

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

---

**DERECHO PENAL MATRIMONIAL ROMANO Y *POENA  
CAPITIS* EN LA REPRESIÓN DEL *ADULTERIUM*.**

**ROMAN MATRIMONIAL CRIMINAL LAW AND *POENA  
CAPITIS* IN THE REPRESSION OF *ADULTERIUM*.**

**Armando Torrent  
Catedrático de Derecho romano  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid**

Me voy a centrar sobre la represión del adulterio<sup>1</sup>, conducta que viola la esperada fidelidad conyugal y, por tanto, entendida como un atentado contra la familia, penado en Roma, hasta la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, dentro del seno de la familia, dando derecho al padre o al marido *sui iuris* casado *cum manu* a matar a la hija adúltera y a su cómplice. Informa Cicerón<sup>2</sup> que en las XII Tab. ya se encuentran reglas que muestran la importancia que tuvo para la sociedad romana la infidelidad por parte de las mujeres, y entre las causas principales que motivaban el suicidio femenino estaba la acusación de adulterio<sup>3</sup>. Desde las XII Tab. hasta Augusto se trataba de cuestiones internas que se reprimían en el seno familiar, de modo que el *paterfamilias* de la mujer o el marido, *sui iuris* que había efectuado la *conventio in manum*<sup>4</sup>, en base a la

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada el 28 de enero del 2015 en la Università degli Studi di Milano, que ahora publico con notas y ampliaciones. Agradezco a la prof. Nunzia Donadio su invitación para participar en un seminario internacional sobre la pena de muerte y, con esta ocasión, poder gozar de una estancia de investigación en la riquísima biblioteca de via Festa del Perdono 7, que ya conocía desde 1967, en tiempos en que los catedráticos de la Estatal eran Arnaldo Biscardi y Gaetano Scherillo.

<sup>2</sup> *Cic. Phil.* 2,28,69.

<sup>3</sup> P. CONESA NAVARRO - R. GONZALEZ FERNANDEZ, "Honesti mors". Suicidio y muertes inducidas de mujeres en la antigua Roma, en R. RODRIGUEZ LOPEZ - M. J. BRAVO BOSCH (eds.), *Mujeres en tiempos de Augusto: realidad social e imposición legal*, (Valencia 2016) 508.

<sup>4</sup> Instituto discutible que constituyó uno de los temas preferidos de E. VOLTERRA, *Ancora sulla manus e il matrimonio*, en "Studi Solazzi", (Napoli

grave ofensa causada por los adúlteros a la familia<sup>5</sup>, como también por el arrebató del momento en que el padre o el marido sorprendían a los adúlteros en prácticas amorosas realizadas en el domicilio del *pater* de la esposa o en la casa del marido, podían dar muerte impunemente (*ius occidendi*) a la casada infiel y su cómplice con lo que quedaba salvado el honor familiar. Esta muerte, que insisto, hasta finales de la República era considerada como una más de las manifestaciones del férreo poder del *paterfamilias*, ha sido entendida como expresión del *ius vitae et necis* sobre la hija mientras que la muerte del cómplice era considerada *homicidium*, que en ambos casos quedaba impune (¿restaurando el honor de la familia?).

---

1948) p 675 ss. = *Scritti giuridici*, II (Napoli, 1991) 83 ss.; Id. *Nuove osservazioni sulla "conventio in manum"*, en "Atti Verona", 3 (Milano 1951) 27 ss., = *Scritti giur.* II, 199 ss.; Id., *Nuove ricerche sulla "conventio in manum"*, en *Mem. Accad. Lincei Cl. sc.mor.*, VIII S., III.4, (1966) 109 ss, = *Scritti giur.* III, (Napoli 1991) 3 ss.; Id., *La conventio in manum e il matrimonio romano*, en *RISG*, XCV (1968) 211 ss. = *Scritti giur.* III, 155 ss.; en contra E. CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, en *RISG*, II s., 10, (1959) 181 ss. = *Diritto e società in Grecia e a Roma antica*, (Milano 2011) Vkd. Una completa reseña bibliográfica sobre el adulterio en C. FAYER, *La familia romana. III. Concubinato, divorzio, adulterio*, (Roma, 2005) 189 ss.; add. la citada por F. PERGAMI, *La repressione dell'adulterio nella legislazione tardoimperiale*, en *INDEX*, 40 (2012) 493 nt. 1.

<sup>5</sup> Cfr. I. MOLNÁR, *Das adulterium als ein das Anschen der römischen Familie verletzendes Verbrechen*, en *Status Familiae. Festschrift Wacke*, (München 2001) 345 ss.

La primera manifestación de represión del adulterio flagrante sancionada con la *poena capitis*<sup>6</sup> se realizaba dentro del círculo familiar hasta que Augusto convirtió aquella conducta en un *crimen publicum*, que también atribuía el *ius occidendi* inmediato sobre los adúlteros, pero ahora describiendo y limitando las circunstancias que permitían declarar impune al homicida, regulando asimismo el *ius accusandi*, tramitado a través de una específica *quaestio de adulteriis*, que sobrevivió hasta finales de la época clásica. Fuera de esta muerte inmediata y tasada, en derecho clásico la sanción del adulterio era la *relegatio in insulam* de los culpables más algunas sanciones económicas<sup>7</sup>, de las que hablaré más adelante. A partir de Constantino, cuando la concepción cristiana de pecado vino traducida por los emperadores sobre el plano jurídico<sup>8</sup>, la sanción conminada por la gravedad del delito de adulterio, crimen nefando que atentaba contra el monopolio del marido sobre la potencia sexual de la esposa, pasó a ser de una “eccezionale crudeltà”<sup>9</sup>. También quiero aclarar que siguiendo la sugerencia de la prof. Nunzia Donadio, directora de estas Jornadas, haré frecuentes referencias a la represión del adulterio

---

<sup>6</sup> Vid. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, en “Sitzungsberichte d. Heidelberger Ak. d. Wiss., phil.-hist. Klasse”, 1930-31 = *Gesammelte Abhandlungen*, II, (Köln-Graz 1963) 325 ss.

<sup>7</sup> PS 2.26.14

<sup>8</sup> PERGAMI, *La repressione dell’adulterio*, cit., p. 493.

<sup>9</sup> Así dice CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, (Milano, 2010) 208 ss.

en el derecho español, en esta materia seguidor del sistema romano republicano que permitió durante muchos siglos que quedaran impunes los homicidas de los adúlteros por entender que habían actuado por causa de honor<sup>10</sup>.

La *lex Iulia de adult. coerc.* del 18 a. C<sup>11</sup>. marcará un punto de inflexión en la represión del adulterio y, aunque su texto no nos ha llegado directamente, los comentarios de los juristas *ad legem Iuliam de adult.*, recogidos en D. 48.5, cuya rúbrica es muy elocuente: *ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*, en C. 9.9 *ad legem Iuliam de adulteriis et de stupro*, en las *PS* y en la *Coll.*, han permitido reconstruirla con bastante verosimilitud<sup>12</sup>.

El derecho penal sigue siendo una de las partes menos estudiadas del ordenamiento jurídico romano por varios

---

<sup>10</sup> Vid. CANTARELLA, *Adulterio, omkckdko legitimo e causa d'onore in diritto romano*, en *Studi Scherillo*, 1 (Milano 1972) 243 ss.

<sup>11</sup> Vid. Al respecto T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La data della lex Iulia de adulteriis*, en *Studi Talamanca*, VIII, (Napoli 2001) 31 ss. = *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, (Napoli 2013) 333 ss.

<sup>12</sup> Vid. las intentadas por G. HAENEL, *Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Iustinianum latorum*, (Leipzig, 1857; reed. Aalen 1965) 257 ss.; y B. BIONDI, *Acta divi Augusti*, I (Roma 1945) 112 ss. También ha dedicado BIONDI notables estudios a nuestro tema; vid. *La pena adulterii da Augusto a Giustiniano*, en *Studi Sassaesi*, XVI, (*Studi Mancaleoni*), 1938, 3 ss. = *Scritti giuridici*, II, (Milano, 1965) 47 ss.; Id., *La legislazione di Augusto*, en *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, (Milano 1939) 141 ss. = *Scritti giuridici*, II, 77 ss.

motivos; en primer lugar, porque es la parte del derecho más cercana a los intereses políticos de cada momento, de manera que puede decirse que cada época y cada organización de gobierno tiene su sistema de represión penal; a grandes rasgos, los sistemas políticos autoritarios tienden a reprimir cualquier conducta que en la opinión política del momento (que no quiere decir que sea mayoritaria sino que tantas veces se impone por la fuerza) atente contra lo que hoy llamamos en España “lo políticamente correcto”, en el sentido de reprimir lo que la facción gobernante entienda reprehensible, que no se dirige tanto a proteger el interés general sino a mantener en el poder a la facción dominante (y hablo de *factio* en su más puro sentido político y penal romano), y de ahí que se entienda como delitos atroces cualquier conducta que para la *factio* dominante debilite la autoridad del Estado o de la casta dominante por decirlo en la terminología del último partido político español, que ha sabido recoger hábilmente los sufrimientos (paro, alza desorbitada de impuestos, bajada de salarios) y el hartazgo de la oprimida sociedad española por la crisis económica, el fenómeno de la corrupción, fenómeno transversal que afecta a los partidos políticos tradicionales, y traigo estas consideraciones porque conciernen al derecho penal de todos los tiempos, probablemente el más unido a las circunstancias políticas de cada momento, y tenemos en Europa suficientes y nefastos ejemplos que connotan los regímenes autoritarios por la falta de libertades, el culto a la personalidad del dirigente

supremo, desprecio de las autoridades públicas por los derechos del ciudadano, corrupción de las castas dirigentes que identifican el Estado con su patrimonio personal y hasta con su propia persona; bastará recordar la célebre frase de Luis XIV de Francia: “l’Etat c’est moi”, o en España la pronunciada en la situación democrática sucesiva a la muerte del dictador por un célebre ministro del Interior, que a su vez había sido ministro con Franco: “la calle es mía”, apuntando a que el gobierno es el único definidor, intérprete y guardián del orden público tal como lo entiende el gobierno y desde luego interpretado para retener el poder; basta recordar el régimen franquista desde 1939 hasta la muerte del dictador en 1975 que llegó a crear un Tribunal de Orden Público, mientras que en los regímenes democráticos se prima el interés general, el respeto escrupuloso a la libertad (en todos los órdenes, que en Roma se tradujo principalmente en la libertad contractual basada en la *conventio*<sup>13</sup>, no de libertad de todas las personas en cuanto existía la esclavitud), la igualdad (que aspira a desterrar

---

<sup>13</sup> En este punto y desde el respeto a la propiedad privada U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, (Roma-Bari 2011) considera que la ocupación de la tierra representa hasta nuestros días el instrumento para realizar el proyecto geopolítico de Occidente: Vid. la rec. de G. COPPOLA, en *SDHI*, 79 (2013) 1366 ss. Sobre la libertad contractual vid. M. TALAMANCA, *Freedom of Contract in Roman Law*, en A. M. RABELLO - P. SARCEVIC (eds.), *Freedom of Contract and Constitutional Law*, (Jerusalem 1988) 285 ss.

cualquier discriminación por razón de sexo, nacimiento<sup>14</sup>, religión<sup>15</sup>, credo político), la integridad física y moral y la propiedad privada de los ciudadanos<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Principio bastante atenuado en Roma tanto durante la época republicana en cuanto el patriciado gozaba de grandes privilegios de que carecían los plebeyos, y en época imperial por las diferencias entre *honestiores* y *humilliores*.

<sup>15</sup> La no discriminación por razón de religión se alcanzó en Roma con el célebre edicto de Milán del 313 d. c., aunque fue anulado por Teodosio II en el 390 al declarar la religión católica religión oficial del Estado, lo que trajo inmediatamente la persecución de los herejes. En Europa volverá a reiterarse más tarde la persecución contra los no cristianos, y a partir de la Edad Moderna incluso dará origen a guerras de religión entre católicos y protestantes hasta la paz de Westfalia en 1648, al positivizarse la idea de un pluralismo religioso garante de la paz y la tranquilidad, asentada en el escrito de John Locke "Ensayo sobre la tolerancia", positivizada trecientos años más tarde por las Naciones Unidas en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, reconociendo la libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión y opinión.

<sup>16</sup> La Constitución española, art. 9.2 declara "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuos y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, se garantiza hasta la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, añadiendo en el párr. 3 que "la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la



Hoy en día las concepciones sobre el derecho penal romano han variado mucho desde que Mommsen<sup>17</sup> tuvo la intuición de situar la materia penal en un lugar intermedio entre el derecho y la historia, destacando las indudables relaciones entre el derecho y el proceso penal, relaciones que, desde un plano general, han venido a ser revisadas un siglo más tarde por Santalucia<sup>18</sup>. La tesis de Mommsen no andaba muy descaminada porque a lo largo de la historia, frente al conservadurismo y lento desarrollo del derecho civil, el penal siempre ha sido el más cercano a las concepciones políticas inmediatas, hasta el punto que realmente no ha habido una ciencia autónoma del derecho penal hasta Beccaria en el s. XVIII, pero a pesar de que Mommsen y poco más tarde Ferrini<sup>19</sup> supieron recoger y definir una larguísima experiencia histórica penalística, partiendo de los escasos horizontes teóricos romanos en la materia, yo me atrevería a decir que todavía hoy siguen estando situados los conceptos penalísticos romanos en una cierta y cambiante inestabilidad, aunque en nuestros días

---

responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>17</sup> Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, (Leipzig 1899; reed. Gras 1995) vii.

