana concerniente al legitimado como actor en el juicio público derivado del crimen de adulterio³³, a pesar de incluir las citas de otros dos pasajes directamente relacionados con el origen de la infamia: uno del mismo Ulpiano³⁴, y otro de Juliano³⁵, en cuya enumeración se incluye a «los que ejercen el arte burlesca o cómica».

faciat ex eis quicquid voluerit, et etiam ex bonis ipsorum, est etiam textus in l. 1 título 17 part. 7 et non potest accusare unum sine alio, ut in dictis iuribus, si tamen alter non potest haberi, quia fugit bene potest maritus prosequi accusationem contra alium, et executioni mandabitur sententia contra illum, ita intelligo dict. l. Fori ibi, que no pueda matar a el uno y dexar el otro, ita intellige dict. lex quicquid dixerit quaedam adiectio ad dictam legem primam Fori in principio et ita practicatur secundum supra dictum intellectum, ita est etiam textus in l. 2 título 15 libro 8 Ordinamenti ibi a qualquier dellos, sed in quantum dict. l. 2 dicit quod potest accusare quemlibet illorum, videtur correcta per l. 80 Tauri, ubi dicit, quod tenetur utrumque accusare, quod intellige si utrumque potest haberi, vel intellige quod utrumque tenetur accusare, tamen si unus non potest haberi, poterit prosequi accusationem contra alium, ita intellige dicta lex Tauri, licet ibi doctores non advertant et secundum hoc practicatur illa lex et poena dicta l. 1 titul. 7 lib. 4 Fori. Pág. 488: Nota ex dicta lege 2 quod licet ut supra dixi, quando maritus accusat criminaliter uxorem, de iure communi authenticorum maritus non lucratur dotem nec dotalitium, tamen de iure regio per d. L. 2 et per l. 1 tit. 7 lib. 4 Fori lucratur non solum dotem, verum etiam bona etiam paraphernalia et adventitia ita ibi faga de ellos y de sus bienes lo que quisiere. Págs. 489-491: Non erit abs re hic tractare quibus casibus mulier adulterans non punitur poena adulterii... Primo quando mulier per consilium vel mandatum mariti commisit adulterium... Secundo quando maritus retinuit mulierem secum post adulterium... quando ipse maritus sciebat adulterium commissum a muliere... Tertio quando transit tempus in quo debebat accusare uxorem adulteram, de hoc casu vide glosam verbo commissi criminis in l. mariti lenocinium 29 versiculo sex mensium 5 ff. de adulter. et gl. 2 in l. adulter. 5 C. de adulteriis et in hoc quando transit tempus accusandi dic, quod aut vult accusare iure mariti, aut vult accusare iure extranei. Si iure mariti vult accusare debet accusare intra 60 dies, text. Est in l. Si mariti in fine principii et in l. Mariti in &praeterea ff de adulteriis et isti 60 dies sunt utiles et non continui... si autem vult accusare iure extranei debet eam accusare infra sex menses utiles... Quarto quando mulier opponit de adulterio mariti... Quinto quando maritus semel accusans uxorem abstinuit a proposita accusatione, vel dixit maritus se nolle qccusare, quia tunc amplius non posset accusare adulteram, nec ipsi mulieri daretur poena, vel quando maritus dicatur desistere ab accusatione et pacisci... Sexto quando adulter ext absolutis ab illo crimine... Septimo quando mulier fuit cognita per vim... Octavo, quando mulier nupsit credens mortuum virum eius... Nono, quando mulier commisit adulterium ante baptismum... non obstante credo potest accusari de adulterio post baptismum. Pág. 40 numero 3: « in criminibus cum tangant ad particulares, non posset populus se intromittere, quando saltem esset prohibitum per legem, ut non possit accusare nisi illi particulares, ut in adulterio, in quo prohibitum est ne quis possit accusare mulierem nisi maritus et in hoc casu non posset populus accusare parrochum, quod intellige nisi verisimiliter credatur quod maritus scit delictum mulieris, tunc poterit populus et quilibet de populo accusare civiliter parrochum ut corrigatur vel emendetur.

³³ D. 48, 2, 4. Ulpiano libro II de adulteriis.

³⁴ D. 3, 2, 2, 5. Ulpiano libro VI ad edictum.

³⁵ D. 3, 2, 1 pr. Juliano libro I ad edictum.

Es evidente el interés del Fiscal del Consejo de Castilla por las cuestiones gramaticales, que tampoco escapan a su reflexión en este apartado, ya que junto al término *infames* destaca otros sinónimos como el de *viles*, aunque en algunos casos se puede establecer la equiparación entre ambos términos por el oficio que desempeñaban esas personas, tales como las artes *illiberales* o *sordidae*, como el lenocinio y el teatro; pero en otros supuestos derivan de la bajeza moral de la conducta del sujeto, como eran las repercusiones derivadas de la calumnia o los corruptos para ganar fácilmente dinero ilícito. Un interés singular muestra el político de Tineo al vincular el adjetivo vil como atributo inexcindible de los farsantes, en latín *histriones* ³⁶, para lo cual acude a una constitución imperial del año 394 ³⁷, ilustrativa de la irrelevancia y descrédito social atribuidos al oficio asumido por el cómico.

Para el jurista asturiano es importante precisar las diferencias existentes entre el marido y el padre de la esposa a propósito de su capacidad para entablar el proceso criminal, ya que el paterfamilias goza en Derecho clásico del *ius occidendi* tanto si la hija es *alieni iuris* como si se celebró la *conventio in manum* de ésta ³⁸, mientras que el esposo había perdido el derecho de matar a su mujer sorprendida en flagrante delito ³⁹, de modo que si lo hiciera caía en las penas de la *lex Cornelia de sicariis* ⁴⁰.

Respecto del cómplice del adulterio existe una limitación clara en un pasaje de Emilio Macro, donde el jurisconsulto circunscribe el derecho a tenor de las circunstancias del crimen y actividad profesional del sujeto culpable: «Tampoco se permite al marido que mate al cómplice del adulterio de su mujer, pero no a cualquiera, como se permite al padre, pues se dispone en esta ley Julia que sólo pueda el marido matar al sorprendido en adulterio con su mujer en su propia casa, y no en la de su suegro, y siempre que ese cómplice hubiera hecho lenocinio, hubiera ejercido antes la profesión de actor o hubiera subido a las tablas como bailarín o cantante, o hubiera sido condenado en juicio público y no se le hubiera restituido por entero su fama, o fuera liberto... o el que fuera esclavo» ⁴¹.

La vileza de la profesión del comediante desaparece si el artista no ejecutó el contrato de arrendamiento de servicios que tenía pactado, por lo cual no obtuvo la contra-

³⁶ Vid. NAVARRE, O., en *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. III-Première partie, Graz 1969, págs. 210-230, s. v. **histrion**, especialmente para el Derecho Romano las págs. 229-230.

³⁷ C. I. 11, 41, 4. Impp. Teodosio, Arcadio y Honorio AAA. Rufino pp.

³⁸ D. 48, 5, 23 (22) 4. Papiniano libro I de adulteris y D. 48, 5, 24 (23), 4. Ulpiano libro I de adulteriis.

³⁹ A partir de la normativa augústea, el marido está obligado a repudiar a su mujer, puesto que no es posible el perdón del crimen, y tampoco puede liberar al cómplice, sin que quepa la composición pecuniaria. Como señala el jurisconsulto Paulo, la pena de los adúlteros era la *deportatio in insulam*, y además la mujer sufría la confiscación de su dote y de la tercera parte de sus bienes, mientras el marido perdía por confiscación la mitad de su patrimonio: Pauli Sententiae II, 26, 14. En las Instituciones de Justiniano 4, 18, 4, se impuso la pena capital.

⁴⁰ D. 48, 5, 39 (38), 8. Papiniano libro XXXVI quaestionum.

⁴¹ D. 48, 5, 25 (24) pr. Macro libro I publicorum.

prestación económica, y como indica el mismo Gayo ⁴² en este supuesto el mero propósito no es tan «*turpis*», es decir, tan indecoroso o deshonesto como para que sufra la nota de infamia.

Los privilegios imperiales otorgados a la profesión militar, pero al mismo tiempo las exigencias estrictas de su oficio implican una mayor rigurosidad de sus penas, por lo cual el soldado que ejerce el oficio de comediante o se deja vender como esclavo es castigado con la pena de muerte ⁴³. En este supuesto, no se limita su castigo a sufrir las restricciones de capacidad derivadas de la nota de infamia.

La conclusión general desde el punto de vista de Campomanes queda patente en estas palabras: «aparece claramente que hasta en el derecho de acusar el adulterio estaban repelidas estas personas viles y entre ellas los farsantes».

La doctrina romanista es concorde al sostener que no era posible realizar la acusación de la adúltera mientras duraba el matrimonio, pero una vez repudiada la esposa culpable, durante sesenta días a partir del divorcio, solamente el marido y el padre de la mujer gozan de la *accusatio* privilegiada *iure mariti aut patris*, aunque vencido el plazo señalado, los extraños pueden hacer uso de la acusación.

En contraste con el criterio interpretativo de las fuentes romanas que presenta el ilustrado asturiano, Esmein ⁴⁴ pone de manifiesto que la acusación privilegiada no admite la oposición de las incapacidades originadas por la *lex Iulia* o por otras leyes generales que impedían la actividad de un extraño, al señalar: «un extraneus qui serait filiusfamilias, ou mineur de vingt-cinq ans, ou noté d'infamie, ou qui soutiendrait, comme accusateur, deux procès criminels encore en suspens, ne pourrait pas tenter le crimen adulterio: aucun de ces obstacles n'arretera celui qui agit jure mariti» ⁴⁵.

Los textos del Digesto avalan esta interpretación, que luego hará valer el mismo Campomanes para el análisis del Ordenamiento de Alcalá, puesto que en D. 48, 5, 6, 2, de Papiniano, se recuerda el rescripto de Adriano que dispuso: «el hijo (sin distinción alguna) puede acusar de adulterio a su mujer aunque se oponga el padre» ⁴⁶, y otro texto ulpiano, contenido en D. 48, 5, 16, 6, afirma que la limitación impuesta por la *lex Iulia de adulteriis* en cuanto a la legitimación activa de la acusación a los menores de 25 años no se aplica si el marido persigue una ofensa que se ha causado a su propio matrimonio.

⁴² D. 3, 2, 3. Gayo libro I ad edictum provinciale.

⁴³ D. 48, 19, 14. Macro de re militari. Ignoramos la edición del Digesto que utilizó Campomanes, pero mientras en la edición de Mommsen-Krueger concluye el fragmento con *scripsit*, el político de Tineo introduce el presente de indicativo del verbo *scribo*, dando a entender que es un fragmento que tiene ante sus ojos en la redacción del Discurso.

⁴⁴ ESMEIN, A., op. cit., pág. 121.

⁴⁵ Este régimen se aplicó también con probabilidad, según Esmein, a la acusación *iure patris*.

⁴⁶ En el párrafo tercero niega la incapacidad de acusar al marido víctima del adulterio de su esposa, porque hubiera entablado ya dos acciones criminales contra un tercero.

En consecuencia, observa Esmein⁴⁷, que si hubo *iustae nuptiae* y medió adulterio de la mujer, la acusación exclusiva y privilegiada después del divorcio corresponde al marido durante sesenta días, por disposición de la *lex Iulia de adulteriis*. Cuando se trata de un matrimonio de derecho de gentes o de un matrimonio en el cual la esposa ha contraído lo dispuesto en las leyes augústeas, desde el momento del divorcio es posible la acusación popular, a la que pueda concurrir el marido sin privilegio alguno.

Llama la atención cómo resume el político ilustrado el régimen legal aplicable en Roma a los farsantes, y su incidencia en el adulterio. Después de señalar que el instituto jurídico matrimonial estaba regulado por las «leyes» aplicables al matrimonio «entre los romanos», en lo cual viene a coincidir con la noción de *ius civile* como *ius proprium civitatis*⁴⁸, y por consiguiente como estatuto personal, así como reconoce el enunciado de algunas de las fuentes de producción del mismo, contenido en «las reglas civiles»⁴⁹ y la costumbre⁵⁰ «casi no concedían personalidad civil» a los infames, «dejándolas sólo con el escaso uso de la natural, en el cual no entraba el derecho de acusar *iure patris aut mariti*, que pende del civil», al venir contemplado en la *lex Iulia de adulteriis coercendis* y su desarrollo gracias a la interpretación ulterior de la jurisprudencia clásica o de las constituciones imperiales, algunas de cuyas disposiciones pasaron al *Corpus Iuris Civilis*.

Campomanes pone un énfasis especial en mostrar con suficiente extensión la normativa regia hispana desde la perspectiva de su evolución histórica a partir del Código alfonsino de Las Partidas, tanto por lo que concierne a la acusación de adulterio, como a la nota de infamia en que incurrían las personas que ejercitaban algunas actividades⁵¹. El único aditamento ilustrado del jurista carolino consiste en incorporar la opinión de Gregorio López contenida en la glosa, en cuanto le sirve para confirmar la equivalencia terminológica de los juglares o actores con los *histriones* o *scenici* de las fuentes latinas, pero es evidente que debió conocer y consultar otros jurisprudencia hispanos que habían abordado la cuestión de modo sistemático y con manejo directo de las fuentes jurídicas⁵².

