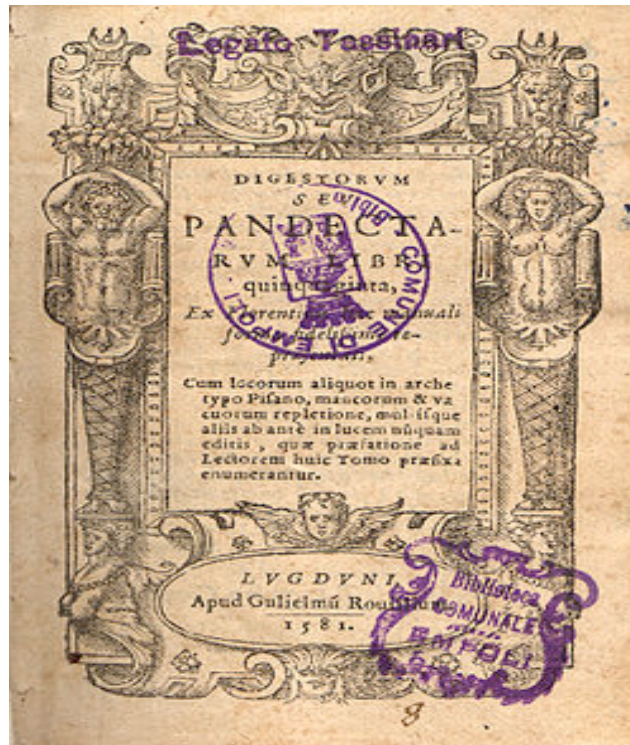


Adulterio y divorcio en el Libro XLVIII del Digesto

Ana Isabel Navarrete Jiménez – Universidad de las Islas Baleares



Justiniano: "*La justicia es la constante voluntad de dar a cada uno su derecho*"¹

- **Introducción**

A través de este estudio trataré de buscar la relación que existe entre el adulterio y el divorcio dentro de su contexto histórico, centrándome en el estudio del Libro XLVIII del Digesto.

Como es sabido, el *Digesto* (*Pandectas* en griego, *Digestum* en latín), es una obra jurídica publicada en el año 533 d. C. por el emperador bizantino Justiniano I (527-565)². *Digestum* significa ‘resumen’, ‘compendio’, etc.

Después de haber publicado el *Codex* o *Código*, que luego formaría parte de la compilación de constituciones y jurisprudencia del derecho romano desde el emperador

¹ Ulpiano. D.1,1,1,10.

² Joan Miquel, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1995, pág. 137.

Adriano hasta su época, conocida como *Corpus Iuris Civilis*, Justiniano decidió reunir en una sola obra las sentencias de los jurisconsultos clásicos (*iura*), es decir que el *Digesto* es una recopilación de la jurisprudencia romana que servía en forma de «citas» a los juristas de la época. Así pues, consta de una compilación (*Codex*) de las constituciones imperiales (*leges*), de otra compilación (*Digesta*) con extractos de los juristas clásicos (*iura*) y de una obra elemental para la enseñanza y el aprendizaje del derecho (*Instituciones*)³.

La obra se divide en siete partes de las cuales se encargaron de elaborar una comisión formada por dieciséis miembros entre los que estaban Triboniano, como *magister officiorum* y el profesor de derecho Teófilo, los cuales fueron elegidos mediante la *constitutio Haec quae necessario*. Estos, se encargaron de estudiar, seleccionar y ordenar el conjunto de sentencias o fallos y opiniones de los jurisconsultos que habían gozado del *Ius Respondendi*, que era una concesión imperial que se les otorgaba⁴.

De esta forma, podemos decir que el *Digesto* es la fuente más importante de la Historia del Derecho Romano, no solo por ser la fuente principal del Derecho Justiniano, sino también porque nuestro derecho clásico se basa casi exclusivamente en él⁵.