<sup>18</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, (Milano 1998). No puedo omitir la aportación de G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale da Ferrini a noi. Considerazione e punti di vista critici*, en *RIDA* 4 (1950) = *Scritti di diritto romano*, (Milano 1981).

<sup>19</sup> C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, (Milano 1902; reed. Roma, 1976).

se haya pasado de entender el derecho penal como defensor de la vida e integridad física, moral y patrimonial de la persona, a considerarlo la máxima protección de los llamados derechos humanos con un extenso entendimiento que llega a zonas mucho más fluidas en que se hace difícil distinguir entre violencia (y su monopolio por parte del Estado), moral y derecho.

La situación de las reglas penales en Roma tiene características muy especiales; y si en nuestros días lo entendemos indiscutiblemente como parte del derecho público, no puede decirse que desde sus orígenes el derecho penal romano estuviera situado en el *ius publicum*, en cuanto la diferenciación *ius publicum-ius privatum*<sup>20</sup> es muy tardía, y tampoco son tan diferentes, pues Ulp. (D. 1.1.1.2) situó estos conceptos simplemente como *duae positiones* en el *studium iuris*, aunque desde una visión de conjunto del ordenamiento jurídico romano creo que puede decirse que los dos delitos más antiguos, el *parricidium*<sup>21</sup> y la *perduellio* encajan mejor en el *ius publicum*. También es comprobable que desde una óptica moderna puede decirse, y de hecho ocurrió en Roma, que actos que por su intrínseca gravedad deberían definirse penales

---

<sup>20</sup> Cfr. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*<sup>13</sup>, (Madrid, 2008), 439 ss.

<sup>21</sup> Con todo, los problemas de interpretación que tiene el término *parricidas* en las XII Tab.; vid. G. PASQUALI, *Parricidas esto*, en *Studi Besta*, 1, (Milano 1933) 67 ss.

quedan fuera de la represión penal entendida estrictamente, pues muchos hechos que hoy consideramos penales en Roma tenían una consideración privatística y por tanto perseguibles a través de un proceso civil y no penal, e incluso legitimando la venganza privada en casos de atentados contra las personas (lesiones). Más adelante, se distinguirán en Roma los llamados *delicta* (*furtum, iniuria, rapina, damnum iniuria datum*), de donde deriva la consideración romana que distingue *crimina* (delitos públicos) y *delicta* (delitos privados), hechos que delatan la originalidad de las concepciones penales romanas que, en el campo del derecho privado, hace que la comisión de un acto ilícito sea considerada en relación al daño y a la correlativa responsabilidad (e indemnización), lo que hace que en Roma la consideración de lo penal o, mejor dicho, de lo delictual, sea más amplia que en nuestros días, pues entran en el campo penal los llamados delitos privados (*delicta*), dando cuenta el derecho clásico de la distinción *crimina* (hechos punibles cuya represión es puesta en marcha por órganos del Estado a los que está confiada la punición de hechos gravemente antisociales<sup>22</sup>) y *delicta*, distinción que llega hasta el derecho justiniano<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> C. GIOFFREDI, *I principii del diritto penale romano*, (Torino 1970) 9.

<sup>23</sup> Vid. E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, (Torino 1924); E. VOLTERRA, *Delinquere nelle fonti giuridiche romane*, en *RISG*, n. s. V, (1930) 117 ss. En contra Giannetto LONGO, *Delictum e crimen*, (Milano 1976), que defiende el carácter intercambiable de *delictum* y *crimen* en las fuentes clásicas.

De alguna manera y desde el parámetro de la actuación jurisdiccional, esta distinción está subyacente aún en España, aunque sólo sea desde una consideración meramente externa, pues los procesos penales son iniciados y se realiza la instrucción ante los Juzgados de Instrucción (órganos unipersonales), que si estiman que hay suficientes indicios de criminalidad remiten la causa que pasa a juicio oral ante la Audiencia Provincial, o son los jueces unipersonales de la Audiencia Nacional los que conocen directamente los delitos de terrorismo, corrupción, trufas económicas, una vez delimitados y calificados los hechos penales y las personas procesadas (respetando siempre la presunción constitucional de inocencia) que juzga la sala correspondiente de la Audiencia Nacional. Precisamente en estos momentos a propósito de un proceso de fraude fiscal y apropiación de fondos públicas, con la correlativa malversación de las autoridades gestoras de esos fondos, iniciado hace cuatro años, ha salido a la palestra una importante controversia jurisprudencial sobre el modo de entender la función legitimadora de los que promueven la acusación de hechos penales, desde luego gravemente lesivos del interés general, generando una polémica a propósito de la aplicación de la llamada doctrina Botín. El Tribunal Supremo había sentado la llamada “doctrina Botín”, por concernir al presidente (recentísimamente fallecido) del Banco de Santander, primer grupo financiero de España y de Europa y de los más importantes del mundo. En esencia, la doctrina Botín

(que no comparto) mantiene la extraña teoría de que, si no acusa el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, que son por ley defensores de la legalidad y de los intereses públicos, no puede seguir adelante el proceso por importantes que fueran los delitos fiscales cometidos, y aunque hubiera en este caso una acusación particular, que ejercitaba la acción popular, que queda gravemente alterada.

La doctrina opuesta también recogida por el Tribunal Supremo, aplicándola en caso de delitos de terrorismo y fiscales, ha sido aplicada por el juez José Castro, titular del Juzgado de Instrucción n. 2 de Palma de Mallorca, que en una causa de clara trascendencia política (y mediática) promovida por la acusación popular agrupada en una asociación denominada “Manos Limpias” (con tantas concomitancias con una asociación italiana similar, y tanto la española como la italiana son adalides en la lucha contra la delincuencia económica y la corrupción política) en que está acusado Iñaki Urdangarín, marido de Cristina de Borbón, infanta de España, hermana del actual rey Felipe VI. Es cierto que este caso el Fiscal y la Abogacía del Estado consideran que no hay indicios suficientes para encausar a la Infanta de España, en definitiva no aprecian delito en su conducta, aunque parece haber quedado probado en la fase de instrucción que se benefició a título lucrativo de los beneficios económicos de los capitales procedentes de fondos públicos adquiridos ilegítimamente por su marido. Por ello, el juez Castro considerando que han habido

delitos económicos y fiscales tipificados: defraudación de intereses generales, malversación de fondos públicos, blanqueo de capitales, tráfico de influencias, entendió que el proceso contra la Infanta debe seguir adelante al ser promovido por una acusación particular ejercitando la acción popular, que por defender intereses públicos es suficiente para llevar adelante los relativos procesos y consiguientemente pasar de la fase de instrucción al juicio oral ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que será la que finalmente pronuncie la sentencia que obviamente puede ser condenatoria o absolutoria<sup>24</sup>.

Este proceso es muy importante mediáticamente porque está imputada la Infanta de España Doña Cristina de Borbón, hija del rey emérito D. Juan Carlos I y hermana de Felipe VI, por considerarla cooperadora necesaria (o beneficiaria a título lucrativo) en el saqueo a las arcas públicas llevado a cabo por su marido Iñaki Urdangarín. También están encausadas las autoridades públicas (los presidentes de las Comunidades Autónomas de Baleares y Valencia al tiempo de concederse las cuantiosas subvenciones recibidas y otras autoridades relevantes de estas regiones) que concedieron subvenciones con

---

<sup>24</sup> Esta división de instancias procesales recuerda el *ordo iudiciorum privatorum* en que el pretor presidía la fase *in iure* examinando los requisitos de legitimación de las partes y realizando una somera *cognitio* del asunto reenviándolo con el *iussum iudicandi* a la fase *apud iudicem* en que eun *iudex unus* nombrado de acuerdo por las partes y el pretor, o ante un tribunal colegiado, emitía la sentencia.

dinero público a una sociedad legalmente constituida sin ánimo de lucro ¿con fraude? ¿con abuso de derecho? de la que eran titulares al 50% la Infanta y su marido. La instrucción del juez Castro se basa en la defensa del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (de alguna manera intuido por Cicerón en sus alegatos iusfilosóficos<sup>25</sup> y por Tácito a propósito de sus relatos en los que expresa su animadversión contra los julio-claudios), considerando suficiente la lesión de intereses públicos (“Hacienda somos todos”, repetido slogan del Ministerio de Hacienda español para estimular a los ciudadanos a cumplir sus obligaciones fiscales) y el principio de ejemplaridad de la pena (estos delitos llevan aparejada pena de privación de libertad, aparte de cuantiosas multas).

En Roma nunca llegó a considerarse de modo autónomo el *ius poenale* o *criminale*, a pesar de que en el Digesto encontramos los llamados *libri terribiles* (47 y 48), donde se describen conductas delictivas con las penas correspondientes. La primera individualización del *ius* que conocemos en Roma es el *ius Quiritium*, en una época en la que el derecho estaba anclado fuertemente en la religión que imbuía todos los aspectos de la vida ciudadana, incluida la represión de los delitos que, fuera del *parricidium* y la *perduellio*, quedaba confinada en el ámbito privado a la familia o a los ciudadanos particulares que aplicaban por sí mismos, o más frecuentemente apoyados en la solidaridad de su grupo, la ley del talión. Es significativo que al

---

<sup>25</sup> Vid. TORRENT, *Der. publ. rom.*, 237-239

ciudadano que cometía gravísimos atentados contra la comunidad se le consideraba *homo sacer*<sup>26</sup> al que cualquier ciudadano podía matar impunemente<sup>27</sup>, y la *sacertas*<sup>28</sup> es uno de los temas más complejos que amalgaman la represión penal y la historia constitucional, como trató de demostrar Franco Salerno<sup>29</sup>.

En mi opinión, no son definitivas las conclusiones de los grandes autores del s. XIX, Mommsen y Ferrini en la primera década del XX sobre la andadura del proceso y del derecho penal romano, que siguen presentando grandes incógnitas que van desde la amplísima potestad de los magistrados (pensemos en los *duoviri peduellionis* y los *quaestores parricidii* en la época monárquica, en los *consules* en la primera época republicana; en

---

<sup>26</sup> Esta cualificación se remonta a momentos antiquísimo atribuyéndola a Rómulo, mítico fundador de la ciudad a la que *iura dedit*, en una célebre disputa con su hermano Remo; vid. C. CASCIONE, *Romolo sacer?*, en *INDEX*, 39 (2011), p. 201 ss. También hay que decir que las noticias de los autores antiguos son muy discordantes, por ejemplo, entre Dion. Hal. y Diod. Sic.

<sup>27</sup> Vid. R. FIORI, *"Homo sacer". Dinamica político-costituzionale di una sanzione político-religiosa*, (Napoli 1986).

<sup>28</sup> Cfr. L. PEPPE, *Note minime di método intorno alla nozione di homo sacer*, en *Studi Labruna*, VI, (Napoli, 2007), p. 4103 ss.; CANTARELLA, *La sacertà nel sistema originario delle pene*, en *Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, (Milano, 2011).

<sup>29</sup> F. SALERNO, *Dalla "consecratio" alla "publicatio bonorum"*, (Napoli 1980). Vid. también L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, (Padova 2005).



la diferenciación entre *iudicia privata* y *iudicia populi*, más tarde denominados *iudicia publica*), hasta las *quaestiones perpetuae*, perfiladas a principios del s. I a. C. por el dictador Lucio Cornelio Sila. Tiene razón Ferrini<sup>30</sup> al destacar la evidencia de la falta en Roma de una legislación orgánica de derecho penal<sup>31</sup>, pero su visión era demasiado pandectística, como la de Mommsen demasiado dogmática<sup>32</sup>, y tampoco aclaró las cosas Wlassak<sup>33</sup>, que planteó el derecho romano desde un ángulo excesivamente privatístico, que de todos modos no dejaba de tener una gran dosis de verosimilitud en cuanto las XII Tab. en materia penal no hicieron otra cosa que legalizar la venganza privada sustentada en la ley del talión<sup>34</sup>, ampliamente extendida en el Mundo Antiguo<sup>35</sup>, legalizando la represión penal privada. Todo ello contribuyó al oscurecimiento del derecho penal romano, que últimamente está recibiendo una

---

<sup>30</sup> C. FERRINI, *Diritto penale romano*, 3.

<sup>31</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, (Napoli, 2002).

<sup>32</sup> Vid. G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi*, en *RIDA* 4 (1950) 23.

<sup>33</sup> M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, (Wien, 1920).

<sup>34</sup> Cfr. J. ZABLOCKI, *La pena del taglione nel dirittoromano*, en *Studi Labruna*, VIII (Napoli 2007) 5991 ss.