⁴⁷ ESMEIN, A., op. cit., pág. 125.

⁴⁸ Inst. Iust. 1, 2, 1 y 2.

⁴⁹ En lugar de citar Inst. Iust. I, 2, 3 y ss. con la descripción de cada una de las fuentes de producción, se limita al enunciado genérico omnicompreensivo, salvo de la *consuetudo*.

⁵⁰ Es una cita de las Inst. Iust. 1, 2, 3 y 9, al identificar *ius non scriptum* como el confirmado por el uso.

⁵¹ Vid. FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, G., *Práctica criminal, instrucción (nueva útil) de substanciar las causas, con distinción de lo que particularmente parece se debe observar, assi en los Consejos y Sala, como en otros Tribunales superiores... Juicio Sumario y plenario, con actores y reos y sus procuradores... Forma de defender los articulos... Methodo de procesar*, Madrid 1756, fols. 1r-9r.

⁵² Entre otros, podemos citar como doctrina general: PRADILLA, F. de la, *Suma de las leyes penales*, Madrid 1639, fols. 5r-6r: cap. IX: Del delito del adulterio. Adulterio es grave delito y cometese quando muger casada tiene acceso con hombre soltero o casado, y quando hombre casado tiene acceso con muger casada o soltera... I. Inter. ff. de verbor. sign. La pena que tienen los adulteros por derecho divino era de muerte y siendo apedreados. Exodo c. 20 Deut. 22. Por derecho canonico es de excomunión, por derecho civil tienen pena de muerte, ansi el hombre como la muger, I. Quamvis, I Gracus C. de adulteriis ubi doctores. Y es

Resulta extraño que un experto en Derecho regio ignorara la normativa jurídica contenida en otras fuentes legales, entre las que cabe citar las compilaciones postclásicas romanas, bien identificadas desde la Baja Edad Media, como la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, donde se dedica un título IV al adulterio, o los fueros hispanos medievales, tales como el de Soria que castigaba con la pena de muerte el adulterio de la mujer casada⁵³ o desposada, si el marido o el esposo presentaban la demanda⁵⁴, por no citar los preceptos de la Nueva Recopilación.

común opinión. Y por derecho mas nuevo de los auténticos, a la muger se le da pena de açotes y que este reclusa en monasterio y haga profesión, si el marido no la perdonasse, authen. Sed hodie C. de adult. L. 15 tit. 17 part. 7... Mas por derecho nuevo del Reyno, la pena de los adulteros es que ambos sean entregados en poder del marido, para que dellos haga lo que quisiere o matarlos o perdonarlos l. 1 titulo de los adulteros, lib. 4 fori, l. 1 tit. 20 libro 8 Recopilac. quae erat l. 2 tit. 15 lib. 8 Ordinamenti. Con tal que el marido no puede acusar ni matar al uno sin el otro, sino que ambos adulteros, hombrfe y muger, han de ser castigados o perdonados: ley 80 Tauri quae est l. 2 dict. Tit. 20 lib. 8 Recop. Y aunque segun las dikchas leyes del Reyno matando el marido los adulteros con autoridad de justicia gana los bienesw dellos, fuera de la pena que lesw diere, no teniendo ellos hijos legitimos. Esto no ha lujgar, si por su propia autolridad los matare, aunque los halle en fragante delito, l. 82 Tauri l. 5 tit. 20 Recopil. Ubi doctores communiter. Y porque tal delito se comete de ordinario en lugares ocultos y secretos, para probarse bastan señales no tan copiosa averiguacion... Nuedve excedpciones competen a la mujer para su defensa en este delito de adulterio y porque es mejor que de ninguna se aprovechen las callo en este lugar. Y si el adultero fuere clerigo, debe ser privado y recluso perpetuamente en algun monasterio. Comentando la Nueva Recopilación, vid. GUTIÉRREZ, J., *Praxis criminalis civilis et canonica in librum octavum novae Recopilationis Regiae, sive practicarum quaestionum criminalium, tractatio nova*, Lugduni 1660, págs. 272-273: l. 2 tit. 17 part. 7 iuncta l. 3 tit. 7 lib. 4 Fori dicitur quod de adulterio nullus possit accusare nisi maritus, pater, patruus vel avunculus mulieris adulterae et reddit lex rationem: Porque no devo ser denostado el casamiento... el acusador. Se in fori praecitata cavetur, quod etiam data negligentia mariti alius quam ipse maritus possit adulteram mulierem accusare, ut ibi perpendit Montalvus in glossa no sea recibido, reddit lex illa rationem: ca pues el marido quiere perdonar... ni de otro guisa, et ita practicatur teste Gregorius Lopez in dict. L. 2 in glossa tam negligente et communiter praeterea practicari affirmat Antón. Gom. In l. 80 Taur. Num. 49 idemque profiteatur cum Gregorio Lopez Menesius in l. transigere numero 92 C. de transactionibus et cum aliis D. Azevedo in l. 10 tit. 3 lib. 5 novae collect. Reg. Numero 22. Nec etiam iudex ex officiol procedere potest secundum Gregorio Lopez, sequitur Mareanta...: agitur enim de honore mariti et matrimonii, ac proinde nullus alius praeter ipsum directe vel indirecte potest de hoc agere, ne fiat iniuria ipsis invitis, et ne cuilibet liceat temere foedate matrimonium, ut inquit Antonius Gomez»; AZEVEDO, A. de, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones, t. V. Octavum librum novae recopilationis complectens*, nov. Ed., Madrid 1612, págs. 349-355, rubrica, y leyes 1 y 2. págs. 352-353: ley 1: Poena adulterorum in praesenti lege declaratur, quae in praxi iamdiu est usitata, licet fuerit lex fori. Adulterii poenae plures hodie cessant in Hispania, n. 5 eo quod nullus alius quam maritus potest eam accusare etiam si negligens sit, numero 6 y 7, in Francia etiam. Hodie adulterium est crimen privatum, non vero publicum, et hanc esse communem sententiam testantur relati per Iulium Clarum. Págs. 354-355: Maritus utrosque adulteros viventes, accusare tenetur inxsimul, aut neminem eorum. Pueden ser acusados en el mismo proceso y ante el mismo juez, pero en diversos libelos, por ejemplo si uno es clérigo.

⁵³ Vid. GACTO FERNÁNDEZ, E., *La filiación ilegítima en la historia del Derecho español*, en AHDE 41 (1971) 899-944; id., en *Historia, Instituciones, Documentos*, vol. 25.

⁵⁴ Vid. MINGUIJÓN ADRIÁN, S., *Historia del Derecho Español*, 3ª ed. rev., Barcelona 1943, págs. 198-199.

En el Derecho histórico español los sujetos dedicados al mundo escénico, como los actores, farsantes o comediantes, sufrían la merma en su capacidad de obrar siempre que cobraran una *merces* por su actividad, a diferencia de los juglares que actuaban gratuitamente, quienes gozaban de honor y dignidad, social y jurídica.

El examen completo de Las Partidas, justifica ⁵⁵ que el estudioso asturiano deje patente la duda de la validez de su planteamiento doctrinal contrario al derecho del marido en caso de adulterio, porque en una norma del Rey Sabio, contenida en el mismo cuerpo legal, el legislador expresa con claridad que el comediante puede acusar la ofensa que hubiese recibido ⁵⁶, y en otra regla jurídica, obra del rey Alfonso XI, que pasó al Ordenamiento de Alcalá, se deniega la defensa o excepción de la esposa frente al adulterio del marido, derogando un precepto contrario del Fuero Real, lo que permite al político ilustrado destacar la palabra inicial de la ley: «toda» mujer, a la que añade por vía de aclaración interpretativa: «esta universalidad es muy del caso», de donde deduce Campomanes que «persona alguna no es impedida de acusar y perseguir su derecho por lo universal» de aquellas palabras «toda mujer», a que es correlativo «todo marido».

La regulación jurídica contenida en las Leyes de Toro, a principios del siglo XVI ⁵⁷, permite la acusación de adulterio a todo marido, sin distinción de personas honradas o

⁵⁵ Fiel al criterio de honestidad intelectual en su labor interpretativa, Campomanes sostiene que del examen de Las Partidas se desprende una opinión personal contraria a la legitimación activa del infamado, como el comediante, para acusar a la mujer de adulterio, en cuya valoración aporta la excepción que exime a la mujer de responder a la acción del esposo si éste fue también adúltero.

⁵⁶ Las Siete Partidas 7, 1, 2.

⁵⁷ CIFUENTES, M. de, *Glosa sobre las leyes de Toro*, Medina del Campo 1555, fols. 47r-49r: Ley 80: El marido no pueda acusar de adulterio a uno de los adúlteros seyendo vivos: mas que a ambos adúltero y adúltera los aya de acusar o a ninguno. Fol. 47v: «Tertio, dubitatur quis possit accusare adúlteros. Circa quod breviter dic quod aut loquimur de iure communi aut de iure regni. In primo casu quando de iure communi: dic quod possunt accusare persona posite in lege quamvis 32 C. ad l. iuliam de adulterio et no alie. Nam ad illas tantum est coactata ista accusatio adulterii scilicet ad patrem, fratrem, patruum et avunculum. Quod est intelligendum tam de patre adultere quam de patre mariti et similiter de aliis cognatis ibi enumeratis ut tenet Sal. Ibi et post praedictos nulus alius admittitur ad huiusmodi acusatorem ut tenet Sal. In dicta lege quamvis. Quod patet clarissime tam in principio dictae legis quamvis quam in versículo secundo, ubi loquitur per dictionem taxativam: nec per hoc crimen adulterii desinit esse publicum, ut tenet Bartolus in lege 1 ff. de publicis iudi. In secundo casu, quando de iure regni, dic quod textus in 4 tit. 17 part. 7 disponit expresse quod persone de quibus in dicta lege quamvis de quibus supra dictum est possunt etiam accusare de huiusmodi adulterio. Sed textus in lege III titulo 7 lib. 4 foro legum disponit quod si maritus non vultg accusare adúlteros nec consentire quod alius accuset tunc nullus poterit acusaqre: et per illam legem dicunt quidam quod hodie non accusat dee adulterio nisi solus maritus. Sed certe ponderando legem illam aperte disponit contrarium: quia dicit quod si maritus non vult accusare nec consentit quod alius accuset tunc nullius poterit accusare: alias si maritus non contradixit, disponit quod alii possunt accusare. Quod intellige de personis contentis in dicta lege quamvis et in dicta lege 2 titulo 17 partita 7. Et sic secundum hoc tene conclusive, quod si maritus non vult accusare nec consentit quod alius acuset tunc nullus poterit accusare. Sed si maritus expresse consentit, quod persone de quibus in dicta lege quamvis acuset tunc poterit alius quam maritus accusare. Ex quo infertur quod si maritus est furiosus vel mentecaptus... ita tenet Montalvus... Et idem erit

infames, porque el agravio es común a todos los seres humanos ⁵⁸. La equiparación en una legitimación activa universal sin restricciones, ni de sexo, ni de estima social con relevancia en el Derecho, es concorde al nuevo planteamiento del matrimonio canónico, que comparte íntegramente el autor del Discurso, para el cual la unión conyugal, en cuanto sacramento, obliga jurídicamente en régimen de igualdad a la recíproca fidelidad de los esposos, desapareciendo las distinciones que provenían del Derecho romano entre las *iustae nuptiae* de los ciudadanos que gozaban de *ius connubii* y las uniones de los esclavos, calificadas como contubernios.

stante marito presente tacente et non contradicente. GOMEZIUS, A., *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Lugduni 1701, págs. 473-497, comentarios conjuntos a las leyes 80-82, n° 49: Quis possit accusare de adulterio, págs. 489-490: «Tertio principaliter quaero, quis possit accusare de adulterio. ET breviter et resolute dico quod maritus poterit accusare iure mariti, hoc est, cum privilegio et qualitate mariti, ut infra sexaginta dies post commissum delictum praeferatur omnibus aliis accusatoribus. Item ut possit accusare sine metu calumniae. Item ut non teneatur se inscribere ad poenam talionis: postea autem poterit accusare maritus non iure mariti, sed tanquam extraneus cum sit delictum publicum: imo tunc inter extraneos praefertur maritus: quia propensione, iure et dolore venit ad accusandum: textus est in lege prima & marito ff. ad legem Julian de adulte. Textus in lege secunda & finali eodem titulo. Textus in lege si maritus, la prima & primo et finali eodem titulo. Textus in lege is cuius & ex senatuconsulto eodem titulo. Textus in lege miles & sexaginta. Textus melior et expressior caeteris in lege iure mariti Codice ad leg. Julianam de adulteries, cuius verba sunt: iure mariti adulterii accusare volenti... agüere potest. Odofredus, Petrus, Cin., Jacob. Brutic. Barftolus, Albericus, Baldus, angelus, Salicetus et communiter doctores... Hodie tamen de iure novo Codicis hoc immutatum est, quia quilibet de popñulo non potest accusare, sed tantum maritus, pater, frater, patruus, et avunculus ipsius mariti, vel ipsius adulterae: cuius ratio est ne cuilibet liceat temere foedate matrimonia text. Est imperatoris Constantini in leg. Quamvis a la 2. ad legem Julian de Adulter. Et ibi notar Jacob. Butric. Cinius. Bartolus, Angelus, Salicetus et communiter doctores, licet glossa et aliqui doctorum ibi vellent quod imo post istos cdonjunctos quilibet extraneus possit accusare et pro illo txtu et communi opinion. Est hodie leg. 2 tit. 17 partita 7. Hodie autem de iure nostro regio nullus potest accusare, si modo sit extraneus modo conjunctus, sed solus maritus ita disponit textus in l. 3 tit. 7 lib. 4 fori legum, quae in hoc communiter practica-tur. Se discute si pueden acusar personas extrañas y la común opinión es que sólo si no hay contradicción del marido y es persona próxima al mismo: «Ego autem teneo contrarium, imo quod distincte hodie nullus possit accusare adulteros, nisi solus maritus, modo maritus taceat, modo contradicat, modo sit absens, modo praesens per rationem praedictae legis fori et praedicta legis quamvis et ita compracacticatur... Licet alia delicta publica non praescribantur minori spatio 20 annorum, ut in lege quaerella Codice de falsis, tamen istud crimen praescribitur per quinque annos et ulterius non potest fieri accusatio: textus est in lege mariti & praeterea, et & hoc quinquennium ff. ad legem Julian de adulteriis, textus in lege quinquennium eod. titul., textus in lege adulter. Cod. Eod. Titul. Et idem disponit lege 4 tit. 17 7 partita, unde videtur dicendum quod hodie poterit accusare infra quinque annos iure mariti, cum nullus extraneus admittatur. Vid. PACHECO, J. F., *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, t. I, Madrid 1862, págs. 457-470, leyes 80 a 82.