Haciendo referencia a las dos figuras a las que me voy a dedicar en este trabajo, haré una breve puntualización en cuanto a sus conceptos, por un lado, podemos definir el adulterio como aquella unión sexual de dos personas cuando uno o ambos se encuentran casados con otra persona. Por tanto, es requisito imprescindible para poder hablar de adulterio que quien realice el acto sexual con otra persona se encuentre casado o casada.

Por otro lado, podemos definir el divorcio en un primer sentido como la disolución del matrimonio y en términos procesales, como aquel proceso por el cual se concluye la unión conyugal. En relación con el divorcio, debemos hacer referencia también al concepto de matrimonio, por tanto, podemos decir que el origen de la familia es el hecho (*factum*) del matrimonio – *iustae nuptiae, iustum matrimonium* – que la jurisprudencia romana define de la siguiente forma, D. 23,2,1:

³ Joan Miquel, *Historia del Derecho Romano*, pág. 138.

⁴ Joan Miquel, *Historia del Derecho Romano*, pág. 139.

⁵ Joan Miquel, *Historia del Derecho Romano*, pág. 141.

“*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*”

Esto significa, siguiendo la definición clásica, que el matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de su vida, y comunicación del derecho divino y humano.⁶

- **Cuestiones**

- El divorcio⁷

Se entiende como divorcio *el acto jurídico que disuelve el matrimonio y deja a los ex cónyuges en aptitud de contraer otro*. El término divorcio se deriva de la palabra latina *divortium* y, del verbo *divertere*, que significa irse cada uno por su lado.

Consta positivamente por Plutarco, que recoge la tradición antigua, y nos la transmite, de una cierta ley atribuida al primer rey de Roma, Rómulo, que señala las causas por las que al marido le era permitido repudiar a su mujer. De esta forma, podemos decir que fue lícito el divorcio, según la tradición al tiempo ya del primer rey de la ciudad aunque se insinúa que aunque fuera válido no era lícito. Cabe destacar que lógicamente la facultad del divorcio únicamente era del marido⁸.

Si bien podemos decir que el Divorcio fue admitido en Roma desde los orígenes de su ciudad, su práctica no se propagó hasta finales del S. III a.C.⁹

Se dice que el divorcio de Lucio Annio fue el primero, del cual la tradición habla, realizado *absque sententia amicorum* y el de Spurio Carvilio, el primero asimismo, hecho por causa ajena a las admitidas en derecho¹⁰. El máximo esplendor del

⁶ Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*. 4ta Edición, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2010, pág. 403.

⁷El divorcio tiene su origen en el código civil francés de 1804 y este, se encuentra íntimamente relacionado con la institución del matrimonio, aunque existían muchas culturas que no lo admitían por razones religiosas, económicas o sociales. Ambas instituciones proceden del Derecho Romano.

⁸ Olís Robleda S.J, *El matrimonio en Derecho Romano*. Esencia, Requisitos de validez, efectos, disolubilidad, Roma, Università Gregoriana Editrice, 1970, pág. 255.

⁹Olís Robleda S.J, *El matrimonio en Derecho Romano*, pág. 256.

¹⁰Olís Robleda S.J, *El matrimonio en Derecho Romano*, pág. 258.

divorcio lo encontramos al fin de la República y a principios del Imperio¹¹, cuando todavía no se había extendido el cristianismo.

En cuanto a las causas del divorcio, Justiniano las determina exactamente reduciéndolas a seis por parte del marido y por parte de la mujer. Cabe destacar que también el adulterio del marido ofrece justa causa a la mujer para divorciarse, la cual cosa supone una gran novedad¹².

Por lo que respecta a las penas, así del que divorcia sin aquellas causas, como del que ofrece justa causa del divorcio, también ellas fueron precisadas y determinadas por Justiniano y casi todas ellas de carácter patrimonial. En este sentido Justiniano vuelve a establecer la igualdad entre el marido y la mujer.