<sup>35</sup> Vid. J. A. TAMAYO ERRAZKIN, *La ley del talión, entre el código de Hammurabi y las XII Tablas*, en *Direito romano. Poder e direito*, (Coimbra, 2013) 525 ss.

atención que había faltado hasta hace pocos decenios, si descontamos a Strachan Davidson<sup>36</sup>, Brasiello<sup>37</sup> y los más recientes de Archi, Peter Stein<sup>38</sup>, Garofalo<sup>39</sup>, Santalucia<sup>40</sup>, (podía seguir citando a otros como Lauria o Kunkel, éstos desde un claro enfoque procesalista) de modo que en nuestros días podemos hablar de una revitalización de los estudios penalísticos romanos<sup>41</sup>. Brasiello, por ejemplo, sostiene que la justicia penal tiene una línea de evolución que puede delinearse con claridad, pero sinceramente no lo veo así, porque durante gran parte de la República nunca hubo una separación tajante

---

<sup>36</sup> J. L. STRACHAN DAVIDSON, *Problems of the roman criminal law*, I-II (Oxford, 1913).

<sup>37</sup> U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, (Napoli 1937); Id. *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, en AG, 120, (1938) 55 ss., para la represión del adulterio, 92 ss.; Id., *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, en SDHI, 12 (1946) 148 ss.

<sup>38</sup> P. STEIN, *School attitudes in the law of delicts*, en *Studi Biscardi*, II (Milano 1982) 281 ss.

<sup>39</sup> GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, (Padova, 1997).

<sup>40</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell' antica Roma*,<sup>2</sup>(Milano 1998), sobre el cual V. GIUFFRÈ, *Il nuovo interesse per la storia della repressione criminale e Bernardo Santalucia*, en INDEX 37 (2009) 157 ss.; y la rec. de T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Diritto e proceso penale in Roma antica*, en INDEX, 19 (1990), 176 ss.

<sup>41</sup> GAROFALO, *Concetto e vitalità del diritto penale romano*, en *Studi Talamanca*, IV (Napoli 2001) 73 ss.

entre justicia penal y civil<sup>42</sup>, y la punición de los delitos más graves que atentaban contra la estructura constitucional y, por supuesto, contra la *pax deorum*, quedaban al arbitrio de los magistrados acusadores que gozaban además de una amplísima e indiscriminada *coercitio*, que empezó a verse limitada por la *provocatio ad populum*.

Sin duda, el campo penal, dentro de sus muchas ambigüedades, permite ver la evolución del ordenamiento jurídico romano desde sus primitivos anclajes religiosos en tránsito a esquemas laicos, y puede decirse que durante la época republicana un punto cardinal en el estudio del derecho es la advertencia de la progresiva secularización del ordenamiento. Desde luego, durante los primeros siglos de Roma la materia penal no estaba bien delineada y toda la punición pública venía confiada a la *coercitio* de los magistrados, entendiendo por *coercitio publica* la facultad de los magistrados para sancionar a los ciudadanos con un sistema de medios aflictivos personales y patrimoniales, que puede delinarse bien como un poder disciplinario ejercitado por el magistrado contra el que contraviene sus órdenes, bien para sancionar transgresiones previstas o no por la legislación criminal cuyo castigo estaba confiado al poder coercitivo

---

<sup>42</sup> TORRENT, *Derecho penal romano*. I. *Epocas monárquica y republicana*, en A. CALZADA - F. CAMACHO, (coords.), *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, (Madrid 2005) 12.

magistratual<sup>43</sup>. En este campo, el *ius provocationis* significó un paso gigantesco para el control y limitación del poder de los magistrados en caso de infligir a los ciudadanos pena de muerte o multas superiores a 3.020 ases, *provocatio* ejercitada ante el *populus* reunido en los *comitia centuriata* (el *comitiatus maximus* citado por las XII Tab.) que imponía un freno a los eventuales abusos de poder de los magistrados pudiendo absolver a los sentenciados a pena capital.

De todos modos, se hace difícil deslindar determinados hechos ilícitos, que hoy consideramos subsumidos penalmente, de otros factores que en Roma fueron variando históricamente, oscureciendo el estudio de la norma penal, entendiéndose por tal la que enjuicia toda ofensa grave al orden jurídico y, como tal, reprimida por la comunidad; en otras ocasiones, conductas gravemente antisociales son unas veces reprimidas con penas sacrales, y otras meramente remitidas a la venganza privada<sup>44</sup>: en la sociedad romana arcaica podía darse tanto que determinados hechos, incluso prohibidos y acompañados de sanción, no corresponden a la materia estrictamente penal, y a la vez, que determinados hechos ilícitos religiosos eran reprimidos penalmente, mientras que en la evolución posterior llegan a quedar sin sanción; también vemos el fenómeno

---

<sup>43</sup> M. DE DOMINICIS, s.v. *coercitio*, en *NNDI*, 3 (1959) 417-426.

<sup>44</sup> Vid. J. ZLINSKY, *La repression criminelle dans la Rome archaïque, aspects judiciaires*, en *RIDA*, 37 (1990) 463 ss.

inverso: hechos que en principio no se consideraban ofensivos para la comunidad fueron reprimidos severamente más tarde.

Como en tantos otros campos del derecho, el Estado dejaba la sanción de las ofensas recibidas por los particulares a la venganza privada; en definitiva, primaba la ley del talión, en ocasiones atemperada por un rescate económico<sup>45</sup>; solamente en unos pocos casos, en que el hecho aparece como una violación de la *pax deorum*, reacciona la comunidad por sí misma contra el reo para aplacar la ira de los dioses y restaurar las ordenadas relaciones entre los dioses y los hombres. Mommsen había sentado la doctrina de que la represión de estos delitos estaba reservada al Estado y recuerda la existencia en época monárquica de magistrados con competencias penales: los *duoviri perduellionis* y los *quaestores parricidii*, dejando a la venganza privada los delitos privados, lo que parece retrotraer a una época antiquísima la distinción posterior entre *crimina* y *delicta*, mientras que Kunkel restringió aquella doctrina, entendiendo que, salvo la *perduellio*, la represión de los delitos había sido abandonada a la esfera privada que se liquidaba en términos de una *accusatio* instrumentada mediante un proceso privado ordinario, considerando que había un control estatal

---

<sup>45</sup> D. MANFREDINI, *Contributo allo studio della iniuria in età repubblicana*, (Milano 1977) 72 ss., que se remonta a Cat. *Orig.* 81 y Prisc. *Gnomon* 6.6: *si quis membrum rupit ut os fregit, talione proximis cognatis ulciscitur*, aunque entiende que esta regla es de época decenviral y no tanto de la monárquica; vid. rec. de G. PUGLIESE, en *IVRA*, 29 (1978) 195 ss.

sobre el procedimiento, pero no una persecución de los delitos por el Estado.

Las primeras normas penales que nos transmite la tradición latina vienen atribuidas a la época monárquica<sup>46</sup> y están imbuidas de gran religiosidad, de modo que hay que llegar a las XII Tablas para señalar el fin de aquella cultura jurídica arcaica<sup>47</sup>, no el fin de la religiosidad, que será utilizada por el patriciado para retener el poder, reservándose los *auspicia maxima* con el consiguiente monopolio de la interpretación de la voluntad de los dioses, junto con el monopolio del conocimiento y aplicación del derecho. En la larga lucha entre patricios y plebeyos, el último hito importante fue el acceso de Tiberio Coruncanio como *pontifex maximus* en el 254 a. C., siendo el primero -al decir de Pomponio- que *publice profiteri*, inaugurando desde entonces una vía hacia la sistematización del ordenamiento continuada brillantemente

---

<sup>46</sup> A. H. J. GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time*, (London 1912) 297 ss.; J. L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of crim. Law*, I, (Oxford 1912) 1 ss.; M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechts- vorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, (Göttingen 1949) 42 ss.; U. COLI, *Regnum*, en *SDHI* 17 (1951), 114 ss. = *Scritti di diritto romano*, I (Milano 1973), 431 ss.; P. VOCI, *Diritto sacro roman in età arcaica*, en *SDHI*, 19 (1955) 38 ss. = *Studi di diritto romano*, (Padova, 1985) 211 ss.; A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, en *BIDR* 69 (1966), 342 ss.; SANTALUCIA, *Dir. e processo pen.*, 1 ss.

<sup>47</sup> A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, en *RIDA* 37 (1990) 197.

por los juristas laicos del s. II a. C. *qui fundaverunt ius civile* y en el siglo final de la República por mucianos y servianos<sup>48</sup>. Aún en un clima de gran ferocidad de la represión penal, y pensemos en la *poena cullei*<sup>49</sup>, pena de muerte para los deudores insolventes que dejaban de pagar sus obligaciones, las XII Tab. aportaron un primer esclarecimiento de la materia penal, fijando las ambigüedades de unas pretendidas leyes monárquicas y, en especial, la ley sobre el asesinato (*parricidium*), atribuida al mítico rey Numa Pompilio; en general, hoy se entiende que todas las primitivas *leges regiae*, y especialmente las pretendidas *leges Numae*, no eran otra cosa que *leges de ritu sacrorum* como parece desprenderse de la *lex horrendi carminis* con que se sancionaba la *perduellio*. Probablemente las llamadas *leges regiae* no fueran otra cosa que proyección de primitivas normas penales consuetudinarias, más tarde recogidas por Papirio Justo en un enigmático *ius Papirianum*<sup>50</sup>, que como fuente del derecho viene citado a finales de la República en época de César.

---

<sup>48</sup> Cfr. TORRENT, *El aparente desinterés de la jurisprudencia tardo-republicana por las societates publicanorum*, en *TSDP*, 7 (2015) 1-88.

<sup>49</sup> G. DÜLL, *Zur Bedeutung der poena cullei in römischem Strafrecht*, en *Atti. Congr. Internaz. Dir. Rom.*, 2 (Pavia, 1935) 361 ss.

<sup>50</sup> U. E. PAOLI, *Il ius Papirianum et la loi Papiria*, en *RH* 24-25, (1946-47), p. 152 ss. y S. DI PAOLA, *Dalla lex Papiria al ius Papirianum*, en *Studi Solazzi*, (Napoli 1948) 631 ss., niegan cualquier relación entre las *leges regiae* y el *ius Papirianum*.

La ciencia romanística de nuestros días es más cauta y aparte de considerar las pretendidas *leges regiae* como expresión de reglas consuetudinarias, no desdeña la posibilidad de leyes escritas, como se deduce de la enigmática inscripción contenida en el *lapis niger* encontrada en el Foro<sup>51</sup>. De todos modos, y dada la inoperancia legislativa de los *comitia curiata*<sup>52</sup> en época monárquica cuyas únicas competencias conocidas eran la *lex curiata de imperio* que consagraba al nuevo *rex* y la *detestatio sacrorum* cuando un *paterfamilias* pasaba a ser adrogado por otro *paterfamilias*, y de los comicios centuriados con funciones judiciales que prácticamente dejaron de funcionar en época de Augusto, parece claro que no podían ser *leges rogatae* sino más bien ordenanzas promulgadas por el rey como sumo sacerdote y jefe supremo de la *civitas*, abriéndose paso en la doctrina la tesis que no todas las *leges regiae* que conocemos por la tradición latina son falsas, aunque presentan el grave problema de su credibilidad debiendo ir caso por caso<sup>53</sup>, y en general hoy se admite como auténtica una cierta conexión entre *leges regiae* y *ius Papirianum*<sup>54</sup>. A mi modo de ver en las *leges regiae* no

---

<sup>51</sup> F. COARELLI, *Il Foro romano*, I, (Roma 1987) 178 ss..

<sup>52</sup> Sobre esta asamblea primitiva, vid. F. DE MARTINO, *Storia della cosottituzione romana*, I<sup>2</sup>, (Napoli 1972) 146 ss.; TORRENT, *Der. público rom.*, 79 ss.

<sup>53</sup> SANTALUCIA, *Dir. e proceso pen.*, 4.

<sup>54</sup> COLI, *Scritti*, I, 429 ss.; VOCI, *Studi*, I, 268 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, (Roma 1959) 578 s.; S. TONDO, *Introduzione alle leges*



debemos ver un conjunto sistemático y orgánico de normas penales, y al lado de normas que indudablemente son *de ritu sacrorum* existen otras con normas penales donde se prescribe que quien ha sufrido una ofensa grave puede ejercitar la venganza contra el ofensor, como recuerdan las XII Tab. en tema de homicidio y lesiones corporales. También puede entreverse una cierta juridificación de conductas hasta entonces reprimidas por los *mores maiorum*, como la conculcación de algunas relaciones de familia, clientela, vecindad.