⁵⁸ Cf. Vid. ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más moldernas que en el día rigen*, 3ª impresión, Madrid 1826, págs. 411-438, leyes 80, 81 y 82. «El adulterio es accessus carnalis cum muliere proximi, esto es, el adulterio carnal con la mujer ajena: esta definición comprende sólo el adulterio de que habla esta ley 80». Págs. 428-429: «El adulterio es constante que mayor pecado será, porque además de la deshonestidad tiene la injusticia por la injuria que al dueño se irroga. Contra este delito de adulterio por su injusticia y las malas consecuencias que trae a las repúblicas en todas las bien ordenadas se han establecido penas hasta la capital... pero en nuestra España la accion contra

Las consideraciones finales del manuscrito permiten observar que su planteamiento no era un mero juego de diletantismo intelectual, ni el intento de llenar un acto al que asistieran algunos ilustrados dieciochescos, sino la clarificación de un instituto que presentaba dudas en la doctrina jurídica respecto del régimen legal aplicable por los tribunales de justicia españoles, facilitando la correcta personación del acusador en el juicio criminal mediante la traducción al castellano de los requisitos formales del escrito de acusación empleado en Roma⁵⁹ y su correspondencia con las leyes de Partidas, en una de cuyas normas se reproducen casi a la letra las formalidades vigentes en el mundo romano⁶⁰.

los adúlteros hasta la pena capital se ha concedido a los maridos privativamente, sin que viviendo ellos otro alguno pueda querellarse contra los reos de este crimen». HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica*, primero y segundo tomo. El primero, dividido en cinco partes, en las que se trata breve y compendiosamente de los Juicios civiles y criminales, eclesiásticos y seculares..., nueva impresión, Madrid 1797, págs. 198-199: A propósito de la acusación, en juicio criminal, afirma que «en adulterio nos e puede proceder a pedimento de ninguno, si no es del marido». Vid. COLLANTES DE TERÁN, M.ª J., *El delito de adulterio en el derecho general de Castilla*, en AHDE 66 (1996) 201-228. Esta investigadora pone de relieve que la prohibición a la mujer de acusar a su marido en caso de adulterio ante el juez seglar, a partir del C. I. 9, 9, 1, de donde pasó a Las Partidas, fue objeto de una glosa contraria por parte de Baldo de Ubaldis, quien entendió que era posible ejercitar la acción por injurias, mientras que Gregorio López, siguiendo a Partidas, entiende que la mujer no sufre injuria por este delito y le incapacita para ejercitar la acción correspondiente, a diferencia del Derecho Canónico donde la acusación mutua era posible. La legitimación activa de la acusación corresponde al marido, siendo disputado en la doctrina si el juez podía proceder de oficio. Cf. HERAS SANTOS, J. L., *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca 1991, págs. 224-227.

⁵⁹ Sobre el origen de la acusación criminal del proceso romano, vid. CASORATI, L., en *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. I-Parte I, Milano 1884, págs. 401-407, s. v. **Accusa (Giudizio di)**.

⁶⁰ Vid. VELA Y ACUÑA, J., *Modus seu ordo procedendi in causis criminalibus*, Salamanca 1603, págs. 30-31, nº 7-9: Necesidad de la suscripción en la acusación y que se contenga en un escrito, con la data. Pág. 33, numero 45 y 46: que se indique la fecha de la comisión del delito, con año y mes, aunque no es preciso señalar el día y la hora; págs. 34-36: que se indique la especie de delito y las circunstancias del mismo, así como el lugar de su comisión. Pag. 37: Es necesaria la suscripción del acusador. ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Práctica criminal por principios, o modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario y plenario de las causas del oficio de justicia contra los abusos introducidos*, t. II, 3.ª ed, Madrid 1815, Diálogo 31: De las acusaciones, págs. 260-267: «Cómo se forman las acusaciones en las causas criminales y sepas que según nuestro Derecho de las 7 partidas es la ley 14, tit. 1 part. 7, concordante con el derecho de los romanos, la acusación debe ser puesta in scriptis; ha de contener el nombre de la persona del acusador y del acusado, el del Juez ante quien se acusa, el delito que se acusa, el lugar donde fue cometido el delito, el mes, año y era en que se executó... quando la Ley requiere pro forma alguna solemnidad, la falta de ella anula el acto: es así que la Ley, tratando de los requisitos de la acusación, pone pro forma los que hemos enunciado, con que la falta de ellos anulará el proceso, esto es, atenta la Ley de las Partidas, porque hoy después de la Ley de Ordenamiento que es la 11 tit. 1 lib. 5 de la Recopilación, que dispone el que se proceda atenta la verdad, no se requieren las solemnidades de la Ley de Partida; esto es, que aunque la práctica es ponerlas, no sería el proceso nulo si se omitiesen, y atenta la verdad, podía recaer a su tiempo la condenación y no absolver al reo... hoy en la practica... se observan las mas substanciales circunstancias de la Ley de Partida, como el nombre de acusador y del acusado, lugar, día, mes y año en que se cometió el delito, no se pone la época ni el nombre del Juez: la época, porque no es necesaria para averiguar la verdad, y saber si fuese calumniosa la acusación, a quien se ha de castigar; y el nombre del Juez, porque basta para saberse decir ante vuestra merced, cuyo nombre consta por los mismos autos en los decretos del juez. Con los requisitos formales se

Antes de concluir, destacamos dos aspectos relevantes. En primer lugar, que la confusión existente en la formación romanista de Campomanes se traduce en algunas afirmaciones científicamente insostenibles, como la contraposición entre los matrimonios de los ciudadanos romanos y los de las personas viles, ignorando que éstas gozaban de un *status civitatis* conforme al Derecho Romano, aunque tuvieran limitada su capacidad.

Alcance totalmente diferente presenta la cautela que propone el político asturiano respecto de las personas que proceden de un estrato social bajo, con arreglo a los estatutos del Antiguo Régimen, o que se dedican a oficios sórdidos o mecánicos, ya que en su opinión la fiabilidad de las personas «viles o pobres» es menor por su propensión a la calumnia, de la cual intentarían obtener ganancias ilícitas, frente a los nobles y personas con recursos. En este punto hay un fiel trasunto de la distinta relevancia que se otorgaba al testimonio, como medio de prueba en la *Cognitio extra ordinem* del Derecho romano ⁶¹.

trata de evitar la calumnia y la identificación plena de los hechos». LÓPEZ DE SALZEDO, I., *Singularis et excellentissima practica criminalis canonica excommunicationis, irregularitatis, suspensionis, degradationis, dispensationis materiam: in utroque foro frequentissimam complectens. Qua omnia fere crimina, quae tam a clericis quam a laicis, ad Ecclesiastica ordinaria et sanctae Inquisitionis spectantia tribunalia, cum eorum poenis et reorum defensionibus describuntur*. Novissime recognita..., Compluti 1587, cap. 85, págs. 289-294: Adulterium. 1. Adulterium grave scellus. N^o. 5: Adulterans cum muliere nupta impúdica, licet de iure Caesarum puniendus non sit, secus autem de iure pontificio. N^o 6: Licet hodie de iure regio solus maritus possit adulteros accusare, clericus tamen adulter, etiam marito non causante, impunis dimittendus non est, págs. 290-291: Unum praeterea advertendum sentio in hoc proposito, quod licet in his Regnis Castellae et Legionis lege regia sancitum sit, quod marito non accusante uxorem, nullus possit eam accusare de adulterio, Iudex tamen ecclesiasticus poterit punire clericum in hoc delinquentem: nec reus valebit opponere quod maritus non accuset. Non enim potuit lex illa regia ecclesiasticos iudices impedire, ne ad emendam suorum clericorum procederent. Aliter enim clerici omnes incontinentes libidinem summa potius cum nuptis, quam cum solutis mulieribus explerent, cum securius ac impune id agere conoscerent: et ita ego iam alias practicavi, dum vicarium agerem generalem Episcopi Salmantini: et licet ad id appellatum fuerit, obtinui tandem coram superiore. Veruntamen in hoc magna debet adhiberi cautela: nam si adulterium clerici adeo est notorium, maritique persona ita viis, quod praesumi possit ipsum scire et parvipendere: tunc iudex ecclesiasticus poterit publice et libere de adulterio tractare et poenam imponere. Si vero delictum non est publicum, aut marito ignotum esse creditur, periculumque exinde timeri possit uxori: tunc consulerem clericum de hoc delicto convictum vel confessum camerario processu et familiari disciplina corrigendum relegandumque sine expressione causae in sententia... Marito autem clericum accusante, tunc severius procedendum est: tantoque acrius in aliis poenis carcedris et detrusionis ultra depositionem puniendus est clericus, quando honorabilior est persona mariti, aut diuturnius est adulterii peccatum, maiusve exinde subhortum scandalum, praecipue si contigerit quod adultera fuit per iudicem saecularem tradita marito et ab eodem occisa. Crederem insuper in hac material (meliori semper iudicio salvo) quod maritus potest accusare clericum coram Iudice ecclesiastico, licet uxorem coram saeculari non accuset: nec poterit clericus in hoc aliqua exceptione se tueri, cum iura canonica adulteris poenam imponentia, nullam habeant considerationem, nec requirant quod uxor pariformiter accussetur».

⁶¹ El valor del testimonio depende de la calidad de las personas que lo prestan, de modo que en la novela 90 de Justiniano se otorga mayor importancia a los procedentes de los *honestiores* frente a los *humiliores*.

Finalmente, Campomanes defiende, con arreglo al Derecho natural en su interpretación justiniana⁶² y sin ambages, un principio universalmente válido para cualquier ser humano a favor del derecho fundamental⁶³ de acusar en caso de adulterio, confirmando su fundamento con el principio indiscutible de la legítima defensa⁶⁴, procedente del Derecho Romano⁶⁵ y que se sintetiza con el axioma «*vim vi repellere licet*»⁶⁶. No obstante este ámbito, reconoce que su ejercicio difiere en el modo de hacerla valer: en las perso-

⁶² Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Horizonte actual del Derecho Romano...* cit., págs. 214-218.

⁶³ Cf. CRIFÓ, G., *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L'emersione storica de una vicenda istituzionale*, Roma s. a., pág. 30 y 307-316.

⁶⁴ Vid. GARCÍA MARÍN, J. M., *La legítima defensa en el Derecho castellano de los siglos XVI a XVIII*, en AHDE 57 (1987) 759-770.

⁶⁵ D. 9, 2, 45, 4. Paulo libro X ad Sabinum: «*vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt...*» y D. 43, 16, 1, 27. Ulpiano libro LXIX ad edictum: «*Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur...*».