Así pues las causas que implican el divorcio de los cónyuges, tal y como resume Olís Robleda, son:

- 1) Por causa inculpable (*per occasionem rationabilem*) llamado por Justiniano “bona gratia”.
- 2) De común acuerdo.
- 3) Sin causa (inculpable o justa)
- 4) Con causa justa (las expresadas para el marido y la mujer)¹³.

Conforme a la Novela 22 aquellas causas fueron:

- El ingreso de uno de los cónyuges en la vida monástica.
- La impotencia del marido por tres años, a contar desde la fecha del matrimonio.
- La cautividad de un cónyuge, después de un quinquenio a partir de la incerteza de su supervivencia.
- La esclavitud sobreviniente (por causa diversa de la cautividad) de uno de los cónyuges.
- La ausencia del marido *militae causa*, después de 10 años de incerteza entorno a la voluntad del mismo de querer permanecer en el matrimonio con ella¹⁴.

El revisa la disciplina, haciéndola más estrecha, y de esta forma las causas que dan posibilidad al divorcio *bona gratia*, terminan siendo tres:

- 1) Impotencia del varón.

¹¹Olís Robleda S.J, *El matrimonio en Derecho Romano*, pág. 259.

¹²Olís Robleda S.J, *El matrimonio en Derecho Romano*, pág. 268.

¹³Olís Robleda S.J, *El matrimonio en Derecho Romano*, pág. 270.

¹⁴Olís Robleda S.J, *El matrimonio en Derecho Romano*, pág. 271.

2) Entrada ya en la vida monástica de uno de los cónyuges.

3) Cautividad de uno de ellos.

En cuanto a la segunda figura, divorcio *communi consensu*, es digno de señalar el paréntesis abierto por Justiniano con la Novela 117, 10, al prohibirlo fuera de una sola hipótesis, la del voto de castidad emitido por ambas partes.

Otra de las causas de disolución del matrimonio era por *Capitis Diminutio*, que significa disminución de derecho. Para el Derecho Romano clásico suponía una incapacidad de derecho absoluta en la persona¹⁵.

Según la clasificación que el jurista Gayo hace en sus instituciones existirían tres tipos de "*capitis deminutio*" (D.4,5,11).

- La "*capitis deminutio*" **máxima** que se produce cuando la persona pierde la libertad y la ciudadanía.

«*Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit*»

- La "*capitis deminutio*" **media** que se produce cuando una persona pierde la ciudadanía sin perder la libertad.

«*Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas amittitur,; libertas retinetur; quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit*»

- La "*capitis deminutio*" **mínima** que se produce cuando manteniéndose la libertad y la ciudadanía se produce un cambio en el estatus de la persona.

«*Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his qui adoptantur*»

- El adulterio.

El adulterio (del latín *adulterium*) se refiere a la unión sexual de dos personas cuando uno o ambos están casados con otra persona, su aparición la encontramos a finales del siglo XV. En el ámbito romano esta expresión fue de uso común, desde sus orígenes y a lo largo de su evolución, para designar la relación sexual de una mujer casada libre de condición honorable (una matrona) con un hombre, tanto libre como

¹⁵ José María Espinosa Isach, Enrique Gómez Royo, *Lecciones de derecho romano*, Valencia, Universidad de Valencia, 2011, pág. 66.

esclavo, distinto de su marido, o también para aludir a la relación sexual que un hombre mantiene con la esposa de otro hombre¹⁶.

La sanción contra la infidelidad matrimonial por parte de la mujer se daba ya desde la época arcaica. Sin embargo, mediante la *lex Iulia de adulteriis coercendis* de Octavio Augusto del año 18 a.C., se estableció la *quaestio de adulteriis* (Tribunal sobre los adulterios), que califica como crimen cuatro tipos de conductas sexuales reprochables:

- El *adulterium* (adulterio) o relación sexual con mujer casada y que denominó así por el hijo que nace *ex altero*, es decir, de otro hombre.
- El *lenocinium* (lenocinio) o alcahuetería, delito que comete el marido al lucrarse del adulterio de su mujer.
- El *incestum* (incesto) o relación sexual entre parientes consanguíneos y afines.
- El *stuprum* (estupro) o relación sexual con mujer libre, soltera o viuda, salvo que se tratase de una meretriz¹⁷.