Me voy a fijar en el campo del derecho penal matrimonial y especialmente en la represión del adulterio como ofensa grave a la moral familiar sancionado con el *ius occidendi* (en definitiva aplicando el *pater la poena capitis* sobre los adúlteros), o si se prefiere por causa de honor<sup>55</sup> y así se fue afirmando a lo largo de la historia, y pienso que todavía hoy, aunque el adulterio esté despenalizado en las sociedades de corte occidental, se sigue reprimiendo duramente en determinadas etnias y religiones, que originariamente en Roma por hábitos consuetudinarios (*mores* de la familia) consentía al *pater* que tenía la *potestas* sobre la hija adúltera matar a ésta y su cómplice sorprendidos en actos adúlterinos que ofendían el honor familiar y desde luego supongo que ofendiendo gravísimamente al marido cornudo. La represión del adulterio

---

*regiae*, en SDHI, 37 (1971) 1 ss.; A. WATSON, *Roman Private Law and the leges regiae*, en JRS 62 (1972) 100 22.; FIORI, *Homo sacer*, 182 ss.

<sup>55</sup> CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo*, 243 ss.

hasta la *lex Iulia de adult.* fue por tanto reprimida dentro del seno de la familia ejercitando el *pater* el *ius vitae necisque* sobre la hija adúltera, y a partir de Augusto reprimida por normas estatales expresas (algún autor supone que debió haber alguna legislación anterior sobre la materia). Desde Augusto se perfiló el adulterio como *crimen publicum* legalizando el antiguo *ius occidendi* que llevaba aparejada la muerte de la mujer adúltera y de su cómplice, tema que fundamentalmente fue visto en relación con violaciones de lo que se entendía como moral familiar. Según Cantarella<sup>56</sup>, desde entonces la muerte de la hija adúltera no fue vista como un derecho sino más bien como un deber del *pater*, entendiéndose que la razón residía en el hecho que ahora debía probarse que si la había matado era porque no había soportado la ofensa causada por los adúlteros, y la muerte de la hija venía ahora considerada el medio más idóneo para probar la ofensa excluyendo que “accapando questo pretesto”, el padre intentase legitimar un homicidio cometido por otros motivos. Para Cantarella, la muerte de la hija era el precio que se pedía al padre para consentirle ejercitar lo que siempre se había considerado un derecho suyo, cuyo ejercicio ahora en cierto sentido estaba subordinado al hecho de encontrarse en el momento que lo ejercitaba en un estado de ánimo (*iustus dolor* por el hecho del adulterio) que al menos en parte era entendido como base de su impunidad, debiendo probar este estado de ánimo precisamente matando a la hija,

---

<sup>56</sup> CANTARELLA, *Adulterio, homicidio legittimo*, 273.

por lo que por primera vez la reacción paterna venía contemplada como reacción a una ofensa injusta, reacción extendida al marido aunque no fuera *sui iuris*: *Coll. 4.12.2* (Paul. 2 *Sent.*) *Filius familias pater si filiam in adulterio deprehenderit, verbis quidem legis prope est, ut non possit occidere: permittitur tamen etiam ei, ut occidat.*

Insisto en que si la mujer en derecho privado tenía menos prerrogativas que el varón, defendiendo los juristas clásicos esta discriminación con fundamentos hoy totalmente inaceptables, como la *infirmitas*, *levitas animi*<sup>57</sup>, la *impotentia* para procrear, el abuso del vino por parte de la mujer (muchos casos de divorcio de la mujer tenían este fundamento), del mismo modo que sobre todo a partir de la *lex Iulia* el adulterio en el caso de no haber dado muerte a la mujer exigía el *repudium* por

---

<sup>57</sup> Gayo 1,190, consideraba una razón más aparente que real esta *levitas animi* (ligereza de espíritu) tal como se entendía vulgarmente, ni tampoco consideraba de buena razón (*nulla pretiosa ratio*) que las mujeres no casadas tuvieran que estar sometidas a tutela, puesto que (¿por su condición humana y su dignidad?) podían gobernarse por sí mismas: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regere, magis speciosa videtur quam vera. mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invito acutor fieri a praetore cogitur, dando la impresión con la última frase que cuando el pretor nombra un tutor a la mujer es precisamente una medida de protección en el campo procesal más que para el negocial.*

parte del marido burlado, sanción más social que jurídica como en general el matrimonio que asimismo en Roma era una institución de hecho antes que jurídica. Las fuentes testimonian que en Roma la mujer ocupó siempre una posición subordinada al marido, al padre o al tutor<sup>58</sup>, un sometimiento indiscutible<sup>59</sup>, y mientras para el hombre se predicaban siempre una serie de factores relevantes como su condición física, su ardor guerrero, su prudencia, su sabiduría (especialmente la oratoria, al menos en la época republicana), la mujer era valorada desde otros criterios especialmente su probada capacidad de procreación, incluyendo entre las virtudes femeninas la *pudicitia*<sup>60</sup>, entendida

---

<sup>58</sup> Sobre la tutela de la mujer casada vid. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, (Milano 1984) 17 ss.

<sup>59</sup> R. RODRIGUEZ MONTERO, *Hilvanando "atributos" femeninos en la antigua Roma*, en P. RESINA (ed.), *"Fundamenta iuris". Terminología, principios e interpretación*, (Universidad de Almería, 2012), p. 206.

<sup>60</sup> Val Max. *Fact. et dict.* 6.1 pr. Plauto en *Amoph.* 840-842, hace decir a Alcmena que no considera su dote como se entiende normalmente (entrega de bienes o dinero al marido por el padre de la mujer o un *extraneus* con la finalidad específica *ad sustinenda onera matrimonii*) sino la honestidad, el recato, el dominio de las pasiones, el miedo a los dioses, el amor a los padres, la sumisión al marido, lo que nos da una idea precisa de la alta consideración de la *matrona* romana. Podría decirse que estos valores son los que recoge, en esta ocasión cristianizados, Fray Luis de León (s. XVI) en *La perfecta casada*. Vid. también Cat. *De Agricult.* 143. Cfr. C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquarii. Sponsalia, matrimonio, dote*, II, Roma, 2005, 285 ss.; M. R. CID LOPEZ, *La matrona y las mujeres en la Roma antigua; Un estereotipo femenino a través de las imágenes*

como castidad y comportamiento ejemplar de la mujer en el matrimonio<sup>61</sup>, y la fecundidad. Pero aunque las mujeres casadas tuvieran menos derechos que el marido, no por ello dejaron de tener gran influencia hasta en la misma vida política<sup>62</sup>. A finales de la República hubieron mujeres con grandes virtudes públicas, algunas valerosas y justas<sup>63</sup>, otras, grandes defensoras

---

*religiosas en las normas legales, en "Mujeres en la historia, el arte , y cine"<sup>2</sup>, (Universidad de Salamanca 2011), 55 ss.; A. CASTRESANA, *Catálogo de virtudes femeninas a través de la debilidad histórica sobre la dignidad de ser esposa y madre*, (Madrid 1993).*

<sup>61</sup> Cfr. M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'Histoire juridique et sociale*, (Roma 1972) 59 ss.; R. LANGLANDS, *Sexual morality in Ancient Rome*, (Cambridge 2006) 37 ss.

<sup>62</sup> Vid. S. CASTÁN, *El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último tramo de la República*, en A. MALCHER MEIRA (org.), *O direito de família, de Roma à atualidade*, (Belem <Brasil> 2011) 511-542; V. RODRIGUEZ ORTIZ, *Servilia Caepionis, una estratega en la política de finales de la República*, en R. RODRIGUEZ LOPEZ - M. J. BRAVO BOSCH (eds.), *Mujeres en tiempos de Augusto.: realidad social e imposición legal*, (Valencia 2016) 121-143; C. MASI DORIA - C. CASCIONE, *Fulvia. Nemica di Augusto e prima principesa romana*, *ibid.*, 209-236; M. SALAZAR REVUELTA, *Livia. Modelo de princesa imperial en el marco del poder de la dinastía Julio-Claudia*, *ibid.*, 331-364

<sup>63</sup> Vid. R. MENTXAKA, *Turia. Un ejemplo de "mulier fortis" romana*, en *Mujeres en tiempos de Augusto.*, *cit.*, 99-120; J. M. PIQUER MARÍ, *Terencio. Un perfil de matrona romana (Cic. ad Fam. XIV)*, *ibid.* 145-170; G. POLO TORIBIO, *Atia Balba Caesonia, fiel transmisora y modelo de los valores republicanos*, *ibid.*, 185-205; M. C. PEREZ LOPEZ, *Porcia Catonis, imagen de la virtud estoica*, *ibid.*, 237-249; M. J. BRAVO BOSCH, *Escribonia ¿perfecta*

de los derechos de las mujeres (en este caso derechos fiscales como fue el caso de Hortensia<sup>64</sup>), otras que se movieron en ámbitos de corrupción política y financiera<sup>65</sup>.

Como madre y administradora de la *domus*, los romanos elaboraron<sup>66</sup> un “ideal femenino” que en el aspecto físico pivotaba sobre la fecundidad de la mujer, valor exaltado por Liv. y Val. Max.,<sup>67</sup> de modo que en caso de segundo matrimonio el marido tenía en cuenta especialmente la probada fecundidad de la nueva esposa<sup>68</sup>, y también la *pudicitia* (¿moralidad?) de la

*matrona romana?*, *ibid.*, 287-305; R. M. Cid lopez, *Octavia. La noble matrona de la domus de Augusto*, *ibid.*, 307-330; M. SALAZAR REVUELTA, *Livia. Modelo de princesa imperial en el marco del poder de la dinastía Julio-Claudia*, *ibid.*, 331-364; C. MASI DORIA - C. CASCIONE, *Fulvia. Nemica di Ottaviano e prima principessa romana*, *ibid.*, 209 ss.

<sup>64</sup> M. E. ORTUÑO, *Hortensia. Su discurso contra la imposición fiscal femenina*, en *Mujeres en tiempos de Augusto*, *cit.*, 367-400.

<sup>65</sup> L. PEPPE, *Chelidone e Tertio. Donne, cortigiane e diritto effettivo nelle Verrine*, en *Mujeres en tiempos de agosto*, *cit.*, 81-98. Sobre la actuación de Chelidone, amante de Verres, venal propretor de Sicilia, cfr. TORRENT, *Syngraphae cum Salaminiis*, en *IVRA* 24 (1973) 90-111.

<sup>66</sup> G. COPPOLA BISAZZA, *La posizione giuridica della donna in epoca augustea. Aspetti innovatori*, en *Mujeres en tiempos de Augusto*, *cit.*, 237-251, entiende que en tiempos augústeos las mujeres tenían dos claros objetivos políticos: el aumento de la población y la restauración de las costumbres. Efectivamente a finales de la República hubieron grandes mujeres públicas (en el mejor sentido de la palabra).

<sup>67</sup> Liv. 42.34; Val. Max. *Fact. et dict.* .7.1.2.

<sup>68</sup> Cfr. Tac. *Ann.* 12.6.1.

mujer. Ciertamente es que todas las menciones de la mujer en Roma obedecen a modelos escritos por hombres tantas veces no precisamente virtuosos en su concepción del matrimonio y la sexualidad sino todo lo contrario, de modo que la unión sexual del marido con otras mujeres no tenía ninguna sanción y hasta podría decirse que era tolerado (¿acaso bien visto?) por la sociedad romana, algo que evidencia la legislación augústea que llegó a elencar mujeres (de baja condición social) *in quas stuprum non committitur*. La mujer tenía la *civitas Romana* de igual forma que su marido, pero no podía gozar de la situación de *paterfamilias*, ni ser *sui iuris*<sup>69</sup>, ni disponer libremente de su patrimonio, y sobre todo sus derechos políticos eran muy restringidos: no podían votar en las asambleas (carecían de *ius suffragii*) ni postularse para cargos públicos<sup>70</sup> con lo que tenían

---

<sup>69</sup> Vid. P. GIUNTI, *Mores e interpretatio prudentium nella definizione di materfamilias. (Una cualifica fra conventio in manum e status di sui iuris)*, en *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche Gallo, I* (Napoli 1997) 301 ss. Una excepción a su exclusión de los derechos de naturaleza pública es el de las vírgenes vestales, elegidas por el *pontifex maximus* y único colegio sacerdotal femenino., con competencias tan importantes como la conservación de los testamentos y la posibilidad de actuar en juicio. Cfr. R. L. WILDFANG, *Rome's Vestal Virgins A study of Rome's Vestal priestesses in the late Republic and early Empire*, (London-New York 2006), 37 ss. Cfr. TORRENT, s.v. *Vestales*, en *Diccionario de derecho romano*, (Madrid 2005) 1467.