⁶⁶ Cf. VELA Y ACUNIA, I., *Tractatus de poenis delictorum, quem auditoribus suis... et cathedrae Voluminis stipendio praefectus, Salmanticae dictabat*, 2.^a ed, Salmanticae 1603: N° 30: Nam si clericus sit, poterit maritus ommissa accusatione uxoris ipsum coram ecclesiastico iudice accusare: quia dicta lex regia non ligat personas et iudices ecclesiasticos, ut recte advertit Bernardus Diaz de Lugo. N° 31: Est autem advertendum, quod iure nostro regio nullos admitti potest ad accusandum de adulterio, sive extraneus, sive coniunctus, nisi ipsemet maritus ex l. 3 tit. 7 lib. 4 Ordinamenti et quotidie ita praticari testatur Antonius Gomez in dicta l. 80 Tauri numero 49. Pág. 10: n° 32: Hactenus tandem egimus de adulterii poenis, quae a iudice irrogantur, si maritus velit se in iudicio vindicare, nunc de alia poena agendum est, quae adulteris a marito sine iudice irrogari potgest, constat enim Romuli et duodecim tabularum III. Permissum fuisse marito deprehensam uxorem in adulterio, et adulterum occidere, his verbis, maechum in adulterio deprehensum occidito, ut referunt Covarrubias in 4.2 part. Ca. 7 & 7 in principio, qua facultate in uxores multis annis usi sunt Romani, ut constat ex Mar. Catone in oratione de dote, abAulo Gelio relata lib. 10 Noctium Atticarum ca. 23 his verbis: In adulterio uxorem tuam si deprehendisses sine iudicio impune necares, illa te si adulterares, digito non auderet contingere, neque fas est. N° 33: Lata autem a Divo Augusto l. Iulia de adult. Hoc immutatum est: patribus enim qui filias in potestate haberent ea lege concessum fuit, domi suae aut generi deprehensum adulterum et filiam propria autoritate occidere l. Patri 20 l. si veniet 21 l. neque 22 de adyulteriis, dum tamen utrumque occidat, l. nihil 32 ff. eodem: maritis autem illa potestas occidendi uxores adulteras in totum adempta fuit dicta le. Neque 22 versicul. Et ideo licet si de facto icciderent mitius punirentur l. Si adulterium 38 & imperator. De adulteriis. Fuit tamen permissum maritis adulterum occidere, si vilis persona esset l. Marito 24 de adult. Textus sic intelligendus in l. Gracus 4 C. eod. Nobilem autem viginti horas retinere l. Capite 25 de adult. N° 34: Nova autem constitutione Iustiniani licet marito sine ulla distinctione adulterum occidere, si propter suspicionem prius eujm ter admonuerit, ne cum uxore secreto colloqueretur, ut in autentica si quis ei c. de adulte. Pág. 11: Iure autem regio Partitarum hae omnes distinctiones approbantur in l. 12 et ss. Tit. 7 part. 7. At hodie noviore iure licet marito, sine ulla distinctione, adulterum et propriam uxorem in adulterio deprehensos occidere, dum tamen utrumque occidat cit. l. 2 Ordinamenti, l. 82 Tauri, l. 3 titulo 20 lib. 8 Recopilationis et ita praticari testantur Antonius Gomexsz et Gregorius Lopez in l. 13 verbo home titul. 7 part. 7. N° 35: Imo et hoc noviori iure facultas illa occidendi filiam patri adempta est, licet confirmata fuisset in dict. l. 14 part. quia concedebatgur propter patriam potestatem, ut in dict. l. patri, quam hodie non habet pater in filiam nuptam ex l. 47 Taur. Ut eleganter resolvunt Gregorio Lopez in dict. L. 14 verbo a su fija. Covarrubias dict. & 7 numero 4, Pinellus in rubrica C. de bonis maternis 2 parte, Cassaneus... licet contrarium et male defendat Didacus Perez in dict. L. 2 ordinamenti verbo Si se esposo. N° 36: Requiritur autem, ut maritus adulterum et uxorem occidendo excusetur in totum..., quod inventa eos non solum in actibus praeparatoriis ad venerem, sed in ipso actu venereo... l. quod ait 23 de adulter. Lib. 2 Ordinamenti verbo Si el esposo los hallare en uno».

nas de alta condición social a través de otorgar al perjudicado, en concepto de actor, la legitimación activa del juicio criminal; en las viles, a causa de las reticencias señaladas, mediante su capacidad absoluta e ilimitada para denunciar el delito al juez, quien dará curso al proceso correspondiente ⁶⁷.

Con posterioridad a Campomanes, la Novísima Recopilación ⁶⁸ establece que el marido no puede dirigir la acusación contra uno sólo de los adúlteros, sino que debe acusar a ambos, si están vivos, o a ninguno ⁶⁹.

⁶⁷ Cf. BERNI, J., *Práctica criminal, con nota de los delitos, sus penas, presunciones y circunstancias que los agravan y disminuyen, y Ritual para juzgar, acriminar, y defender en los Tribunales Reales de España, y en los particulares de Residencias*, Valencia 1749, págs. 6-11 y 23-25; ASSO, I. J.; MANUEL RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, ed. V, Madrid 1792, pág. 239, & VII. De los adulterios; VILANOVA Y MAÑES, S., *Materia criminal forense, ó tratado universal teórico y práctico de los delitos y delinquentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, t. III, Madrid 1807, págs. 164-168, &XX; JUAN Y COLOM, J., *Instrucción de escribanos en orden a lo judicial... y forma de proceder en las causas civiles y criminales, assi en la theórica como en la práctica, fundada sobre las Leyes reales y estilo de tribunales ordinarios*, ed. VI, Madrid 1769, págs. 169-174; ESCRICHE, J., *Elementos del Derecho patrio*, ed. II, Madrid 1840, págs. 226-227 y 238-239;

⁶⁸ Nov. Recop. Lib. XII, título XXVIII, ley 3. *Códigos Españoles*, t. V, pág. 424. Es un traslado de la ley 80 de Toro y reproducida como norma en Nueva Recopil. Lib. 8, tít. 20, ley 2. *Segunda parte de las Leyes del Reyno, libro Quinto*, En Madrid, por Diego Díaz de la Carrera, fol. 347r.

⁶⁹ Vid. ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Práctica criminal por principios, o modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario y plenario de las causas del oficio de justicia contra los abusos introducidos*, t. III, 3.^a ed, Madrid 1815, Diálogo IX, págs. 185-196: «Qué es adulterio y que su queja está solo reservada al marido. Para acusar de este delito se señalan solo cinco años, y el marido lo hará contra ambos adúlteros, y no contra uno solo. Qué penas se imponen a este crimen. Qué excepciones puede tener una muger contra la acusación del adulterio. En qué pena incurre el marido que consiente el adulterio. Matando el marido a los adúlteros no gana la dote ni los bienes de estos. Matando voluntariamente sólo al uno, incurre en pena, aunque menor que la ordinaria. Cómo ha de probar el marido que les cogió in in. Si se librará de la pena, matándoles sin cogerles in fraganti. De qué modos se probará el delito de adulterio. Pág. 185: Adulterio es coito carnal con muger agena. Este delito que entre los Romanos fue publico, hoy en España es reservada la queja al marido, de modo que ni el Juez puede de oficio proceder en él, porque aunque la ley 2 título 17 Partida 7, concordando con las de los Romanos, pone por su orden a varios que pueden acusar, como sea preferida la Ley del Fuero que es la 3 título 7 libro del Fuero de las Leyes, que dice que solo puede acusar el marido, siguese que solo este, y no otro, aunque esté ausente puede acusar; la razón es porque siendo el ofendido, sin su expresa voluntad no debe tratarse de un delito cuya publicación le puede ser sensible. Quántos años se conceden para poder acusar este delito? La ley 4 título 17 partida 7 señala cinco, y no hay ley más moderna en contrario; y sepas que el marido no puede acusar a uno de los adúlteros siendo vivos, pues tiene que acusarlos a los dos, o a ninguno: es terminante la ley 80 de Toro. Qué pñenas están impuestas al adulterio? La ley del fuero que es la ley 1 título 20 libro 8 de la Recopilación, dice que si la mujer casada ficiere adulterio, ella y el adúltero sean en poder del marido, y faga de ellos lo que quisiere y de quanto han: pero con la restricción de que no pueda matar a uno y dexar a otro, y en quanto a los bienes en el caso de que no tengan hijos legítimos cada uno respectiva de los adúlteros, pues en caso de que los tengan, no podrá el marido hacer de los bienes lo que quiera; pero sí podrá aunque tengan ascendientes legítimos como padres, abuelos etc. Pues por la ley citada de la Recopilación queda derogada la ley 25 título 12 de la partida 7, tanto en la pena personal, quanto en la aplicación que hface de los bienes de los adúlteros. Este ley de la Recopi-

Los Códigos Penales hispanos del siglo XIX también regularon específicamente esta materia: en el de 1822 se dispuso que sólo el marido podía acusar el adulterio, conforme al art. 634, aunque se recuperó en el artículo siguiente la figura procesal de la excepción a favor de la mujer, si es acusada por el esposo adúltero. De otra parte, el de 1848 prescribe en su art. 350: «no se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado. Éste no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio, o perdonado a cualquiera de ellos»⁷⁰. El Código Penal de 1870 reproduce este mismo régimen legal en su artículo 449⁷¹, al igual que el de 1928, en su art. 621.

La nueva impronta de la República Española determinó un Código Penal en 1932 en el cual se consideraba la infidelidad como causa de disolución del matrimonio, de modo que el adulterio dejó de enunciarse entre los delitos, recuperando la figura penal el Código de 1944, en su artículo 450, con una redacción idéntica a los códigos decimonónicos, si bien el vigente texto legal ha suprimido esta figura delictiva⁷².

lación, que refiere la ley del fuero, está hoy en uso, de modo que el no verse la pena de muerte es porque regularmente los maridos se contentan con una reclusión, pero la ley no está derogada, y la práctica es con arreglo al espíritu de ella, aunque veas que se destinan a San Fernando u otras reclusiones, pues son a petición de los maridos o porque ellos lo piden así o porque lo dexan al prudente arbitrio de los jueces. Las excepciones que puede poner una mujer contra la acusación de adulterio son: si acusa a uno de los adúlteros y no a ambos, siendo vivos conforme a la ley 80 de Toro; el lapso de los cinco años de la ley 4 título 17 Partida 7; si el marido es sabedor del adulterio y cohabita con la mujer, porque induce a la remisión de la ofensa: es la ley 5 título 7 libro 4 del Fuero de las leyes. El haber consentido el marido en el adulterio, pero esta excepción ha de ponerse precisamente antes de la contestación de la demanda, porque después no la sirve de excusa: es la ley 7, tit. 17 partida 7. Si sorprende infraganti el marido a los adúlteros puede matarlos, sin incurrir en la pena del homicidio, pero no gana la dote ni los bienes de los que matare: es terminante la ley 82 de Toro».

⁷⁰ Vid. PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, t. II, Madrid 1848, págs. 115-120; ed. IV corr. y aum., t. III, Madrid 1870, págs. 111-115, refiriendo en ambas ediciones las concordancias del precepto con la normativa romana del C. I. 9, 9, 29 (30). Imp. Constantinus. ad Evagrium. Año 326, así como el Fuero Juzgo lib. III, tít. 4, 11 y 13; Fuero Real, lib. IV, tít. 7, leyes 3-5; Las Siete Partidas, lib. VII, tít. 8, ley 12 y tít. 17, ley 2; Nov. Recopil. Lib. XII, tít. 28, ley 3, así como algunos códigos europeos, tales como el francés en su art. 336. Cf. CASTRO Y OROZCO, J.; ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, t. II, Granada 1848, págs. 320-321.

⁷¹ Vid. VIADA Y VILASECA, S., *Código penal reformado de 1870 con las variantes introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876 concordado y comentado*, ed. IV, t. III, Madrid 1890, págs. 108-112.

⁷² Vid. LISZT, F. von, *La legislación penal comparada... con el concurso de eminentes penalistas*, por el Dr. von Liszt. T. I: *El Derecho criminal de los Estados europeos*. Trad. de la ed. francesa por A. Posada, Madrid-Berlín 1896, págs. 37-85; MACHADO CARRILLO, M. J., *El adulterio en el Derecho penal: pasado, presente y futuro*, Madrid 1977; VAELLO ESQUERDO, E., *Los delitos de adulterio y amancebamiento*, Barcelona 1976, págs. 19-35 y 168-170.

APÉNDICE ⁷³

«Discurso formado por el Señor Campomanes sobre el derecho de acusar de adulterio a su mujer en las personas viles como el comediante».

Si la persona vil, como el comediante puede acusar de adulterio a su mujer».

In marg.: «Qui artem ludicrae exercet» (terminología de Plauto) ⁷⁴.

«La propagación del genero humano es una de las cosas más necesarias en el Estado, que dio la Omnipotencia al Universo.

Fue el hombre la mas perfecta producción de aquella obra de los Seis días ⁷⁵: todo se hizo para servir al hombre ⁷⁶: para su compañía y regalo tomo de su quenta igualmente Dios la criacion de la muger ⁷⁷. El matrimonio fue consecutivamente establecido en Adán y Eva ⁷⁸.

El precepto de la multiplicación no fue menos expreso: Creced les dixo, y multiplicados ⁷⁹.

Una de las mayores penas en la perdida del Paraíso fue la de el dolor a parir las mugeres los hijos ⁸⁰, aquellas prendas mas entrañables a los padres.

El abuso en la propagación/ con motivo de la sodomia fue una de las grandes causas del diluvio ⁸¹.

⁷³ Todas las notas son del autor de esta comunicación.