Fue un factor muy importante en la legislación del derecho penal romano. Esta Ley supuso una de las innovaciones más enérgicas y de mayor entidad que se registraron en la historia del derecho penal romano¹⁸. El adjetivo adulterino se refiere al nacido como resultado de una relación adúltera. Una de las características del adulterio es la *pollutio*, contaminación que corrompe y deshonra a la mujer y además convierte en incierta la prole, puesto que el hijo nace *ex altero* y supone un menoscabo de la dignidad del marido y de la familia¹⁹.

A través de los siglos, en diversas culturas, el adulterio ha sido moralmente censurado y hasta penado, considerándose un delito, pero esto no ha impedido que muchas personas lo practiquen. Tradicionalmente, ha sido más tolerado y socialmente aceptado en los hombres que en las mujeres, las cuales, según la época o la nación en la cual hayan vivido, han sido severamente reprimidas, incluida la pena capital, ya se demostrara o no su culpabilidad.

¹⁶ Esperanza Osaba, *El adulterio uxorio en la lex visigothorum*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 25.

¹⁷ Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, pág. 410.

¹⁸ E. Osaba, *El adulterio uxorio en la lex visigothorum*, pág. 19.

¹⁹ E. Osaba, *El adulterio uxorio en la lex visigothorum*, pág. 26.

Según el Islam, el cristianismo, y el judaísmo, el adulterio es una violación grave a la Ley de Dios, el cual menciona en sus Mandamientos: "No cometerás adulterio"²⁰ o no desearas a la mujer de tu prójimo.

En ocasiones, es utilizado también el término *stuprum* (estupro) para aludir a la relación extramatrimonial de una *nupta*. El estupro se define como la cópula con una persona empleando la seducción o el engaño para alcanzar el consentimiento de la víctima. El requisito es la edad, que varía según las legislaciones y la doctrina, al igual que otros aspectos, y la ausencia de enajenación mental en la víctima y de fuerza o intimidación en el estuprador, diferencian el delito de *estupro* del de *violación*. Anteriormente el estupro podía cometerse en contra de cualquier persona sin que importara su edad, sin embargo, a través de los constantes debates jurídicos, se consideró al estupro como un acto que únicamente podía ser punible cuando se practicara en contra de personas en edad de mayoría sexual, teniendo en cuenta que si fuera el sujeto pasivo menor de dicha edad el delito sería el de *violación*, mas es requisito indispensable que la víctima sea menor de 18 años, puesto que si supera a esa edad, se supone que posee la capacidad para discriminar y evitar ser víctima de engaños o seducciones²¹.

Cuando el Estado interviene en la regulación del adulterio lo configura como un *crimen publicum*, es decir, considerando que el adulterio lesiona los intereses de la comunidad entera y permitiendo, en consecuencia una acusación pública²².

No siempre se ha dado a la palabra adulterio la misma significación. En el derecho romano, el estado de la mujer era lo único que determinaba el adulterio, que así existía independientemente del estado del hombre, al cual para nada se atendía cuando la mujer era casada y se tenía por estupro el comercio sexual del hombre casado con mujer que no lo fuera.

De ahí nació la distinción que hizo que sólo fuera punible, en un principio el adulterio de la mujer.

Constantino declaró ser el adulterio causa de divorcio, cualesquiera de los cónyuges que fuese el culpable, siguiendo las tendencias del cristianismo, aunque

²⁰Éxodo, 20:14; Deuteronomio, 5:18.

²¹ E. Osaba, *El adulterio uxorio en la lex visigothorum*, pág. 27.