<sup>70</sup> *Gell. N.A.* 5.19.10; *Pap. (31 quaest.) D.* 1.5.9; *Ulp. (1 ad Sab.) D.* 50.17.2 pr. y *(6 ad Ed.) D.* 3.1.1.5. Sobre todo, la información de *Ulp.* es muy significativa, porque al tomar los comisarios justinianos textos de sus

vetado el *ius honorum*, factores que siendo un signo de minusvaloración de la mujer no son sino reflejos de la situación social y política de Roma desde sus primeros momentos envuelta en luchas continuas internas y externas hasta la *pax Augusta*, de modo que aquella exclusión se basaba en los *mores maiorum* con un perfil más constitucional que basado en razones físicas como la *infirmitas sexus* o psicológicas como la *levitas animi*<sup>71</sup>. Puede decirse que la exclusión de la mujer en los *iudicia publica* era un principio general durante la República que comenzó a quebrar con las numerosas *leges Corneliae* silanas<sup>72</sup> y las posteriores leyes penales matrimoniales augústeas

La represión del adulterio que durante mucho tiempo se encauzaba en el interior de la familia otorgando al padre o al marido el *ius occidendi* sobre la adúltera y su cómplice, en principio por hábitos consuetudinarios y a partir de Augusto por normas estatales expresas, admitiendo dar muerte a los adúlteros con lo que quedaba a salvo el honor de la familia<sup>73</sup>, en principio únicamente ejercitable por el *pater*, y en su caso el marido si éste fuese *sui iuris* relacionado con la mujer adúltera

---

comentarios *ad Sab.* y *ad Ed.*, muestra que tanto la tradición civilística anclada en los *mores maiorum*, como la pretendidamente renovadora de la *iurisdictio praetoria* fijada en el Edicto, son firmes en la exclusión de las mujeres de las asambleas políticas y de los cargos públicos

<sup>71</sup> PEPPE, *Posiz. giur. della donna*, 98-99.

<sup>72</sup> Vid. RESINA, *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, (Madrid 1996) 22 ss.

<sup>73</sup> Vid. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo*, 423 ss.



mediante *conventio in manum*. Para la época monárquica debe destacarse una antigua *lex* atribuída a Rómulo<sup>74</sup> citada por Dion. Hal. 2.5.6 que en caso de adulterio u otra causa grave por parte de la mujer (como el abuso de vino<sup>75</sup>), el *paterfamilias* o en su caso el marido salvaban el honor familiar y la rígida moral de las primeras épocas de Roma dando muerte a los adúlteros penando privadamente con la muerte aquella conducta, entendiendo socialmente admisible aquella *poena capitis* infligida a la mujer en el interior de la familia. Habrá que llegar a finales de la República para que el adulterio dejara impune al homicida al ser considerado el adulterio como *crimen publicum* instrumentado procesalmente en la *quaestio de adulteriis* regulada por Augusto<sup>76</sup> que concedió una acusación privilegiada al marido y al padre de la mujer que podían dar muerte *impune* a la adúltera y a su cómplice cogidos en flagrante delito, en definitiva una punición que recuerda la antigua venganza privada en éste y otros casos. Hay que llegar

---

<sup>74</sup> Cfr. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato tra storia e propaganda*, (Milano 1990) 5, que entiende que sería de Numa Pompilio; se muestra escéptico A. GUARINO, *Roma e l'adulterio*, en *Labeo* 38 (1992) 319 ss.

<sup>75</sup> Cfr. TORRENT, *Diritto penale matrimoniale*, en *Labeo* 48 (2002) 127.

<sup>76</sup> Vid. G. RIZZELLI, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, en *BIDR*, 89 (1986) 411 ss.; Id., *Stuprum e adulterium nella cultura giuridica augustea e lex Iulia de adulteriis coercendis*, en *BIDR*, 90 (1987) 355 ss.; Id., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*; (Lecce 1996); P. PANERO ORIA, *Ius occidendi e ius accusandi en la lex Iulia de adulteriis coercendis*, (Valencia. 2001).

a Augusto con la *lex Iulia de adulteriis coercendis* del 18 a. C., rogada y votada por inspiración augústea<sup>77</sup>, para encontrar reprimidas penalmente conductas ahora entendidas como *crimina publica* que hasta entonces habían sido comprendidas genéricamente en el derecho consuetudinario penal matrimonial (*mores maiorum*) con fuertes matices privados, aunque algún autor entiende que tuvo que haber anteriormente alguna norma pública (ley o senadoconsulto) que sancionara el adulterio.

Augusto legisló sobre la represión del adulterio, tipificando conductas delictivas y fijando las circunstancias para justificar –o legitimar– el homicidio impune de los adúlteros que conocemos principalmente por los grandes juristas severianos: Pap., Paul., Ulp., gracias a los cuales conocemos las circunstancias de la impunidad: que el padre homicida tuviera la *patria potestas* sobre la hija: Pap. (1 de *adulteriis* D. 48.5.20(21)<sup>78</sup>; Pap. eodem lib. D. 48.5.23(22) pr.<sup>79</sup>;

---

<sup>77</sup> Esta *lex Iulia* ha sido objeto de importante atención por la doctrina: vid. J. A. C. THOMAS, *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, en *Etudes Macqueron*, (Aix-en-Provence 1970) 637 ss.; D. DAUBE, *The lex Iulia concerning adultery*, en *The Irish Jurist*, (1977) 373 ss.; CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo*, 423 ss.

<sup>78</sup> D. 48.5.21(20): *patri datur ius occidendi filiam quam in potestate habet, itaque nemo alius ex patribus ídem iure faciet: sed nec filius familias pater.*

<sup>79</sup> *Nec in ea lege naturalis ab adoptivo patre separator.*

Ulp. 1 *de adult.* D. 48.5.22(21)<sup>80</sup>; que el homicidio de los adúlteros fuese cometido en casa del padre o del yerno: Pap. *lib. singulari de adult.* recogido en *Coll.* IV.12.1<sup>81</sup>; Ulp. 1 *de adult.* D. 48.5.24(23),<sup>282</sup> ; que el padre la mate por su propia mano juntamente con el correo: *patri datur ius occidendi adulterum cum filia* (Pap. D. 48.5.22(21) en el momento en que son sorprendidos (*deprehendere in adulterium*). Todas estas circunstancias estaban bien delimitadas en la *lex Iulia* hasta el punto que desde un ángulo dogmático puede decirse que la muerte de los adúlteros quedó codificada desde entonces marcando una etapa de tecnificación del derecho penal romano que había comenzado con las *quaestiones perpetuae* de Sila al definir delitos y reprimirlos con sus penas correspondientes<sup>83</sup>, que de alguna manera adelantaba un principio capital del derecho penal

---

<sup>80</sup> D. 48.5.22(21): (*sic evenit ut nec pater nec avus oiossint occider) nec immerito: in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis.*

<sup>81</sup> *Coll.* IV.12.1: *Permittitur patri tan adoptivo quam naturali adulterum cum filia cuiuscumque dignitatis domi suae vel generi sui deprenhensum sua manu occidere.*

<sup>82</sup> D. 48.5.24(23).,2: *Quare non, ubicumque deprehenderit pater, permittitur ei occidere, sed domi suae generive sui tantum, illa ratio redditur,quod maiorem iniuriam putavit legislator, quod in domum patris aut mariti ausa fuerit filia adulterum induceer.* Es importante este texto no solo porque fija el lugar preciso donde se comete el adulterio y donde debe ser reprimid de m odo que el padre no puede matar a la hija en lugar distinto de la *domus sua vel generi*, sino también porque fija la *ratio legis*: la *iniuria* causada al padre (a la familia) por la conducta delictiva de la hija.

<sup>83</sup> Vid. TORRENT, *Derecho penal romano*, cit., p. 40.

posterior que se precisaría a partir del s. XVIII: *nullum crimen nulla poena sine lege*.

También es significativo que esta ley es algunos meses posterior<sup>84</sup> a la *lex Iulia de maritandis ordinibus*<sup>85</sup> que prescribía el deber de contraer matrimonio a todos los ciudadanos que tuvieran una edad determinada sancionando a los *caelibes* con incapacidad para adquirir por vía de testamentos y legados<sup>86</sup> con el objetivo de fomentar las uniones legítimas y la natalidad<sup>87</sup>, convirtiendo en *crimina publica* lo que hasta entonces eran reprimido dentro de la familia por el padre o el marido de la adúltera<sup>88</sup>.

Augusto emprendió una vigorosa política matrimonial con la *lex Iulia de maritandis ordinibus*<sup>89</sup> del 18 a. C. reordenando

---

<sup>84</sup> Dion Cass. 54.16.3-6. Cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae Populi Romani*, (Milano 1912; reimp. Heidelberg 1962) 445.

<sup>85</sup> Cfr. L. FERRERO RADITSA, *Augustus' legislation concerning marriage, procreation, love affairs and adultery*, en *ANRW*, II.13, (Berlin-New York, 1980) 296-297. No veo claro su consideración que desde un punto de vista lógico deba ser anterior la ley del adulterio a la del matrimonio.

<sup>86</sup> Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, (München 1971) 319-320.

<sup>87</sup> TORRENT, *Dicc.*, cit., 610-611- De todas maneras, en los "love affairs" había algunas excepciones como los *cognati*.

<sup>88</sup> Vid. W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, (München 1962) 121-123; PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il Principato*, en *ANRW*, II.14, (Berlin-New York, 1982, 731-732.

<sup>89</sup> J. G. WOLF, *Die lex Iulia de adulteriis coercendis*, en *IVRA* 62 (2014) 47.

toda la materia del matrimonio pretendiendo el aumento de uniones matrimoniales legítimas (*Iustae nuptiae*) y el aumento de la natalidad obligando a contraer matrimonio a los hombres entre los 25 y 60 años y a las mujeres entre 20 y 50; por otra parte, en aras de preservar la *salus Rei Publicae* entorpecía el matrimonio entre *ingenui* y mujeres de mala reputación (prostitutas, celestinas, adúlteras), y de senadores y sus descendientes con libertas y actrices<sup>90</sup>. La inmediatamente posterior *lex de adulteriis coercendis* reprimió el *adulterium* (unión sexual de varón que no es el marido con mujer casada consintiendo ésta el *coitus*), y el *stuprum*<sup>91</sup> (acto sexual valorado

---

<sup>90</sup> TORRENT, *Dicc.* 610-611.

<sup>91</sup> El *stuprum cum masculo* no entraba en las previsiones de la *lex Iulia de adult.*, e I. 4.18.4 que dice lo contrario tiene todas las trazas de ser de factura compilatoria. El crimen de *stuprum* con un hombre libre había sido sancionado por una *lex Scantinia de nefanda Venere* quizá del 148 a. C. sancionando al *stuprator* con una pena pecuniaria (*PS.* II.26.12 y 13 = *Coll.* V.2,1 y 2); Cfr. MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, cit. p. 713-714; I. PFAFF, s.v. *Stuprum*, en *RE* 4.A.1 (Stuttgart 1931) col 423. En la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* se recogen muchos textos de los libros *de adult.* de Paul. y Ulp, Se considera redactada en Occidente entre los a. 370 al 438. Sobre la *Coll.* siguen siendo fundamentales los estudios de VOLTERRA, *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, en "Mem. Acc. Lincei", cl. Scienze mor., VI.3, (1930) 5 ss., = *Scritti giuridici*, IV, (Napoli 1993) 21 ss. Al ser una obra de la tarda Antigüedad, caben sospechas sobre sus posibles alteraciones, asimismo bien desveladas por VOLTERRA, *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali costruzioni segnalate dallacritica nelle fonti*

como ilícito salvo el practicado con mujeres (*vergines* o *viduae*) con todas las oscilaciones e incertezas de estos términos en el lenguaje jurisprudencial (Pap. D. 48,5.6.12; Mod. D. 50.16.10 pr.), separándose las figuras del *ius occidendi* y *ius accusandi*, siendo la *accusatio mariti vel patris* exclusiva del adulterio, mientras que el *stuprum* podía ser acusado por un *extraneus* a la familia, de modo que puede decirse que el delito de adulterio ya había adquirido suficientes perfiles propios en época augústea hasta el punto de constituir el delito más grave en el campo penal matrimonial cuando era cometido por la esposa, no si era el marido quien incurría en adulterio, entrando el adulterio dentro de la categoría de crímenes públicos juzgados en las *quaestiones perpetuae*. La *accusatio adulterii iure extranei* también será reconocida, pero no podía intentarse hasta pasados seis meses del adulterio, y siempre que no hubieran acusado de este delito el padre o el marido de la mujer, que en este campo puede defenderse sin error que eran acusadores privilegiados.

Panero Oria<sup>92</sup> destaca que a partir de la *lex Iulia* el adulterio es configurado como delito público, y por tal motivo la acusación puede corresponder a cualquier ciudadano, cosa que no ocurría antes de Augusto; es por ello por lo que la represión familiar se limita ahora mucho más, exigiéndose una

---

*pregiustiniane occidentali*, en *Rivista di storia del dir. ital.*, 9 (1936) 365 ss. = *Scritti giur.* IV, 367 ss.

<sup>92</sup> PANERO ORIA, *Ius accusandi*, p. 112-113.

serie de requisitos para que el padre o el marido de la adúltera siempre que éste fuera *sui iuris* puedan ejercer el *ius occidendi*; así a partir de la *lex Iulia* en general el ejercicio del *ius occidendi* queda reducido, pudiéndose ejercitar solamente si se cumplen determinados presupuestos o procede el *ius accusandi* que permite a cualquier ciudadano interponer una *accusatio adulterii*. De este modo, a la acusación privilegiada *iure mariti vel patris* que se concede al padre y al marido de la adúltera, concesión que la doctrina unánimemente reconoce que comporta una serie de privilegios, mientras que la acusación *iure extranei* se reserva para los casos en que el padre o el marido no pueden ejercitar el *ius occidendi* precisamente por no darse los presupuestos de la ley augústea.