⁷⁴ El *Lexicon Plautinum* facilita una única referencia a la expresión que nos ocupa, señalando que *ludicra* tiene en este autor el valor de un adjetivo. El fragmento se encuentra en su comedia *Aulularia* 626: «continuo meum cor coepit artem facere ludicram». Conforme a la traducción de González-Haba: «Al momento se me ha puesto el corazón a saltar y a danzar en el pecho...» (PLAUTO, *Comedias... La Comedia de la Olla...*, Madrid 1992, pág. 200). Por parte de Molina Sánchez se interpreta que en este verso y en el siguiente hay una doble metáfora: «primero identificativa, con el *artem facere ludicram* (bailar), cuya base de comparación está tomada del mundo del espectáculo (el baile o danza que ejecutaban los ludi); segundo, personificación de partes del cuerpo... dar saltos con el pecho» (MOLINA SÁNCHEZ, M., *La aulularia de Plauto*, Madrid 1991, pág. 161).

⁷⁵ Gen. 1, 31: «Vidit Deus cuncta quae fecerat, et erant valde bona. Et factum est vespere et mane, dies sextus».

⁷⁶ Gen. 1, 28-30: «Benedixitque illis (masculum et foeminam) Deus et ait: Crescite et multiplicamini et replete terram, et subiicite eam, et dominamini piscibus maris, et volatilibus caeli, et universis animantibus, quae moventur super terram. Dixitque Deus: Ecce dedi vobis omnem herbam... ut sint vobis in escam: et cunctis animantibus terrae... ut habeant ad vescendum. Et factum est ita».

⁷⁷ Gen. 2, 18: «Dixitque quoque Dominus Deus: Non est bonum esse hominem solum: faciamus ei adiutorium simile...». Gen. 2, 21-22: «Immisit ergo Dominus Deus soporem in Adam: cumque obdormisset, tulit unam de costis eius, et replevit carnem pro ea. Et aedificavit Dominus Deus costam, quam tulerat de Adam, in mulierem...»

⁷⁸ Gen. 2, 24: «Quamobrem relinquet homo patrem suum, et matrem, et adhaerebit uxori suae: et erunt duo in carne una».

⁷⁹ Gen. 1, 28: «Benedixitque illis Deus, et ait: Credscite et multiplicamini et replete terram...».

⁸⁰ Gen. 3, 16: «Mulieri quoque dixit: ...in dolore paries filios...».

⁸¹ Gen. 6, 1-14: «Cumque coepissent homines multiplicari super terram, et filias procreassent, videntes filii Dei filias hominum quod essent pulchrae, acceperunt sibi uxores ex omnibus quas elegerant... Videns autem Deus quod multa malitia hominum esset in terra, et cuncta cogitatio cordis intenta esset ad ma-

Y en fin, en la ley antigua de los israelitas no hubo menos providencia a favor de la licita propagación en el matrimonio ⁸². El adulterio fue castigado ⁸³ con el enterrivivo (sic) ⁸⁴, y el apedreamiento ⁸⁵ de los adúlteros.

En la Ley de gracia dice expresamente Christo: No es licito dimitir, ni echar de si a la muger, sino por causa de la fornicacion ⁸⁶.

Por esto solo podemos inferir quan abominable es en la presencia divina el adulterio.

La naturaleza o derecho natural nos inclina a la propagación, para conservación de nuestra especie: en esto convenimos con los demas vivientes ⁸⁷.

La sociedad o domesticacion en la distinción de dominios inclina los mas barbaros la distinción de mugeres. Raro pueblo dexo impunido el adulterio.

lum omni tempore... Corrupta est autem terra coram Deo et repleta est iniquitate. Cumque vidisset Deus terram esse corruptam (omnis quippe caro corruerat viam suam super terram) dixit ad Noe: Finis universae carnis venit coram me: repleta est terra iniquitate a facie eorum, et ego disperdam eos cum terra. Fac tibi arcam...; Gen. 7, 10- 8, 14; Gen. 19, 24-25: «Igitur, Dominus pluit super Sodomam et Gomorrham sulphur et ignem a Domino de caelo: et subvertit civitates has, et omnem circa regionem, universos habitatores urbis, et cuncta terrae virentia»; Lc. 17, 29.

⁸² Lev. 18, 1-26; 19, 20-21.

⁸³ Lev. 20, 20: «Si moechatus quis fuerit cum uxore alterius, et adulterium perpetraverit cum coniuge proximi sui, morte moriantur et moechus et adultera». Deut. 22, 22: «Si dormierit vir cum uxore alterius, uterque morietur, id est, adulter et adultera...».

⁸⁴ La ejecución de la pena de muerte que se aplica con carácter general dentro de los preceptos contenidos en el Antiguo Testamento, y encontramos en caso de adulterio, consistía en la lapidación: Lev. 20, 10; Dt. 22, 22-27. Si existía un delito sexual grave también se aplicaba la pena del fuego: Lev. 20, 14; 21, 9. Ello no eliminaba la existencia de ordalías, como se indica en Núm. 5, 11-31, o el repudio, ya contemplado en Dt. 24, 1-5. Otros modos de ejecución de la pena capital fueron la suspensión en la cruz y el empalamiento: Núm. 25, 4 y Gén. 40, 19; 41, 13. Vid. *Diccionario enciclopédico de la Biblia*. Dir. por P. M. Bogaert y otros, Barcelona 1993, pág. 1.204, s. v. **Pena de muerte**. Sobre la pena de muerte, ejecutada a través del enterramiento vivo del delincuente, hay que acudir al supuesto típico de las vestales romanas. Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Las vestales romanas. Tratado de Alvar Gómez de Castro. Año 1562*, Oviedo 1993, págs. 232-245.

⁸⁵ Dt. 22, 23-24: «Si puellam virginem desponderit vir, et invenerit eam aliquis in civitate, et concubuerit cum ea, educes utrumque ad portam civitatis illius, et lapidibus obruentur...»; Ez. 16, 40: «Propterea, meretrix, audi verbum Domini... Et iudicabo te iudiciis adulterarum... Et dabo te in manus eorum... et adducent super te multitudinem, et lapidabunt te lapidibus...»; Jn. 8, 5: «In lege autem Moyses mandavit nobis huiusmodi (mulieri in adulterio deprehensa) lapidare. Tu ergo quid dicis?...».

⁸⁶ Math. 19, 2-9: «... Si licet homini dimittere uxorem suam, quacumque ex causa?... Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet... Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatus: et qui dimissam duxerit, moechatur».

⁸⁷ D. 1, 1, 3. Ulpiano lib. primo Institutionum: «Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium... hinc descendit maris atque foeminae coniunctio, quae nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio...». Reproducido en Inst. Iust. 1, 2 pr.

Casi como singular puede contarse la ley de Solón⁸⁸ (tachado) Licurgo⁸⁹ que permitía a los Espartanos o Lacedemonios el adulterio indirectamente para la propagación// y evitar la esterilidad de algunos matrimonios⁹⁰: no era tan absoluto este desorden⁹¹.

Los demas pueblos mantuvieron en esto la honestidad conyugal: tubieron por grande inconveniente la violación del lecho ageno por la incertidumbre de los hijos⁹², y por los respetos de la vergüenza⁹³, y del decoro⁹⁴.

Las leyes no fueron escasas en favorecer la honestidad de los matrimonios. Si recurrimos a los Romanos vemos la ley Julia de adulteriis⁹⁵ perseguirles con graves penas, de donde han tomado norma los demas pueblos.

Sin embargo de esto hubo en el modo de instruir la acusación contra los adúlteros sus diferencias, como tambien en el derecho de matarlas in fragranti⁹⁶.

⁸⁸ Entre las normas más extrañas de este legislador ateniense, que según Plutarco (*Vidas Paralelas. Solón-Publícola*, Solón 23) protegían el fin principal del matrimonio de la procreación, se encuentra la relativa a la facultad de dar muerte al adúltero que era sorprendido en semejante hecho, pero si alguien robaba una mujer libre y la violase, tan sólo se le sancionaba con una pena pecuniaria, que implica una cuantía más reducida si hubo seducción, excluyendo a las ramerías.

⁸⁹ Para Plutarco, Licurgo es objeto de confrontación con Numa. En sus aspectos más relevantes (Licurgo, 15), destaca la minusvaloración de los célibes, a quienes se privaba de algunos actos y honores, además de imponérseles ciertas conductas, «a causa de inobediencia a las leyes».

⁹⁰ La cita no es textual pero se desprende del argumento empleado por Plutarco, al señalar que el marido anciano de una mujer moza, en caso de encontrar un joven adecuado para una saludable procreación, podía llevarlo a su mujer y asumir la criatura que naciese (Licurgo, 15). No obstante, el argumento de la esterilidad que utiliza Campomanes no se corresponde con el enfoque legislativo, ya que en Esparta era permitido que un hombre excelente, viendo una mujer bella y hermosa, madre de varios hijos, aunque estuviera casada, podía acordar con su marido que le dejase yacer y procrear, sin que hubiera ruptura del matrimonio. Por este motivo se divulgó la ausencia de adúlteros en Esparta.

⁹¹ La regulación del matrimonio, su inicio ritual, los elogios a favor de la continencia y moderación, así como la relevancia que se tributa a la sana procreación, correcta crianza, etc. Muestran un régimen muy ajustado a sus ideas de honestidad y sentido comunitario de la existencia humana.

⁹² Es el mismo motivo del *tempus lugendi* contemplado por el pretor, a propósito de las segundas nupcias, y contenido en D. 3, 2, 11, 1. Ulp. libro sexto ad edictum: «... propter turbationem sanguinis».

⁹³ Cf. D. 48, 5, 13, 5. Ulpianus libro secundo de adulteris: «Iudex adulterio ante oculos habere debet et inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat...».

⁹⁴ Los romanos hablaban del «*honor matrimonii*» para expresar ese respeto de la mujer por la institución, cuando el marido estaba ausente. Los textos romanos de veneración a favor del matrimonio son muy explícitos; sirvan las siguientes citas: «In contrahendis matrimoniis ius naturale et pudor inspiciendus est» (D. 23, 2, 14, 2); «in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit» (D. 50, 17, 197); «nihil in rebus mortalium venerandum est atque matrimonium» (Nov. 140, praef.); «prima societas in ipso coniugio est» (Cic., De off. 1, 17).

⁹⁵ La *lex Iulia de adulteriis coercendis* es del año 18 a. C. y fue propuesta por Augusto. Cf. ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim 1966, págs. 445-447 y 507.

⁹⁶ Mientras el *paterfamilias* podía matar a la hija culpable con su cómplice (D. 48, 5, 21; 23, 2; 24, 4), el marido no estaba legitimado para dar muerte a la mujer, y sólo podía matar al adúltero en determinados supuestos contemplados en D. 48, 5, 25 (24). Macer libro primo publicorum y D. 48, 5, 26 (25). Ulpiano libro secundo ad legem Iuliam de adulteriis.

Como los Romanos miraban tanto la distinción de estados y personas, no permitían a las vi- les ejercer aquellas funciones debidas a los que *solo* gozaban el derecho de Ciudadanos Romanos. Conveniente era *esta* parsimonia en una Nación vencedora y amante de su gloria ⁹⁷: tenían por indigno que un Ciudadano Romano fuese acusado por un hombre infame ⁹⁸.

Ver aquí la lista de los que no pueden acusar () /in marg. Leg. qui iudicio publico 4 ff. de acc ⁹⁹. Esto se lee tambien en la ley 1 ff. de his qui notantur infamia ¹⁰⁰, allí: Qui artis ludicae pronun- ciandive causa in scenam prodierit. Ley 2.^a & fin eod. ¹⁰¹ allí: eos enim qui quaestus causa in cer- tamina descendunt, et omnes propie praemium in scenam producentes famosos esse Pegasus et Nerva filius responderunt. Cod. ¹⁰² / No tiene derecho de acusar el condenado por juicio publico; a menos que persiga la muerte de sus hijos o patronos. Tambien se quito el derecho de acusar a los notados de calumnia: item a los que se han metido en la arena (in marg.: plaza) a pelear con las bestias: o los que exercen el arte burlesca (ó comica) o los alcahuetes: o aquel convencido en juicio de haver caido en prevaricacion o calumnia; o los que por acusar o **dañar** a otro estan sin- dicados de haver tomado dinero ¹⁰³.

⁹⁷ El texto de Tito Livio, en el *praefatio*, n.º 7, de su *Ab urbe condita* es muy expresivo: «...si cui po- pulo licere oportet consecrare origines suas et ad deos referre auctores, ea belli gloria est populo Romano ut, cum suum conditorisque sui parentem Martem potissimum ferat, tam et hoc gentes humanae patiantur ae- quo animo quam imperium patiuntur».

⁹⁸ La infamia suponía en algunos casos la pérdida de la honorabilidad social, con trasfondo jurídico, pero en ocasiones era una mera merma de la misma, y podía provenir de varias causas, tales como la mala nota censoria, en el período republicano, pero también por decisión judicial, cláusula edictal o disposición de una ley. La condición de infame implica la incapacidad para ejercer cargos públicos o la imposibilidad de actuar como testigo en juicio; en Derecho justiniano entre los efectos de la infamia se incluye la incapaci- dad para ejercitar la acción popular.