²² E. Osaba, *El adulterio uxorio en la lex visigothorum*, pág. 32.

posteriormente vinieron restricciones para la mujer, para formular la acusación de adulterio contra el marido.

De aquí que como elemento del hecho en sí, deben subsistir las definiciones antiguas, sólo modificadas en cuanto a que las condiciones del hombre pueden también ser motivo de adulterio, y como todas esas definiciones requieren esencialmente la demostración de la existencia del acto carnal entre los autores, es preciso acreditar el mismo por los medios que el derecho procesal establecía.

La *lex Iuliam* mantiene el derecho del *pater* a matar a su hija descubierta por él en flagrante delito de adulterio²³. Cabe decir que del tenor literal de algunos textos (D.48, 5, 23) parece desprenderse que tanto el padre natural como el adoptivo podrían ejercer dicho derecho²⁴. Si bien podía matar en el acto a los dos, se le vedaba la posibilidad de ejecutar primeramente a uno de ellos y aplazar durante un tiempo la muerte del otro²⁵, salvo en el supuesto de que por huida de la hija, debiera previamente proceder a capturarla. En los supuestos en los que el padre no tenía derecho a matar, podía retener al adúltero, aunque no más de veinte horas, al objeto de procurarse testimonios sobre los hechos acontecidos²⁶.

En lo que concierne al castigo de la mujer adúltera sorprendida en flagrante delito con anterioridad a la *lex Iulia* establece que no se permite matar a la esposa, en virtud de que *ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus*²⁷, poniendo así por primera vez, freno al derecho de venganza del marido. No obstante, sí se admite que el marido mate al amante de la mujer, pero siempre y cuando los descubra en su propia casa y el adúltero pertenezca a alguno de entre los grupos de personas, de posición social inferior o marcados por su profesión o condenados, cuya ejecución no causaba una gran alarma social. Cabe decir que aunque el marido no estaba autorizado a matar a la mujer que cometió adulterio, este debía divorciarse necesariamente de ella²⁸, si no lo hacía, se convertía en reo de lenocinio²⁹.

²³ D. 48,5,21.

²⁴ E. Osaba, *El adulterio uxorio en la lex visigothorum*, pág. 35.

²⁵ D. 48,5,24.

²⁶ D. 48,5,26.

²⁷ E. Osaba, *El adulterio uxorio en la lex visigothorum*, pág. 39.

²⁸ D. 48,5,25.

²⁹ D. 48,5,30.

En cuanto al procedimiento era preciso un acusador para su inicio, y la figura de acusador no podía ser ejercida por una mujer³⁰. Es importante tener en cuenta que para la existencia del delito de adulterio era necesaria la intención culpable³¹, por ello si la mujer hubiera sido víctima de una violación no era considerada culpable³².

- Relación entre adulterio y divorcio.

En términos generales podemos concebir el adulterio como causa principal del divorcio. Si bien es cierto que es criterio reiterado, que para la comprobación del adulterio como causal de divorcio debe admitirse la prueba indirecta, habida cuenta de que el medio directo para la comprobación de esa causal es casi imposible, no menos cierto es que ese medio de convicción indirecto debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta infiel del cónyuge demandado, así como la mecánica del adulterio, y por tanto el actor tiene la carga de probar en el juicio las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjeron los hechos, de los cuales se pretende deducir que el culpable tuvo relaciones sexuales con personas distintas de su cónyuge, para así satisfacer las exigencias legales y el juzgador pueda apreciar la conducta indebida imputada al demandado.

En cuanto a las causas que provocan el adulterio, podemos hacer referencia a causas de diverso índole, tales como causas psicológicas, familiares, costumbres...

Cabría mencionar también cuales son las principales consecuencias del adulterio, como ya se mencionó anteriormente los efectos psicológicos repercuten en primer lugar en los hijos ya que, al observar el tipo de problema que el adulterio representa tienden a hacer a un lado al responsable de esta, manifestándolo con rechazo, odio e incluso la negación del parentesco.