Qué ocurriera antes de la *lex Iulia* es difícil decirlo con exactitud; ninguna fuente dice que el Estado sancionara las uniones sexuales extramatrimoniales con lo que su punición se confiaba dentro de la familia mediante un *iudicium domesticum*<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, en *RISG*, 1 n.s., (1948) 103 ss. = *Scritti giuridici*, II (Napoli, 1991) 127 ss., niega la existencia de este tribunal doméstico, que por el contrario es admitido por KUNKEL, *Das Konsilium im Hausgericht*, en *ZSS*, 63 (1966) 219 ss. Señala PANERO ORIA, *Ius occidendi et ius accusandi*, 33, que con el tiempo a medida que se debilita y pierde la *conventio in manum* como medio de entrar la mujer bajo la *manus mariti*, el ámbito de aplicación de los *iudicia domestica* se limita notablemente disminuyendo la severidad y frecuencia de los castigos por los comportamientos licenciosos de las mujeres.

(o *iudicium de moribus*<sup>94</sup> aludido por Gayo 4,102) que sancionaba la ofensa que significaba para la familia que la mujer tuviera relaciones sexuales con extraños. En todo caso con anterioridad a la *lex Iulia* sería el marido burlado<sup>95</sup> que tuviera la *manus* sobre la mujer o el padre de ésta que mantuviera *in sua potestate* a la hija los que podían dar muerte arbitrariamente a los amantes (Gell. N. A. X.23.5) siguiendo una vieja regla atribuida a Rómulo, probablemente dando con posterioridad las oportunas explicaciones al *consilium domesticum*; después de la *lex Iulia* este *ius occidendi* sólo podía aplicarse por el padre a la hija adúltera si los amantes eran sorprendidos en la casa del marido o del padre de la mujer en base al *iustus dolor*, y al marido burlado si éste había efectuado la *conventio in manum*. Pero es sabido que a

---

<sup>94</sup> Vid. VOLTERRA, *Iudicium de moribus*, en *NNDI*, 9 (1965) 344. La información gayana no es muy precisa, pero hay suficientes razones para entrever que en época clásica aquel antiguo *iudicium de moribus* había sido sustituido por la legitimación marital para intentar la *actio rei uxoriae*, acción penal que perseguía los actos de la mujer contra la familia; cfr. sobre el tema H. J. WOLFF, *Miszellen. Das "iudicium de moribus" und sein Verhältniss zur actio rei uxoriae*, en *ZSS*, 54 (1934) 315 ss.

<sup>95</sup> Hace ciento treinta años había entendido A. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la loi Iulia de adulteriis*, en *RHDF* 2. (1878) = *Mélanges d'Histoire du droit et de critique*, (Paris 1886) 75, que el marido burlado podía juzgar con ayuda del *consilium domesticum* en caso de adulterio flagrante, o el *paterfamilias* de la mujer que en este caso no tenía obligación de convocar el *consilium*. Estos casos de adulterio flagrante podían acabar con la muerte de la mujer que había cometido uno de los actos, probablemente el más importante, de los delitos familiares.



finales de la República<sup>96</sup> la mayoría de los matrimonios se realizaban *sine manu*, el *ius vitae et necis* ya no era tan fuerte como en épocas anteriores que tampoco era tan omnímoda pues siempre estuvo sometida a límites, bien censorios bien religiosos, bien familiares. De modo que llegó un momento en que la política legislativa matrimonial consideró que la *poena capitis* debía estar limitada a algunos supuestos, probablemente para evitar que la muerte de la mujer y del adúltero se realizara por motivos arbitrarios o por meras sospechas, por lo que las conductas adúlteras de la mujer casada fueron consideradas *crimina publica* cuyo conocimiento se instrumentaba mediante una *quaestio de adulteriis* que parece haber subsistido hasta la época de Alejandro Severo<sup>97</sup>, y no hace falta decir que en provincias tanto el *adulterium* como el *stuprum* eran perseguidos mediante la *cognitio extra ordinem*.

---

<sup>96</sup> E. OSABA, *El adulterio uxorio en la lex Wisighotorum*, (Madrid, 1997) 30-31, piensa en censores y ediles para perseguir el adulterio, procesos que acabaría con una *mulctae irrogatio*, pero no hay evidencias de estos procesos edilicios.

<sup>97</sup> Esta tan larga supervivencia de la *quest. de adult.* es destacada por KUNKEL, s.v. *Quaestio*, en *RE*, 24 (Stuttgart 1963) col. 770 = *Kleine Schriften zum römischen Strafverfahren und zur römischenn Verfassungsgeschichte*, (Weimar 1974) 82, y R.A. BAUMAN, *Some remarks on the structure and survival of the question de adulteriis*, en *Antichthon*, 2 (1968) 68 ss.: PUGLIESE, *Linee generali*, 745. Por el contrario a juicio de P. GARNSEY, *Adultery trials and the survival of the quaestiones in the severan*

La represión de la *lex Iulia* que contemplaba la *poena capitis* para los adúlteros conllevaba otras penas de orden patrimonial amenazando a los adúlteros con la confiscación de la mitad del patrimonio del adúltero, un tercio de sus bienes y la mitad de la dote de la adúltera en los casos de *accusatio publica*, siendo privilegiada la *accusatio iure mariti vel patris* que si dan muerte a los adúlteros quedan exentos de la pena que pudiera corresponderles por *homicidium* en caso de hallar a los amantes en flagrante adulterio. La gran novedad de la *lex Iulia* fue introducir un minucioso procedimiento de *accusatio* para el caso que a los adúlteros no se les hubiera dado muerte inmediatamente al ser encontrados en aquellas ilícitas prácticas amatorias.

La impresión que deja la lectura de los textos de juristas severianos que comentan e interpretan la *lex Iul. de adult.* es que Augusto no trató tanto de definir y tipificar un nuevo delito, cuanto delimitar las circunstancias en que la muerte de los adúlteros por el padre o el marido quedaban impunes a partir de la idea esencial que la muerte de los adúlteros constituía penalmente un *homicidium*, y eran las circunstancias descritas en la ley (momento y lugar del hecho delictuoso, personas que había cometido el *homicidium*: padre o marido de la esposa que entregaba los dones de Afrodita a persona distinta del marido) las que conducían a que quedara impune la muerte de los

---

Age, en *JRS* 57, (1967) 56-60 ya había desaparecido al llegar la edad severiana.

adúlteros. Pero las noticias de aquellos juristas no contemporáneos de la ley *de adult. coerc.* no permiten desvelar cuál sería su auténtico leit-motiv: reprimir los adulterios (lo que podría ser ilógico en una sociedad tan tolerante como la de finales de la República); evitar que los adúlteros fueran muertos por motivos nimios (¿simples escarceos más o menos apasionados entre la esposa y sus amantes?, pero esto hace muy difícil saber cuándo estos escarceos –con cóito o sin él– ponen en peligro la estabilidad del matrimonio); alejar a los *extranei* de injerencias en la intimidad familiar. La ley augústea por tanto no reprimía directamente el adulterio, sino que determinaba las circunstancias en que la muerte de la adúltera y su cómplice quedaba impune. La *lex Iulia de adult.* no sancionaba el adulterio de modo general, no lo consideraba un delito en sí mismo, aunque dadas las circunstancias: momento en que eran sorprendidos los adúlteros, *iustus dolor* del *paterfamilias* de la esposa o del marido burlado, legalizaba aquel *homicidium*.

Si la *lex Iulia* había legalizado el *ius occidendi* familiar sobre la adúltera declarando la impunidad del homicida cuando concurrieran una serie de circunstancias, Constantino en una constitución del 326 amenaza por primera vez con la pena de muerte a la adúltera y a su cómplice<sup>98</sup>, ejecución decretada y llevada a cabo por los órganos pertinentes del Estado. Ciertamente a partir de Constantino se tornan más duras las penas del adulterio, por lo que no me parece del todo exacta la

---

<sup>98</sup> C. 9.9.29(30).1: *Sacrilegos autem nuptiarum gladii puniri oportet.*

consideración de Giuffrè<sup>99</sup> que la *lex Iulia de adult.* había sido la más severa del mundo sobre el adulterio, con lo que retrotrae a finales de la República la dureza bajoimperial en la materia. A partir del s. IV d. C. las *Pauli Sententiae* II.26.14, prescriben cumulativamente a la pérdida de bienes. la *relegatio*<sup>100</sup> *in insulam* bien de forma temporal o a perpetuidad. El agravamiento de la pena en época bajoimperial acaso sea influencia directa de nuevas ideas sobre la moralidad del matrimonio defendidas por el cristianismo al que atribuyen la mayor aspereza en la represión del adulterio como señalan Biondi<sup>101</sup> y Branca<sup>102</sup> (éste último habla de una mayor defensa de la familia debida al cristianismo), cristianización evidenciada en el CTh<sup>103</sup>. La Instituta justiniana 4,18,4 atribuye a la *lex Iulia de adult.* la pena de muerte para los adúlteros, pero hoy en día es opinión general que esta suma agravación de la pena es de factura constantiniano-justiniana y no augústea<sup>104</sup>, y hasta es posible

---

<sup>99</sup> V. GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, (Napoli 1991) 94

<sup>100</sup> Sabemos por una *epistula* de Plin. el Joven, VI.31.5, que Trajano sancionó con *relegatio* a dos adúlteros.

<sup>101</sup> BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, (Milano 1954) 69 ss.;

<sup>102</sup> G. BRANCA, *Adulterio*, en *ED* 1, (Milano 1968) 621.

<sup>103</sup> Vid. F. AMARELI, *Spunti per uno studio della disciplina del matrimonio tardoantico*, en *Studi Metro*, I (Milano 2009) 2.

<sup>104</sup> C. FERRINI. *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, en *BIDR*, 13, 1901 = *Opere di Contardo Ferrini*, (a cura di E. Albertario), II (Milano 1929) 418.

que este agravamiento de penas arrancara del cruel emperador Domiciano que introdujo la pena de muerte para los esclavos culpables de *crimen adulterii*<sup>105</sup>. Otras sanciones que las fuentes atribuyen a la *lex Iulia de adult.* es la privación al condenado por adulterio de la capacidad de ser testigo<sup>106</sup>; también ordenaba que el que casaba con mujer condenada por adulterio debía ser condenado por *lenocinium*<sup>107</sup>.

Una prohibición de Augusto fijada en la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, se refiere a la incapacidad de la mujer

---

<sup>105</sup> BAUMAN, *The leges iudiciorum publicorum and their interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, en ANRW II.13, (Berlin-New York 1980) 142 nt. 226; FERRERO RADITSA, *Augustus' legislation*, 311.

<sup>106</sup> Pap. (libro singulari de adult.) D.. 22,5,14: *Sio autem tractatum esse, ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus: et sane iuste testimonii officio ei interdicitur. existimo ergo neque iure civil testamentum valere, ad quod huiusmodi testis processit,, neque iure praetorio, quod ius civile subsequitur, ut neque hereditas adiri neque bonorum possessio dari possit;*; Paul. (2 de adult.) D. 2,2.5,18: *Ex eo, quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere cobdamnatam mulierem, colligi.ur etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere;* (Ulp (1 ad Sab.) D. 28,1,20.6: *Mulier testamentum dicere in testamento quidem non poterit, alis autem posse testem esse mulierem argumento est lex Iulia de adulteriis, que adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat.* Cfr.- ANKUM, *La sponsa adultera. Problemes concernant l'accusatio adulterii em droit romain classique*, en *Estudios d'Ors*, II, Pamplona, 1982, p. 163.

<sup>107</sup> Ulp. (4 de adult.) D. 48,5,30(29),1; Alex. Sev. C. 9,9,9 (a. 224); Valeriano, Galieno y Valeriano, C. 9,9.17 (a. 257).

*deprehensa in adulterio* para contraer nuevo matrimonio<sup>108</sup>, y tanto ella como su nuevo marido eran considerados por la *lex Iulia* como *caelibes*<sup>109</sup>. La doctrina en general entiende de factura augústea la prohibición a la adúltera de contraer nuevo matrimonio con el cómplice, aunque según Vitali<sup>110</sup> esta prohibición se asentó en la última fase de la evolución del *crimen adulterii*<sup>111</sup> en Nov. 134 c. 12, texto que generalmente ha sido estudiado tanto desde la óptica de los impedimentos matrimoniales<sup>112</sup> como también en sus aspectos penales<sup>113</sup>. Debemos dejar constancia que el *adulterium* estaba más

---

<sup>108</sup> Ulp. *Epit.* 13,2 y 16,2; y el mismo Ulp. (1 *ad legem Iul. et Pap.*) D. 23.2.43.10.12 y 13.

<sup>109</sup> ANKUM, *Captiva adultera*, 156.