⁹⁹ D. 48, 2, 4, fragmento *Qui iudicio publico*, Ulpiano libro secundo de adulteriis, en el título *De accusa- tionibus et inscriptionibus*: «Is qui in iudicio publico damnatus est, ius accusandi non habet... Item, his, qui cum bestiis depugnandi causa in harenam intromissi sunt, quive artem ludicram vel lenocinium fecerint...».

¹⁰⁰ D. 3, 2, 1, fragmento pr. *Praetoris verba*. Iulianus libro primo ad edictum, en el título *De his qui no- tantur infamia*: «Praetoris verba dicunt: Infamia notatur... qui artis ludicae pronuntiandive causa in scaenam prodierit...».

¹⁰¹ D. 3, 2, 2, 5. Ulpiano libro sexto ad edictum: «Ait praetor: qui in scaenam prodierit infamis est. Scaena est, ut Labeo definit, quae ludorum faciendorum causa quolibet loco, ubi quis consistat moveaturque spectaculum sui praebiturus, posita sit in publico privatove vel in vico. Quo tamen loco passim homines spectaculi causa admittantur. Eos enim, qui quaestus causa in certamina descendunt et omnes propter prae- mium in scaenam prodeutes famosos esse Pegasus et Nerva responderunt».

¹⁰² Esta materia de la legitimación para acusar en los *crimina* viene contemplada en diversas sedes del Codex de Justiniano, pero especialmente en C. I. 9, 2. Por lo que respecta a la persecución del adulterio, como crimen, C. I. 9, 9. Ad legem Iuliam de adulteriis et stupro.

¹⁰³ D. 48, 2, 4: «El que ha sido condenado en un juicio público no tiene derecho de acusar a nadie, a no ser para castigo de la muerte de sus descendientes, (ascendientes) o patronos, o por un crimen que él mismo ha sufrido. Del derecho de acusar también se priva a los condenados por calumnia; también a los que fueron lanzados a la arena del circo para luchar con las fieras, los que ejercieron como actores de teatro o los rufianes, el que fuera condenado en juicio público por haber obrado con prevaricación o calumnia, o el que ha sido juzgado por haber cobrado a cambio de acusar o promover cuestión a alguien» (vid. *El Digesto de Justiniano*, t. III. Libros 37-50. Versión castellana por A. D'Ors y otros, Pamplona 1975, págs. 671-672).

Todas estas personas eran tenidas por viles en el Derecho Romano: de los farsantes, ó histriones es clara la ley () /in marg.: ley si qua 4 de spectac. Lib. 11, alli: aut vilem offerat histrionem. C ¹⁰⁴/ pues les llama viles. Esta ley es de Theodosio, Honorio y Arcadio en el titulo de los spectaculos, fiestas, farsantes y alcahuetes.

Y en el caso preciso de adulterio, si bien el Derecho Romano permite al padre (in marg.: ó marido) matar los adulteros niega esto a las personas que no pueden acusar () /in marg.: leg. marito 24 ad leg. Jul. de adult. ¹⁰⁵/ que son las notadas con infamia ò viles como las// referidas.

Y por el contrario contando en este derecho las personas a quienes al marido Ciudadano Romano sui juris puede matar pone que solo lo pueda hacer con las viles () /in marg.: dicha ley marito al principio/ que refiere encontrándola en su propia casa, y en adulterio, y son el alcahuate, el que ejerce el arte burlesca, ò el que sale a la scena por baylar («saltar»: tachado), ò cantar, ò el condenado de juicio publico, y el liberto del marido, muger, padres o hijos.

In marg.: La ley 3 eod. ¹⁰⁶ Qui autem operas suas locavit, ut prodiret artis ludricae causa, neque prodiit, non notatur; quia non est ea res adeo turpis; ut etiam consilium puniri debeat. Ley Quaedam 14 ff. de poenis ¹⁰⁷. Nam si miles artem ludricam fecerit vel in servitatem se venire passus est capite puniendum Menander scripsit ¹⁰⁸.

Con que aparece claramente que hasta en el derecho de acusar en adulterio estaban repelidas estas personas viles y entre ellas los farsantes. Los matrimonios entre los Romanos eran gobernados por las leyes ¹⁰⁹: no ay que admirar siguiesen las reglas civiles, y la costumbre Romana que la miraba como parte de sus usanzas, y a estas personas casi no concedian personalidad civil dejándolas solo en el escaso uso de la natural, en la qual no entraba el derecho de acusar *jure patris aut mariti*, que pende del civil ¹¹⁰.

¹⁰⁴ C. I. 11, 41, 4. Impp. Theodosius, Arcadius et Honorius AAA. Rufino pp: «Si qua in publicis porticibus vel in his civitatum locis, in quibus nostrae solent imagines consecrari, pictura pantomimum veste humili et rugosis sinibus agitorem aut vilem offerat histrionem, illico revellatur neque umquam posthac liceat in loco honesto inhonestas adnotare personas. 1. In aditu vero circi vel in theatri proscaeniis ut collocentur, non vetamus». (año 394).

¹⁰⁵ D. 48, 5, 24 pr, según la ed. vulgata, y en la crítica el fragmento 25. Marito quoque adultero. Macer libro primo publicorum, en el título Ad legem Iuliam de adulteriis: «Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patri: nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suae (non etiam soceri) in adulterio uxoris occidere eum, qui leno fuerit quive artem ludicram ante fecerit in scaenam saltandi cantandive causa prodierit iudiciove publico damnatus...»

¹⁰⁶ D. 3, 2, 3. Gaius libro primo ad edictum provinciale. «Qui autem operas suas locavit, ut prodiret artis ludicrae causa neque prodit, non notatur: quia non est ea res adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat».

¹⁰⁷ D. 48, 19, 14, fragmento Quaedam delicta pagano. Macer libro secundo de re militari, en el título De poenis: «Quaedam delicta pagano aut nullam aut leviolem poenam irrogant, militi vero graviorem,. Nam si miles artem ludicram fecerit, vel in servitatem se venire passus est, capite puniendum Menander scribit».

¹⁰⁸ Se trata del jurista Arrio Menandro, que vivió a finales del período clásico y del que se conservan en el Digesto 49, 16 algunos fragmentos recogidos de su obra «*de re militari libri IV*». Cf. LENEL, O., *Paltingenesia iuris civilis*, t. I, Graz 1960, cols. 695-700.

¹⁰⁹ Baste recordar, junto a los primitivos preceptos de las XII Tablas, la legislación augústea contenida en la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, del año 18 a. C. y la *Lex Papia Poppaea nuptialis*, del año 9 d. C.

¹¹⁰ El *ius civile* es concebido explícitamente en las fuentes romanas, en cuanto estatuto personal, como *proprium civium romanorum*, y en la construcción de Campomanes los actores y comediantes no se regían por sus normas, puesto que se les aplicaba exclusivamente el *Ius naturale*.

Por las leyes de la Partida tampoco puede acusar de adulterio el hombre vil () /in marg. Ley 9 titulo 17 de los adulteros, Partida 7/ son estas palabras de la ley: «Ome vil... si quisiere acusar a su muger de ese mesmo yerro (de adulterio) (sic) no seria la muger tenuta de responder»¹¹¹.

Y esto proviene de la infamia que le hace inhábil para acusar () /in marg.: ley 2 titulo 1 de las acusaciones Partida 7/. «Otro si decimos (pone la ley) (sic) que non puede acusar a otro aquel que es dado por de mala fama»¹¹². Que según entiende allí Gregorio Lopez es lo mismo que decir el infame¹¹³.

Infames en este cuerpo de leyes que sigue en lo mas el espíritu de las Romanas, son casi las mismas personas que entre los Romanos. Contándoles una ley () /in marg. Ley 3 titulo 6 de los

¹¹¹ «Ome vil, o de malas maneras, que oviesse fecho adulterio, si quisiere acusar a su muger desse mismo yerro, non seria la muger tenuta de responder, poniendo tal defension ante si, e provando que tal era, ante quel pleyto sea comenzado por demanda o por respuesta». Señala Gregorio López (Glosa a esta ley de Partidas, en *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado...*, t. III, Madrid 1789, pág. 445, nota 1): «hoc intellige secundum jus canonicum... ista tamen lex Partitarum, situata sub isto libro et titulo, vult, quod hoc procedat etiam in foro seculari... Glossa tamen et Doctores ibi intelligunt illam legem, quando maritus esset leno uxoris; unde dicit ibi Albericus... Idem tenet Angelus... non tamen est licitum uxori committere adulterium, et si committit, potest per dictum virum, licet impudice viventem, accusari de adulterio... Lex ista Partitarum non potest recipere istum intellectum, ut loquatur de lenocinio... Quidquid tamen esset de iure isto Partitarum, hoc est expeditum per L. 2 tit. 15 lib. 8 Ordinamenti Regalis, ut de adulterio viri uxor de adulterio accusata non possit opponere ad evadendum criminales punitionem, ut etiam dixi in dict. L. 6 tit. 9 4 Partitae».

¹¹² «Acusar puede todo ome que non es defendido por las leyes deste nuestro libro. E aquellos que non pueden acusar, son estos: la muger e el moço que es menor de catorze años, e el Alcalde o Merino u otro Adelantado que tenga officio de Justicia. Otro si dezimos, que non puede acusar a otro, aquel que es dado por de mala fama, nin aquel que le fuesse provado que dixesse falso testimonio, o que recibiera dineros por que acusasse a otro, o que desamparasse por ellos la acusacion que oviesse fecha. E aun dezimos, que aquel que oviesse fechas dos acusaciones, no puede fazer la tercera, falta que sean acabadas por juicio las primeras. Otro si dezimos, que ome que es muy pobre, que non ha la valia de cinquenta mavedis, non puede fazer acusacion. Nin los que fueren compañeros en algun yerro, non pueden acusar, el uno al otro, sobre aquel mal que fizieron de consuno; nin el que fuere siervo al señor que lo aforro; nin el hijo, nin el nieto, al padre, ni al avuelo; ni el hermano a su hermano; nin el criado, o el serviente, e familiar, a aquel que lo crio, o en cuya compañía bivio, faziendole servicio, o guardandolo. Pero si alguno destos sobredichos quisiere fazer acusacion contra otros en pleyto de traycion, que perteneciese al Rey, o al Reyno; o por tuerto, o mal, que ellos mesmos oviessem rescebido, o sus parientes fasta en el quarto grado; o suegro, o suegra, o yerno, o entenado, o padrasto de cualquier dellos, o los afforrados, o los señores que los oviessem afforrado; estonce, bien puede fazer acusacion por cada una destas razones sobredichas».

¹¹³ Cf. *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono (sic), glosadas por el licenciado Gregorio Lopez*, del Consejo Real de Indias de S. M., t. III, que contiene la VI y VII Partida. En Madrid 1789, págs. 280-281: Ley II. Quien puede acusar, e a quien, nota 6.

enfamados Partida 7 ¹¹⁴; en la ley 12 tit. 20 Part. 1 ¹¹⁵ se habla de estos juglares ò remedadores ¹¹⁶, y Gregorio Lopez dice corresponde a estos la voz de histriones o scenici/ dice entre otros: «Otro si los que son juglares, e los remedadores, e los facedores de los çaharrones, que públicamente andan por el pueblo, ò cantan, ò hacen juegos por precio; esto es porque se envilecen// ante todos por aquel precio que les dan. Mas los que tañeren estrumentos por facer solaz a si mesmos ò por facer placer a sus amigos, o dar solaz a los Reyes non serian por ende enfamados» ¹¹⁷.

Bien es verdad, que puede ser no obstante dudosa esta opinión de no poder acusar los far-santes; pues que aun los infames según () /in marg.: dicha ley 2 titulo 1 Part. 7 al fin ¹¹⁸/ este derecho pueden acusar el tuerto o mal que ellos mesmos oviesen rescebido ò sus parientes, ù otras personas propinquas.

¹¹⁴ Part. 7, tít. 6, ley 3: «Del enfamamiento que nasce de la ley. Leyendo la muger fallada en algun lugar en que fiziesse adulterio con otro; o si se casasse por palabras de presente, o fiziesse maldad de su cuerpo, ante que se cumpliesse el año que muriera su marido, es enfamada por derecho. En esa mismo desfamamiento cae el padre, si ante que pasasse el año que fuesse muerto su yerno, casasse su fija, que fuera muger de aquel, a sabiendas. E aun seria porende enfamado aquel que caso con ella, sabiendolo; fueras ende, si lo fiziera por mandado de su padre o de su abuelo, so cuyo poderio estuviessse. Ca estonce, aquel que lo mandasse quedara por ello enfamado, e non el que fiziesse el casamiento. Pero dezimos que si tal casamiento como este fuesse fecho ante del año cumplido, por mandado del Rey, que non le naceria ende ningun enfamamiento. E movieronse los Sabios antiguos, de vedar a la muger que non casasse en este tiempo después de la muerte de su marido, por dos razones. La primera es, porque sean los omes ciertos, que el fijo que nasce della es del primer marido. La segunda es, porque non puedan sospechar contra ella, porque cosa tan ayna, que fue en culpa de la muerte de aquel con quien era ante casada; assi como en muchos lugares deste libro diximos, en las leyes que fablan en esta razon» (Part. 4, tít. 12, ley 3 y Part. 6, tít. 3, ley 5). Cf. *Las Siete Partidas...* cit., t. III..., pág. 333 y notas).