Este es el tipo de trauma que puede llevar al afectado en un futuro a cometer el mismo comportamiento ya que se forma en el subconsciente la disposición a realizar dicha conducta.

En el ámbito legal conlleva a la disminución o pérdida de derechos sobre los hijos como pueden ser la patria potestad, la custodia y la tutela por ejemplo.

³⁰ D. 48,2,1.

³¹ D. 48,5,13.

³² D. 48,5,40.

En el ámbito social hasta hace apenas unos años el divorcio ha ido dejando de ser algo que la sociedad condene.

En el ámbito económico podríamos mencionar a que si el cónyuge demandado fue el padre y este es quien solía sostener la casa tendrá que seguir haciéndolo como una obligación que se le impone conforme a derecho hasta que sus hijos cumplan la mayoría de edad o concluyan con sus estudios.

En pocas palabras el adulterio y el divorcio por causa de este implican consecuencias en varios puntos medulares de la sociedad siendo el principal de ellos la familia.

- **Conclusión**

He elegido este tema ya que me parece muy interesante saber de dónde proviene la regulación del derecho civil en su ámbito del derecho de familia, en concreto el divorcio, ya que creo que es muy importante comprender por qué tenemos las leyes que tenemos actualmente y saber de donde provienen y la trayectoria que han seguido hasta lo que implica su regulación hoy en día. Por ello he dedicado mi trabajo al estudio de las raíces del divorcio en relación con el adulterio en la época romana, concretamente en el libro XLVIII del digesto de Justiniano, ya que la *lex Iulia de adulteris coercendis* fue una de las más estudiadas y discutidas por los juristas clásicos.

En relación con ello, no está demás decir que el derecho romano es un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y por ello considero que es preciso su estudio y por ende el conocimiento de su funcionamiento para así comprender el sentido de las leyes en general.

En cuanto al tema del adulterio y el divorcio en concreto, me parece un tema muy importante, ya que guarda una relación fundamental con uno de los pilares fundamentales en la vida de todo ser humano, la familia, en cuanto a las consecuencias que provoca, tanto personales como económicas y que no solo afectan a los cónyuges sometidos a divorcio, sino que también afecta a todo su ámbito familiar (hijos y familiares próximos).

Así pues, creo que es importante entender porqué antiguamente se consideraba el adulterio como causa de delito y la trayectoria que ha seguido ese pensamiento hasta la actualidad, ya que se ha producido un cambio drástico en el sentido de las repercusiones que tiene su comisión y también, en cuanto al divorcio, este cambio tiene que ver sobretodo con un cambio de pensamiento, de pasar a entender el divorcio como

un acto necesario que implica el matrimonio, es decir que se es libre tanto para casarse como para desligarse del marido o mujer al que se unió. Actualmente no supone problemas para comprenderlo al menos para la mayoría de la sociedad, pero antiguamente el hecho de que dos personas casadas pudieran dar fin a su lecho conyugal era impensable. Por ello es muy importante saber de dónde proviene ese pensamiento y la recorrido jurídico que ha supuesto, de esta forma, mediante este trabajo he intentado acotando muchísimo el contenido hacer un estudio sobre estas dos figuras tan emblemáticas.

BIBLIOGRAFÍA

- Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*. 4ta Edición, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2010.
- A. D'Ors, F. Hernández – Tejero, P. Fuenteseca, M. García – Garrido y J. Burillo, *Digesto*. Tomo III. Libros 37-50, Navarra, Aranzadi, 1975.
- José María Espinosa Isach, Enrique Gómez Royo, *Lecciones de derecho romano*, Valencia, Universidad de Valencia, 2011.
- Joan Miquel, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1995.
- Esperanza Osaba, *El adulterio uxorio en la lex visigothorum*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Olís Robleda S.J, *El matrimonio en Derecho Romano*. Esencia, Requisitos de validez, efectos, disolubilidad, Roma, Università Gregoriana Editrice, 1970.