<sup>110</sup> E. VITALI, *Premesse romanistiche a uno studio sull' "impedimentum riminis" (adulterio e divieiti matrimoniali)*, en *Studi Scherillo*, I, (Milano 1972) 275.

<sup>111</sup> Supongo que habrá querido decir en la evolución de la *lex Iulia de adult.*, teniendo en cuenta que Vitali, *Premesse*, 278 nt. 10, señala que ni el texto de la *lex Iulia de adult. coerc.* ni la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, ni la *lex Papia Poppaea* nos han llegado en su tenor original, aunque en mi opinión al menos la *lex Iulia de adult.* en algún modo se puede reconstruir a través de las menciones de los juristas severianos, bien en el D., como también en *PS* y en la *Coll.*

<sup>112</sup> Vid. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I, Diritto di famiglia*, (Roma 1925) 204 y nt. 7; J. GAUDEMET, *Iustum matrimonium*, en *RIDA*, 2 (1949) 365.

<sup>113</sup> Th. MAYER-MALY, *Impedimentum criminis und römisches Recht*, en *ZSS* 42 (1956) 382 ss, y particularmente 387.

severamente penado que el *stuprum*, y que el *crimen adulterii* implicaba graves consecuencias para la mujer cuya vida había sido preservada una vez probada la *accusatio adulterii*, dado que entre los clásicos *adulterium* indicaba la unión sexual *dolo malo* de una mujer casada de condición honorable (*matrona*) con hombre libre o esclavo, casado o *caelibe*. Subyace de todos modos una cierta repugnancia social de la mujer infiel que faltaba a sus deberes de *matrona* romana, y en este caso concreto para agravar las consecuencias de su conducta licenciosa que podía llevar acarreada la *poena capitis* ejecutada según las previsiones de la *lex Iulia* pues la propia legislación augústea preveía mujeres *in quas stuprum non committitur*, con lo que la misma legislación era mucho más laxa con la moral sexual del hombre casado o célibe que con las mujeres casadas, porque la unión sexual de un hombre con mujer no casada no era considerada *adulterium*<sup>114</sup>.

Las *leges Iuliae* en materia de derecho penal matrimonial cierran una larga etapa histórica que arrancaba de la época monárquica legitimando la situación antigua en que el *paterfamilias* (o el marido *cum manu*) que sorprendía a la hija o a la esposa en su casa o en casa de su yerno manteniendo relaciones sexuales con persona distinta del marido, podía

---

<sup>114</sup> L. CHIAZZESE, *Adulterium*, en *NNDI I* (1937) 206; G. BRANCA, *Adulterio*, en *ED 1* (1968) 620; HUMBERT, *Le remariage à Rome*, 85; ANKUM, *La sponsa adultera*, 164; OSABA, *El adulterio uxorio*, 26; PANERO ORIA, *Ius occidendi et ius accusandi*, 28.

matar inmediatamente (*in continenti*) a la adúltera y al amante por su propia mano (*sua manu*<sup>115</sup>) legalizando ahora la *poena capitis* que el *mos maiorum* autorizaba al padre<sup>116</sup> desde tiempos antiquísimos; Cantarella califica la muerte de los adúlteros un homicidio legítimo que queda impune por causa de honor. Acaso el *ius occidendi* augústeo sobre la hija adúltera no fuera otra cosa que una aplicación del antiquísimo *ius vitae et necis*<sup>117</sup> sobre los hijos (en nuestro caso sobre la adúltera que entraba *loco filiae* en la familia del marido) recordado en el cap. II de la *lex Iulia de adult. coerc.* (Paul. Coll. IV,2,3) en que el *paterfamilias* (o el marido *sui iuris* casado *cum manu*) era el único con potestad para sancionar con las penas más severas (incluida la privación de la vida: *poena capitis*) los actos ilícitos cometidos

---

<sup>115</sup> Cfr. Pap. D. 48,5,23(22); Paul. Coll. IV, 2,1; Ulp. D. 48,5,24; Macer D. 48,5,25(24),3.

<sup>116</sup> Cfr. B. BIONDI, *Acta divi Augusti*, 112;; J.A.C. THOMAS, *Lex Iulia de adult. coerc.*, 637 nt. 2; CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo*, 243 nt. 1; 247 nt. 6; 274 nt. 48; A.M. RABELLO, *Il ius occidendi iure patris della lex Iulia de adult. corrc. e la vitae necisque potestas del paterfamilias*, en *Atti deñ seminario romanistico internaz.*, (Perugia 1972) 228 nt. 1; B. ALBANESE, *Vitae necisque paterna e "lex Iulia de adul. coerc."*, en *Studi Musotto*, 2 (Palermo 1980) 3 ss. = *Scritti giuridici*, II, (Palermo 1991) 1487 ss.

<sup>117</sup> Es dudoso que siguiera subsistiendo en tiempos de Constantino; cfr. ALBANESE, *Note sull'evoluzione storica del ius vitae et necis*, en *Scritti Beattif. Ferrini*, III (Milano 1947) 343 ss. = *Scritti giuridici*. I (Palermo 1991) 3 ss.. Vid. por último E. GIANNOZZI, *"Vitae necisque potestas" o "ius vitae et censi"*. *Una riflessione a partire dell'opera di Yan Thomas*, en *Diritto romano. Poder e direito*, (Coimbra, 2013) 347 ss.



dentro del grupo familiar, negando Yan Thomas<sup>118</sup> la opinión mayoritaria que los lazos familiares se habían ido debilitando progresivamente.

En ese sentido quizá la represión augústea del *adulterium* sea precisamente una limitación a la rígida y amplísima represión penal familiar en el interior de la familia exigiendo circunstancias para que la muerte de los adúlteros fuera un homicidio legítimo (Çantarella), es decir, *impune*, circunstancias fijadas en la *lex Iulia de adult.*, cuyo avance estaría en sacar el *adulterium* de aquel restringido círculo para encajarlo en los *crimina publica*. Para el caso que el vengador del honor familiar mancillado matase inmediatamente al adúltero y no a la adúltera, Ankum entiende que si el padre tenía el derecho de matar inmediatamente a los culpables, esto plantea el problema si mata solamente al adúltero y no da muerte inmediatamente a la hija impúdica<sup>119</sup>, porque la *lex Iulia de adult.* exige que mate a ambos, lo que suscita varios problemas, entre otros lo que ve Ankum<sup>120</sup> como restricción al derecho del *paterfamilias* que sólo tiene normalmente el *ius vitae et necis* exclusivamente sobre su

---

<sup>118</sup> Y. THOMAS, *À Rome, pères citoyens et cité des pères (IIIe. siècle avant J.C. – Iie. Siècle après J. C., en A. BURGUIÈRE – C. KLAPPISCH (eds.), Histoire de la famille, (Paris 1986) 208; Id., Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort, en “Actes de la Table ronde Du châtement dans la cité. Supplices corporelles et peine de mort dans le monde Antique”, (Roma 1984) 508.*

<sup>119</sup> Ulp. (1 de adult.) D. 48.5.24(23),4.

<sup>120</sup> ANKUM, *La captiva adultera*, 159 nt. 32.

hija que podía ejercer matando a la hija infiel bien en el domicilio familiar o en el del yerno; para Ankum la *lex Iulia* es terminante: “ici il ne peut exercer ce droit que sous la condition qu’il tue aussi l’*adulter*”<sup>121</sup> de modo que no matando a ambos la muerte aislada del amante sería un *homicidium* sancionado sobre la base de la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*<sup>122</sup>.

A mi modo de ver Ankum plantea una duda existencial: dado que la *lex de adult. coerc.* exige la muerte de ambos amantes<sup>123</sup>, si el padre de la mujer sólo da muerte al amante no tiene sobre éste el *ius occidendi* que le concede la *lex de adult.* pues sólo lo tiene si mata a ambos. Pap. y Ulp.<sup>124</sup> enfocan este caso dentro de lo que podríamos llamar *pietas cum filia* restringiendo el *ius occidendi* a quien tuviera inmediatamente la

---

<sup>121</sup> Cfr. Pap (lib. sing. *de adulteris*) *Coll.*, IV,8,1; IV,2,6; Macer (1 *de publicis iudiciis*) D. 48,5,33(32) pr.

<sup>122</sup> Cfr. Paul. *Coll.* IV.9.1;

<sup>123</sup> Además de RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, cit. y PANERO ORIA, *Ius occidendi e ius accusandi*, cit., vid. THOMAS, *Accusatio adulterii*, en *IVRA* 12, 1961, p. 65 ss.; VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, en *Studi Bonfante*, I, Milano, 1930, p. 122-126;= *Scritti giuridici*, I, cit. p. 324-326.; Id., *Per la storia dell’ accusatio adulterii iure mariti vel patris* en *Studi Cagliari*, 18, 1928, p. 1 sss. = *Scritti giur*, I, p. 278 ss.; ANKUM, *La captiva adultera. Problèmes concernant l’ accusatio adulterii en droit romain classique*, en *RIDA* 32, 1985, p. 153 ss.; C. VENTURINI, *Accusatio adulterii e política costantiniana*, en *SDHI* 54, 1981, p. 66 ss.

<sup>124</sup> Pap. (1 *de adult.*) D. 48,5,21(20); Ulp. (1 *de adult.*) D. 48,5,22(23). Estos textos merecen una consideración más profunda que examino en otro trabajo.

*potestas* sobre la hija en el momento de darla muerte, de modo que si el padre es *filiusfamilias* no tiene *ius occidendi* sobre la mujer, pudiendo decirse entonces con Ankum que realmente se restringe el ejercicio de este derecho, ¿acaso por consideraciones humanitarias respecto a la mujer?; pero Paul. y Marcel.<sup>125</sup> sostuvieron una opinión diversa, discusión que dejo para un estudio aparte donde expongo el *homicidium* del marido y la no privación de la vida a la adúltera<sup>126</sup>, hecho que preservando la vida de ésta tendrá otras consecuencias bastante deshonrosas para ella.

Como vemos es controvertido entre los clásicos si el padre da muerte al cómplice y perdona la vida a la *filia* adúltera sobre la que tiene el *ius vitae necisque*, porque también podía ocurrir a la inversa: mata a la hija adúltera y perdona la vida a su cómplice. En cualquier caso tendría siempre consecuencias procesales y penales esta decisión del titular del *ius occidendi*; las procesales se refieren a la *accusatio publica* privilegiada *iure mariti vel patris* que durante seis meses mantendrían la exclusividad de la *accusatio*; pasado este plazo cualquiera podía interponer la *accusatio iure extranei*; las penales conciernen a que

---

<sup>125</sup> Paul. Coll. IV,12,2; Marcel.-Paul. Coll. IV,2,4.

<sup>126</sup> TORRENT, *Una revisión de la "lex Iulia de adulteriis coercendis*, Pap. D. 48,5,23(22),4. *El perdón "pietatis causa" de la "poena capitis" a la hija adúltera (y eventualmente al cómplice). La conexión "ius vitae et necis-ius occidendi iure mariti vel patris"*, pendiente de publicación.

el acusador que no pueda probar el adulterio (desde este punto de vista una *iniuria* contra la familia y la mujer acusada falsamente), queda sometido a la *poena calumniae* en caso de acusación falsa. Otro dato importante que se desprende de la *accusatio adulterii* es la gran diferencia entre el *adulterium* y el *stuprum*; el primero sometido a una regulación especial (la *lex Iulia de adult. coerc.*) que iba precisando y aquilatando todas las características de esta figura delictiva en relación con el contenido del *ius occidendi* sobre los adúlteros; el *stuprum* sometido a la reglamentación general de la *accusatio* en todos los *iudicia publica*, siendo penado con mayor severidad el *adulterium* que el *stuprum*. Otro problema importante suscitado por Paul. y Marcel.<sup>127</sup> es la muerte de la mujer emancipada, que plantea las consecuencias de una posterior (al hecho de no ser matada la mujer cogida en flagrante adulterio) *accusatio adulterii* por quienes procesalmente podemos denominar acusadores privilegiados actuando *iure mariti vel patris*.

Procesalmente uno de los problemas más significativos en tema del *crimen adulterii* sancionado por la *lex Iulia* es, además del *ius occidendi* al que hemos hecho mención, el *ius accusandi*<sup>128</sup>,

---

<sup>127</sup> Paul. Coll. IV,2,2; Marcel.-Paul, Coll. I.,2,4.

<sup>128</sup> Además de RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, cit., y PANERO ORIA, *Ius occidendi et ius accusandi*, cit., vid. J. A. C. THOMAS, *Accusatio adulterii*, 65 ss.; VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, en *Scritti giur.* I, 313 ss.; ANKUM, *La captiva adultera*, 163 ss.; C. VENTURINI, *Accusatio adulterii*, 66 ss.

quedando vetado a la mujer la *accusatio publica* cuando era el marido quien cometía adulterio; éste es el sentido de la *lex Iulia* reclamada en un rescripto de Severo y Antonino dirigido a Cassia (a. 197) que no admite la *accusatio mulieris* aunque la conducta del marido implicaba un atentado contra la fidelidad matrimonial, pero los severos continúan privilegiando la *accusatio iure mariti*<sup>129</sup> sancionada por la *Lex Iulia*.