¹¹⁵ Cf. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio López, t. I, que contiene la primera y segunda Partida*, Madrid 1789, págs. 325-326.

¹¹⁶ *Ibid.*, pág. 325, nota 4: «histriones et joculariores».

¹¹⁷ Part. 7, tít. 6, ley 4: «De las infamias de Derecho. Leno en latín, tanto quiere decir en romance, como alcahuete... Otro si los que son juglares e los remedadores e los facedores de los çaharrones... E aun dezimos que son enfamados los que lidian con bestias bravas por dineros que les dan... Otro si dezimos, que seria el Cavallero enfamado, a quien echasen de la hueste por yerro que oviesse fecho; o al que tollessen honrra de Caballería... E todos los que fazen pecado contra natura. Ca por cualquier destas razones sobredichas, es el ome enfamado tan solamente por el fecho, Maguer non sea dada contra el sentencia, porque la ley e el derecho los enfama». Cf. *Las Siete Partidas...* cit., t. III..., págs. 333-334 y notas.

¹¹⁸ Part. 7, tít. 1, ley 2: «Quien puede acusar, e a quien. Acusar puede todo ome que non es defendido por las leyes deste nuestro libro. E aquellos que non pueden acusar son estos: la muger, e el moço que es menor de catorze años, e el Alcalde, o Merino u otro Adelantado que tenga oficio de Justicia. Otro si dezimos, que non puede acusar a otro, aquel que es dado por de mala fama, nin aquel que le fuesse provado que dixesse falso testimonio, o que recibiera dineros por que acusasse a otro, o que desamparasse por ellos la acusacion que oviesse fecha. E aun dezimos, que aquel que oviesse fechas dos acusaciones, non puede fazer la tercera, fasta que sean acabadas por juicio las primeras. Otro si dezimos, que ome que es muy pobre... Pero si alguno destes sobredichos quisiere fazer acusacion contra otros en pleyto de traycion, que perteneciese al Rey, o al Reyno; o por tuerto, o mal, que ellos mesmos oviesse rescebido, o sus parientes fasta en el quarto grado; o suegro, o suegra... estonce, bien puede fazer acusacion por cada una destas razones sobredichas».

No pudiendo la muger acusada, siendo igualmente vil, tener excepcion contra su marido, salvo si este fuese tambien adultero, que es el caso de la excepcion del ome vil ya referida ¹¹⁹.

Pero el derecho novísimo ni aun esta excepcion obsta para que el marido pueda perseguir el adulterio de su muger, y acusarle criminalmente.

Esta es una ley de Don Alonso el Onceno () /in marg.: ley 2 titulo 15 libro 8 del Ordenamiento Real/ que fue publicada en las Cortes de Alcalá año de 1387 ¹²⁰//, la cual corrigiendo otra del Fuero real ¹²¹ dispone: «Que toda (in marg.: esta universalidad es muy del caso) muger que fuere desposada por palabras de presente con hombre que sea de catorce años cumplidos, y ella de doce años acabados, e hiciere adulterio, si el esposo los fallare en uno, que los pueda matar si quisiere ambos a dos: assi que no pueda matar al un y dejar al otro; pudiendolos ambos a dos matar: e si los acusare ambos, o a qualquier de ellos, que aquel contra quien fuere juzgado, que lo meta en su poder, y haga del y de sus bienes lo que quisiere, y que la muger no se pueda escusar de responder a la acusación del marido, porque diga que quiere probar, que el marido, ò el esposo cometio adulterio».

No es menester otra glosa de esta ley que su lectura para conocer lo universal de ella, y que persona alguna no es impedida de acusar, y perseguir su derecho por lo universal de aquellas palabras// toda muger, a que es correlativo todo marido.

¹¹⁹ Part. 7, tít. 17, ley 9.

¹²⁰ El Ordenamiento de Alcalá, tít. 21, ley 1: «Contienese en el fuero de las leys, que si la muger que fuere desposada, fiziere adulterio con alguno, que amos a dos sean metidos en poder del Esposo, así que sean sus siervos, mas que los non pueda matar; et porque esto es ejemplo e manera para muchas dellas fazer maldad, è meter en ocasión e verguença á los que fueren desposados con ellas, porque non pueden casar en vida dellas, por ende por tirar este yerro tenemos por bien, que pase en esta manera de aquí adelante; que toda muger que fuere desposada por palabras de presente con ome que sea de edad de catorce annos comprados, è ella de doce acabados, è hiciere adulterio, si el Esposo los fallare en uno que los pueda matar por ello si quisiere à amos a dos, asi que non pueda matar el uno, è dejar al otro, pudiendolos matar à entrambos. Et si los acusare à amos à dos ò à qualquier dellos, que aquel contra quien fuere juzgado, que le metan en poder del Esposo, que faga del, è de sus vienes lo que quisiere. Et que la migier non se pueda escusar de responder à la acusacion del Marido, ò del Esposo, por decir que quiere probar que el Marido, ò el Esposo cometiò adulterio». *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. I, Madrid 1847, pág. 456. Cf. PÉREZ DE SALAMANCA, D., *Comentaria in quatuor posteriores libros Ordinationum*, t. II, Salmanticae 1609, págs. 288-313: Ley II, tity. XV, lib. VIII: Que la mujer desposada si fiziere adulterio aya la misma pena de la casada.

¹²¹ El Fuero Real de España, lib. 4, tít. 7, ley 1: «Si muger casada hiciere adulterio, ella y el adulterador, amos sean en poder del marido, è faga dellos lo que quisiere, è de quanto han: asi que no pueda matar al uno, è dexar al otro... è si por aventura la muger no fue en culpa, è fuere forzada, no haya pena»; ley 2: «Si muger desposada derechamente casáre con otro, ò hiciere adulterio, él y ella, con sus bienes, sean metidos en poder del esposo, así que sean sus siervos: mas que no los pueda matar: è otrosí, de sus bienes que faga lo que quisiere, si ninguno dellos no hobiere fijos derechos»; ley 3: «Quando alguna muger casada, ò desposada hiciere adulterio con otro, todo home la pueda acusar: è si el marido no la quisiere acusar, ni quiere que otro la acuse, ninguno no sea rescebido por acusador en tal fecho como éste...»; ley 4: «Si el marido que hiciere adulterio quisiere acusar a su muger que fizo adulterio, y ella dixere ante que diga de sí, ò de no, que no la pueda acusar porque él fizo adulterio, si gelo probáre, puedalo desechar de la acusación». *Los Códigos Españoles concordados y anotados...* cit., pág. 408. Cf. DÍAZ DE MONTALVO, A., *El fuero real de España diligentemente hecho por el noble Rey don Alonso IX, glosado por el egregio doctor Alonso Diaz de Montalvo*, Burgos 1533, fols. 229r-232v: de los adulterios. La ley 3, fols. 231v-232r.

Las leyes ochenta y siguientes de Toro ¹²² permiten la acusación de adulterio a todo marido sin distinción de personas honradas ò infames: el agravio tanto versa en unas como en otras personas.

Por otro lado, el matrimonio, oy como sacramento ¹²³, quedò en todos igualado; la persona mas vil tiene derecho para obligar a su consorte a la recíproca fe ¹²⁴. Las sutilezas de los Romanos, y derechos de Ciudadanos Romanos, con que distinguían sus bodas de las de sus esclavos ¹²⁵, ò de viles personas no tienen cabida en España, ni aun en la mayor parte de Europa.

Debese pues concluir sin dificultad, que reside en toda clase de personas el derecho de acusar: salvo si el marido le pierde ò bien por perdonar el agravio; ò por el alcahuetismo, y consentimiento del adulterio; o por ser muger// mundana, u otros casos semejantes ¹²⁶.

Que entonces a excepcion del primer caso ¹²⁷ pueden ser acusadores los parientes ¹²⁸, o proceder de oficio ¹²⁹.

¹²² Ley 80 de Toro: «El marido no pueda acusar de adulterio a uno de los adúlteros leyendo vivos: mas que a ambos adúltero y adúltera los haya de acusar, ó a ninguno». Ley 81: «Si alguna muger estando con alguno casada, ó desposada por palabras de presente en faz de la santa madre Iglesia cometiere adulterio, que aunque se diga y prueve por algunas causas y razones que el dicho matrimonio fue ninguno... que por esto no se escusen a que el marido pueda acusar de adulterio, asi a la muger como al adúltero, como si el matrimonio fuese verdadero. Y mandamos que en estos tales que así avemos por adúlteros, y en sus bienes se execute lo contenido en la ley del Fuero de las Leyes que fabla cerca de los que cometen el delicto de adulterio»; ley 82: «El marido que matare por su propia autoridad al adúltero, y la adúltera, aunque los tome in flagrante delicto, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote, ni los bienes del que matare: salvo...». Cf. *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. VI, Madrid 1849, págs. 566-567.

¹²³ La fórmula del cn. 1.012 del Código Pío-Benedictino de 1917 es suficientemente clarificadora: &1 «Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem inter baptizatos. &2 «Quare inter baptizatos nequit matrimoniales contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum». La definición tridentina, Conc. Trid., ses. 24, cn. 1, está en la fuente de la afirmación del insigne tinetense: «Si quis dixerit matrimonium non esse vere ac proprie unum ex septem legis evangelicae Sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum, neque gratiam conferre, anathema sit». Esta doctrina fue combatida en el siglo XVI por los reformadores protestantes Lutero y Calvino, pero estaba ya contenida en el magisterio de la Iglesia de la Edad Media, de modo que al menos desde el siglo XII se convirtió en una permanente opinión común de los teólogos.

¹²⁴ Junto a los fines y propiedades del matrimonio, se enuncian desde San Agustín unos tria bona, el segundo de los cuales es el *bonum fidelitatis*, por el cual los esposos obtienen un mutuo y exclusivo derecho al cuerpo, de tal modo que mientras perdure el vínculo matrimonial no es lícito el adulterio.

¹²⁵ Éstas uniones conyugales no se califican como matrimonio, ni produce sus efectos jurídicos. Se trata de una unión de hecho denominada *contubernium*, que ni crea una familia doméstica ni relaciones de parentesco, aunque el ordenamiento jurídico lo toma en consideración para fijar algunos impedimentos matrimoniales en caso de los libertos, a través de la *cognatio servilis*, y en derecho justiniano ésta alcanza vigencia en materia sucesoria. Tan sólo en el Imperio de Oriente y a finales del siglo XI se otorga valor de matrimonio a la unión conyugal de los esclavos que esté bendecida por el sacerdote.

¹²⁶ Vid. entre otras normas, las contenidas en la Part. 7, tít. 17, leyes 7; 8 y 9.

¹²⁷ Fuero Real, lib. 4, tít. 7, ley 3.

¹²⁸ Part. 7, tít. 17, ley 2.

¹²⁹ Una síntesis doctrinal de la materia, vid. en VELA Y ACUNIA, I., *Tractatus de poenis delictorum, quem auditoribus suis... et cathedrae Voluminis stipendio praefectus, Salmanticae dictabat*, 2ª ed, Salmanticae 1603, págs. 3-12. Pág. 2: Sumario: Crimen adulterii nocissimum. Adulterium omnibus delictis gravius dici

Acabarè este discurso en obsequio de los afectos a la antigüedad del derecho poniendo por via de apéndice la formula, ò petición con que entre los Romanos, según el Jurisconsulto Paulo se acusaba el adulterio; que traducida a la letra de una ley () /in marg.: ley libellorum ff. de acu-

et an homicidio. Adulterii definitio. Lege Iulia adulterii accusationem maritis solum, non etiam uxoris datam. Adulterium apud omnes ferae nationes acerbè vindicatum. Adulterii rea dotis amissione semper puni- tur, arrhis quoque et bonis constante matrimonio lucratis mulctatur. Consuetudo n e uxor adultera dotem et alia bona perderet, non valeret. Adulterii iudex, quid debeat in imponenda poena observare. Adulterae uxoris bona marito non dantur, si ab ipsa ei obiectum et probatum adulterium fuerit. Romuli lex in adultero. Adulterium l. Iulia ab Augusto data, relegatione punitum: ab aliis imperatoribus deportatione postea et ultimo supplicio. Iustinianus novam poena adulterii induxit et quae ea fuerit. Lex Iulia mortis poenam adulte- riis non infligit. Item lex Iulia... Adulterii crimen mixti fori est, quaeque eius poena iure pontificio. Adulte- riis poena iure regio Partitarum in monasterium detrusio, hodie adulteri convicti eorumque bona marito traduntur. Maritus, cui iure regio adulteri traduntur debet utrisque eandem poenam imponere. Lex 80 Tauri personas et iudices ecclesiasticos non ligat. Marito soli iure regio adulterii accusatio permittitur. Romuli et duoded. Tab. Licuit maritis absque iudice adulteros in adulterio deprehensos occidere. L. Iul. Aug. occidendi adulteros potestatem maritis ademit, patribus dedit. Maritis etiam post l. Iuliam licuit, viles adulteros occi- dere nobiles per viginti horas retinere. Adulteros nova Iust. L. Potuit sine distinctione maritus necare, si ter prius monuisset: hodie iure regio etiam non monitos. Adulteram filiam... Adulteros in ipso actu debet mari- tus occidere, aliter inventos non potest. Maritus propria autoritate adulteros occidens nihil ex eorum bonis lucratur et mortale peccatum admittit. Pág. 4: Omnia ex proximi iniuria et praeiudicio aestimanda esse do- cet D. Thomas 2. 2. q. 73 art. 3 y Soto lib. 5 de iustitia et iure, q. 10, art. 5, ideoque cum ex adulterio má- xima irrogetur iniuria marito ipsiusque cognatis et parentibus, ut ex pluribus probat Tiraquellus ad leges con- nubiales l. 13 numero 26, merito adulterium atrocissimum esse delictum, docuit Acursius in l. Auxili. & in delictis verbo atrocioribus ff. de minoribus. Nº 2: Et in eius detestationem omnibus delictis gravius appella- tur, en varias fuentes del Derecho Canónico y doctrina canonística. Nº 4: Est autem adulterium alterius tori violatio, probat l. 1 titu. 17 part. 7, indeque solum cum coniugata committitur: l. inter liberat 6 & lex ff. de adulteriis, l. inter stuprum 101 ff. de verborum significatione 5, ex quo primo constat coniugatum si accedat ad solutam adulterium non committere cum non violet alterius torum ac proinde non posse adulterii ab uxore accusari: l. 1 C. de adulteriis, ubi notant Acursius, Cinus et alii, Tiraquellus, Covarrubias in 4.2 part. & 6 cap. 7 numero 5. Pág. 5: nº 6: Lex enim Iulia, quae accusationem adulterii induxit solum marito accusandi concessit facultatem, ut constat ex verbis eius legis relatis a Briso. Ad l. Iulian... Ideo forte quod hoc iudi- cium publicum sit, l. 1 ff. de public. Iud. Iuncta l. De crimine C. qui accusare non possunt, ergo eam ade- misse videtur, l. cum praetor 12 ff. de iud. Imo neque civiliter ex adulterio mariti ad tori separationem agree licebaqt uxori, ut constat ex l. 1 de repudiis in C. theodosiano, quod iure civili obtinuit. Pág. 7: nº 17: Uni- versi mundi mationes adulterium acerbissimis poenis vindicaverunt, ut constat ex Alexandro lib. 4 Dierum et ibi Tiraquellus in adnotationibus idem in l. 13 connubiali a numero 6. Menochio de arbitraries casu 9... Nº 18: Prima huius criminis poena est iure civili, canonum et regio recepta dotis amissio, sive civiliter, sive criminaliter de adulterio agatur: l. Lucius 38 l. Cum mulier 49 ff. solutgo matrimonio l. Consensu 8, l. Vi- rum 9 C. de repudiis l. Si dotem 24 C. de iure dotium, l. final. C. de adult. Ca. Plerunque de donat. inter. vir. L. 25 tit. 17 Part. 7, l. 1 titulo 7 lib. 4 Fori, l. 2 tit. 15 lib. 6 Ordinamenti, l. 4 titulo 22 lib. 8 Novae Recopi- lationis l. 81 y 82 Tauri docent glossa et doctores ... Tiraquellus in l. 1 connubiali numero 45, Covarrubias in 4.2 par. Ca. 7 & 6 numero 1. Antonio Gomez in l. 81 Tauri n. 47. Bernardo Díaz de Luco regul. 216, Gra- tian. regu. 496, Didacus Perez inn dict. L. 2 ordinamenti pag. 290... Iulius Clarus... et obtinet etiam in arris glossa... et in bonis quaesitis constante matrimonio, quae iure regio communia sunt viro et uxori, l. 4 titulo 4 Ordinamenti l. 5, tit. 5 lib. 5 Recopilationum. Nº 20: In qua poena imponenda nonnulla sunt a iudice ob- servanda, primo dotem marito in totum et plene applicandam, si liberi non extent ex eo matrimonio, si vero extent bona illa post mortem mariti filiis reserventur... Nº 21: Secundo observandum est huiusmodi poenam

sat. et inscriptionib. ^{130/} dice así: «La formación de los pedimentos de querrela es esta: Cónsul y día (in marg.: la fecha del año y del día). Delante de tal Pretor, ò Procónsul Lucio Ticio declaró denunciaba a Meviam (sic) rea de la ley Julia de adulterios, por decir, que ella cometio adulterio en tal ciudad, en casa de fulano, en tal día, y siendo los tales Consules (in marg.: tal año). A la verdad debe expresarse también el lugar en que se cometio el adulterio, y la persona con quien se dice cometido, y el mes. También deberá firmar el que da la petición, como el lo dixo, u otro por el si no sabe escribir».

locum non habere, si mulier adultera maritum quoque adulterium commisisse probaverit, tunc enim, quia paria delicta mutua compensatione tolluntur l. viro 4 ff. solu. Matrimonio, dotem maritus retinere non potest... Nº 22: pág. 8. Deinde aliis poenis iure civili adulterii crimen vindicari solet, primo Romulus marito et cognatis liberam puniendorum adulterorum potestatem permisit eorumque arbitrio poenae genus reliquit his verbis. Nº 23: Deinde Divus Augustus Octv. Legem tulit quae l. de adulteriis appellatur Iulia l. 1 ff. de adult. Qua adempto marito et cognatis eo iure, puniri adulteros relegatione constituit. Deinde haec l. Iuliae poena ab aliis Imperatoribus aucta fuit: nam Divus Pius vel divi fratres eam capitalem effecerunt, id est, adulteros deportari iusserunt successu temporis, Alexandr. Severus, dioclecianus et Maximianus et Constantinus Imppp. Legibus latis adulteros ultimo mortis supplicio damnandos esse statuerunt: l. eos 9 l. quamvis 30 C. de adulteriis l. transigere 18 C. de transactionibus. Nº 24. Postremo Iustinianus novissimis constitutionibus in muliere statuit, ut si intra biennium eam maritus non receperit, cogatur monachalem habitum recipere, autentica sed hodie C. de adulter. In masculino autem hoc Iust. Iure firma manet mortis poena, intern plures resol. Marti. del Rio in dict. L. Transigere numero 113. Nº 25: Ex quo apparet l. Iulia de adult. Mortis poenam in adulteros inductam non fuisse, ut probat l. Claudius 13 de his quibus, ut indignis, l. Si quis 5 ff. de quaest. L. 4 & adulter. Ff. de re militari l. 2 & miles ff. de his qui notantur infamia, l. Stico 14 ff. de testibus, docet Alciatus lib. 5 paradoxorum cap. 8; Cuiacius lib. 8 Observationum cap. 11... Covarrubias in 4.2 part. cap. 7 & 7, m Menochius de arbitrariis casu 419 numero 30, licet contrarium defendat Bartolus et alii in dict. L. Claudius. Nº 27: Pontificium autem iure, si adulter laicus sit (potest enim super hoc crimine inquirere et punire iudex ecclesiasticus etiam contra laicos, quia mixti fori est ut ex cap. 1 de officio ordinarii docent Abbas et alii ibi, ubi Alciatus numero 18, Covarrubias, ubi supra numero 20...) potest ab Episcopo excommunicari... Pág. 9: nº 28: Iure autem regio Partitarum poena a Iustiniano inducta in d. autentica sed hodie, approbata est l. 15 tit. 14 part. 7. Sed hodie hac poena sublata alia inducta est, ut adulter et adultera in iudicio convicti tradantur in potestatem mariti, ut de eis et de suis bonis faciat quod libuerit, etiam occidendo: l. 2, titulo 7, lib. 4 Fori, l. 2 titulo 15 lib. 8 Ordinamenti, l. 81 Tauri, l. 2 titul. 2 lib. 8 Recopilat. Docent Antonius Gometius et alii in dict. l. 81, Didacus Perez in dict. l. 2 Ordinamenti, Padilla in dict. L. transigere numero 71, Salazar... ac proinde poterit maritus mortem et aliam quam libet iniuriam, seu membri mutilationem adulteris inferre, l. neque 23 de adulter. Nº 29: Dum tamen utrique adultero eadem poena irrogetur, quamvis enim ex dict. L. 2 Ordinamenti potuisset uxori parcere et adulterum accusare, vel e contra, hodie tamen ex l. 89 Tauri non audietur nisi utrumque accusaverit, quod in praxi observandum erit, si adulter laicus sit ».

¹³⁰ D. 48, 2, 3 pr-2, fragmento libellorum inscriptionis, en el título De accusationibus et inscriptionibus: «Paulus libro tertio de adulteriis. Libellorum inscriptionis conceptio talis est. «Consul et dies. Apud illum praetorem vel proconsulem Lucius Titius professus est se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream deferre, quod dicta eam cum Gaio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse». Utique enim et locus designandus est, in quo adulterium commissum est, et persona, cum qua admissum dicitur, et mensis; hoc enim lege Iulia publicorum cavetur et generaliter praecipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt: neque autem diem neque horam invitus comprehendet»... 2. «Item subscribere debet is qui dat libellos se professum esse, vel alius pro eo, si literas nesciat».

Por las leyes de la Partida// se guarda esta misma orden: «Quando algun ome (dice: in marg. Ley 14 titulo 1 Partida 7 ¹³¹) (sic) quiere acusar a otro deuelo hacer por escrito porque la acusación sea cierta e non la pueda negar, ni cambiar el que la ficiere des que fuere el pleito comenzado; en la carta de la acusación debe ser puesto el nome del acusador e el de aquel a quien acusa, el del juez ante quien la face, e el yerro que fizo el acusado e el lugar dò fue fecho el yerro de que lo acusa, e el mes, e el año, e la era en que lo fizo, e el juzgador debe recibir la acusación, e escrevir el dia en que gela dieron; recibiendo luego del acusador la jura que non se mueve maliciosamente a acusar ¹³² mas que cree que aquel a quien acusa, que es en culpa, o que fizo aquel yerro de quel face la acusación».

Estas formalidades, y// precauciones apetecidas de las leyes persuaden la delicadeza de las acusaciones: quan necesario sea no fiarse de toda clase de personas este ministerio: Las viles ó pobres por la pesima condicion de su nacimiento son mas prontas a levantar una calumnia ¹³³: apartolas por eso el derecho de ser acusadores: pero bien se les permitio siempre denunciar los delitos a los Jueces para el castigo: estando solo la diferencia en el modo: que la desconfianza de estas personas no puede llevar las cosas al contrario extremo ¹³⁴ de negarles recurso para perseguir su propia injuria ¹³⁵, cosa tan natural como repeler la fuerza con la fuerza ¹³⁶.

(FUE. Archivo Campomanes. Sign. 33-10, fols. s. n.)

¹³¹ Cf. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio López*, t. III, Madrid 1789, págs. 292-293. En su inciso final añade: «E despues desto debe emplazar al acusado, e darle traslado de la demanda, señalándole plazo de veynte días, a que venga a responder a ella».

¹³² Se trata de una medida de garantía procesal, que se aplica con generalidad en la *cognitio extra ordinem* y conocida como *iusiurandum calumniae* también denominado *iusiurandum pro calumnia*, con el cual se trataba de garantizar la buena fe de las partes al intervenir en el proceso; era el juramento solemne que se imponía, al demandante o actor de no verter acusaciones injustas, sin fundamento que las sostenga, es decir, el que promueve el proceso debe gozar del convencimiento a tenor del cual su conducta procesal es conforme al derecho. También vinculaba a los abogados del actor, así como al demandado y sus defensores. Cf. Inst. Iust. IV, 16, 1; C. I. 2, 58, 2 pr. Imp. Justinianus A. Iuliano pp. Año 531.

¹³³ D. 48, 16, 1, 1. Marcianus libro singulari ad senatus consultum Turpillianum: «Calumniari est falsa crimina intendere...».

¹³⁴ D. 50, 17, 32. Ulpianus libro quadragesimo tertio ad Sabinum: «... quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt».

¹³⁵ Como señala el Auctor ad Herennium 4, 25: «Iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus, aut convicio mores, aut aliqua turpitudine vitam alicuius violant». El edicto pretorio incluyó, además de las lesiones corporales, el *convicium* y la *adtemptata pudicitia*; finalmente sancionó cualquier acto que resultase infamante para una persona. La jurisprudencia clásica, a partir de Labeón, integró en este delito toda actuación que comportase una lesión de la personalidad humana, comprendiendo también la moral o social (*contumelia*). La *lex Cornelia de iniuriis* determinó que las *iniuriae* en los supuestos de *pulsatio*, *verberatio* y *domum introire* pasaran a la categoría de crimen y fueran objeto de *accusatio publica*.

¹³⁶ D. 9, 2, 45, 4. Paulus libro decimo ad Sabinum: «... vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt...»; D. 43, 16, 1, 27. Ulpianus libro sexagesimo nono ad edictum: «Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur...».