C. 9,9,1. *Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Iulia declarat, quae, quum masculis iure mariti accusandi facultatem detulisset, non ídem feminis privilegium detulit.*

Analizando este § Resina entiende que hace referencia al supuesto en que el bien jurídico a tutelar por la ley es el matrimonio ajeno estando en presencia de una *iniuria aliena*, lo que explicaría el hecho que la mujer quedara excluída del *iudicium publicum* que comporta el *crimen adulterii*, porque según la *lex Iulia* sólo corresponde a los varones la *accusatio iure mariti*, de modo que queda vetado a la mujer acusar ni *iure uxorio* ni *iure extranei*, aunque indudablemente era su matrimonio el que había sido perturbado (*quamvis de matrimonio suo violato*)

A propósito del adulterio abriré un pequeño paréntesis para comentar la regulación del adulterio en la legislación histórica y actual española con jurisprudencia del Tribunal

---

<sup>129</sup> Ulp. (2 de adult.) D 48,5,14; Pap. (livb. sing de adlut.) D. 48,5,12,7-13.

Supremo; con ello creo cumplir la recomendación de la prof. Donadio, directora de este seminario sobre la pena de muerte, que me sugería hablar sobre la situación del problema en España, debiendo decir en primer lugar que la pena de muerte ha sido abolida por la Constitución de 1978.

Históricamente el adulterio ha constituido probablemente el más típico delito de lesa familia, y desde Roma hasta tiempos recientes ha sido una de las figuras delictivas que ha provocado mayores discusiones doctrinales y profundas divergencias legislativas en su evolución histórica y en el derecho comparado. El adulterio como conducta penal tipificada en España desapareció en la ley de 26 de mayo de 1978 y dejó de tener consecuencias penales; en el Código civil español ya no viene citado como causa de nulidad, separación y divorcio, sino que el cónyuge adúltero o ambos cónyuges de acuerdo pueden alegar estas figuras disolventes en la violación del art. 68 del C.c.: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente” y del art. 67: “Los cónyuges deben respetarse, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”. Indudablemente el adulterio choca frontalmente con los deberes de fidelidad, respeto y actuación en interés de la familia que se deben mutuamente los cónyuges. Me cabe la duda si no está subyacente el adulterio en “la integridad moral” del arts. 81,2, materia reformada por Ley de 13 de mayo de 1981 que admitió el divorcio, muy facilitado en la ley de 5 de mayo del 2005 promulgada por el gobierno

presidido por el Sr. Zapatero, de modo que entre abogados se habla de divorcio express siempre que haya acuerdo entre los esposos, no obviamente en caso que el divorcio fuera contencioso. En todo caso en la última legislación española el adulterio no tiene consecuencias penales, solo civiles en el caso de invocar el adulterio como causa de divorcio, teniendo el cónyuge inocente del adulterio (generalmente la mujer) en los procesos de divorcio, derecho a una pensión que el juez medirá conforme a los parámetros fijados en el mismo C.c. Ciertamente que como figura delictiva no está recogido en el vigente Código penal de 1995; además la pena de muerte había sido abolida expresamente en el art. 15 de la Constitución de 1978<sup>130</sup>, pero sí aparecía en el derogado Código penal de 1944 art. 428 (art. 449 del Código de 1870) que prescribía que “El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquier lesión grave será castigado con pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase quedará exento de pena”, artículo que no tenía en cuenta el derecho a la vida de la mujer y del adúltero sancionando al marido burlado, único parcialmente legitimado para llevar a cabo la muerte de la adúltera o los adúlteros

---

<sup>130</sup> Art. 15 Constitución Española: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la

quedando expuesto el homicida a la simple pena de destierro. En este sentido era mucho más dura con la adúltera o adúlteros la legislación augústea que exoneraba de cualquier pena al marido o padre que ejercitase el *ius occidendi*, derecho con una larga tradición en Europa y especialmente en España descaradamente protectora del honor mancillado del marido en casos en que quedaba violado lo que se entendía como monopolio exclusivo sobre la potencia sexual de su esposa.

Acaso para despejar cualquier duda sobre la conducta de los adúlteros contemplando únicamente las relaciones sexuales extramatrimoniales no teniendo en cuenta otros posibles devaneos entre la mujer casada y su “partenaire”, el Código de 1944 art. 449 definió el adulterio como conducta penal tipificada señalando que “El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”, curiosa regulación legislativa pues en aquella época regía en España el matrimonio canónico con efectos civiles, y las sentencias de nulidad canónica declaraban que el matrimonio había sido nulo *ab origine*; en aquella época por imposición legal España era católica, y para celebrar únicamente un matrimonio civil se requería un complicado sistema de apostasía, lo que hacía que en la práctica todos los matrimonio se celebraban

---

pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra”.



según el rito católico dando cuenta al Registro civil el sacerdote celebrante del matrimonio.

Es cierto que la exigencia del yacimiento del derogado art. 449 del Código penal excluía cualquier otras situaciones amatorias sin cópula carnal, pero el Tribunal Supremo tenía del tema concepciones más amplias, y en sentencia de 29 de noviembre de 1919 consideraba que había conducta delictiva si los adúlteros eran “sorprendidos.... cuando el acusado estaba despojándose de sus ropas a fin de realizar el coito con la adúltera”,; la sentencia de 6 de marzo de 1928 declaraba incluidos en el delito de adulterio si “los adúlteros eran sorprendidos en actitud que hizo deducir que se hallaban en los actos preliminares de la cópula carnal”, y la sentencia de 10 de diciembre de 1943, si “era sorprendido el acusado escondido detrás del armario o detrás de la puerta del desván, a medio vestir y en estado de gran excitación, y la procesada vestida con ropas muy ligeras”. En estos casos, y volviendo a los textos romanos podemos decir que Roma no se entrometía en la represión de conductas como los devaneos extramatrimoniales sin cópula carnal que quedaban sujetas a la represión privada, legalizando –si se puede decir así- únicamente la pena de muerte ejercitada sobre los adúlteros por el padre o el marido burlado en su caso , en definitiva legalizando la antigua justicia privada. Desde este punto de vista las sentencias de los tribunales españoles hasta la constitución de 1978 se hacen eco de una larguísima tradición social e histórica bien

documentada en notables textos literarios en España y en Italia, con evidentes reflejos jurídicos en los llamados crímenes pasionales que quedaban impunes cuando el adulterio lesionaba el honor del marido, que podría resumirse diciendo que durante mucho tiempo el honor del marido estaba situado entre las piernas de las mujeres<sup>131</sup>.

La protección -o desprotección- jurídica de la mujer en Roma es uno de los temas que más están interesando en tiempos recentísimos en que las reivindicaciones feministas se están imponiendo después de tantos siglos de permanecer en una posición subordinada a los hombres, y hay que reconocer que en España desde la Constitución de 1978 se han ido dando pasos importantes para lograr la perfecta igualdad entre hombres y mujeres, aunque aún quedan flecos pendientes; se quejan las organizaciones feministas de no haber logrado aún la igualdad de salarios entre hombres y mujeres que desarrollan el mismo trabajo, de la escasa duración de los permisos de maternidad con reserva del puesto laboral, de las grandes dificultades para conciliar la vida familiar (lactancia y educación de los hijos durante su más tierna edad) y laboral. Ciertamente que las mujeres en Roma no constituían un *ordo* aparte pues participaban de la condición social de sus padres o maridos, pero la desigualdad es evidente aunque textos de Val. Max. podrían llevar a entender que las mujeres casadas de la

---

<sup>131</sup> TORRENT, *Dir. penale matrimoniale*, 130.

alta sociedad constituían un especial *ordo matronarum*<sup>132</sup>. A mi modo de ver diría que la mujer, fundamentalmente las que gozaban de la ciudadanía romana, libres y casadas con *cives Romani*, dejando a un lado la represión del adulterio incluso de alguna manera podía decirse que gozaban de superprotección o al menos los textos muestran un gran respeto hacia las *matronae* romanas, y acaso a esta superprotección se deba la prohibición de *intercedere pro aliis*<sup>133</sup> y la *tutela mulierum*, que si se ha visto incluso por algunos juristas romanos como signo de la inferioridad (jurídica y mental) de la mujer respecto al hombre, también puede verse como un signo de *tuitio mulierum* por el ordenamiento, pero es más cierto que en Roma, formal, jurídica y políticamente la mujer sufría una gran discriminación respecto a los hombres<sup>134</sup>, y que frecuentemente a finales de la República el matrimonio se utilizaba de forma estratégica en la carrera política de los maridos<sup>135</sup>. También hay que decir que algunas mujeres jugaron un papel relevante por su influencia

---

<sup>132</sup> Va. Max. *Fact. Et dict-* 52.1: *is quarum honorem senatus matronarum ordlnem benignissimis decretis adornavit...; 8.3.3: cum ordo matronarum gravi tributo a triumviris esset oneratus <nec>quisquam virorum patrocinium eis accommodare auderet.*

<sup>133</sup> Vid. por todos F. MUSUMECI, *La condizione della donna romana e il divieto di intercedere pro aliis*, en *Scritti Corbino*, V (Tricase 2016) 237-260.

<sup>134</sup> Vid. CASTAN, *Endogamia matrimonial, de clase y política en Roma: un modelo antiguo de exclusión social*, en *SDHI* 85 (2015) 153 ss.

<sup>135</sup> CASTAN, *El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último siglo de la República*, en *RIDROM* 8 (2011) 367-423.

directa e indirecta<sup>136</sup> sobre los grandes protagonistas de los convulsos acontecimientos políticos de la época<sup>137</sup>. Señala Castán que el mundo de la mujer romana posee muchísimos espacios de interés desde el momento en que analistas e historiadores grecolatinos nos han legado una visión de la historia de Roma, especialmente durante la República, y más en un entorno prosopográfico, como una historia de hombres, lo que determina que sólo ocasionalmente salten a la palestra nombres femeninos, ligados siempre a acontecimientos de relevancia como la famosa *oratio* de *Hortensia* magníficamente analizada por Ortuño<sup>138</sup>

Un dato significativo desde el punto de vista penal a propósito del adulterio muestra el *senatusconsultum de matronarum lenocinio* del 19 d. C. que imponía a las mujeres casadas que se hubieran dedicado a la prostitución, proxenetismo y artes escénicas, las penas previstas en la *lex Iulia de adulteriis*<sup>139</sup>, lo que evidencia una consideración de la mujer desde un punto de vista negativo<sup>140</sup> como autora de conductas reprobables, que si en los primeros tiempos eran reprimidas

---

<sup>136</sup> Vid. CASTÁN, *Las luchas políticas en el s. I. C.* cit.

<sup>137</sup> Cfr. CASTAN, *El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último siglo de la República*, en *RIDROM* 7 (2011) 167 ss.

<sup>138</sup> ORTUÑO, *Hortensia*, cit., 367 ss.

<sup>139</sup> Vid. S. TREGGIARI, *Terentia, Tullia und Publilia. The women of Cicero's family*, (Routledge, 2007), 6.

<sup>140</sup> Cfr. R. ASTOLFI, *Femina probosa, concubina, mater solitaria*, en *SDHI* 31 (1963) 15 ss.

por los *mores maiorum* permaneciendo su punición dentro de la esfera privada de la familia, más tarde asumió el Estado el control y regulación de este delito fijando sus notas distintivas que suscitó la atención de los juristas severianos<sup>141</sup> como muestran numerosos textos de D. 48.5, las *PS* y la *Coll.* Un aspecto negativo en la consideración de la mujer que está recibiendo gran atención en nuestros días es lo atinente a su capacidad patrimonial que estaba muy limitada<sup>142</sup>, destacando la romanística más reciente su sumisión al poder de los hombres<sup>143</sup>, su incapacidad para realizar negocios jurídicos, y los tortuosos aspectos de su legitimación procesal<sup>144</sup>. Las fuentes antiguas muestran una evidente condición de inferioridad de la mujer respecto al hombre, y en realidad la igualdad de hombres y mujeres es una conquista efectiva del s. XX, porque tampoco hicieron nada por esta igualdad -al

---

<sup>141</sup> Vid. G. CERVENCA, *Appunti sui "libri singulares de adulteriis" di Papiniano e di Paolo*, en *Studi Volterra*, II (Milano, 1972) 395 ss.

<sup>142</sup> Quizá más teórica que efectiva, como demuestra el S.C. Velleiano del 46 d. C.; que prohibía a las mujeres salir fiadoras por otro; vid. TORRENT, *Dic.*, 1166. Add. ORTUÑO, *Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la lex Voconia*, en RODRIGUEZ LOPEZ - BRAVO BOSCH (eds.), *Mulier. Algunas historias e instituciones de derecho romano*, (Madrid 2014)n 451 ss..

<sup>143</sup> CANTARELLA, *Tacita Muta. La donna nella città antica*, (Roma 1987) 13.

<sup>144</sup> Vid. RESINA, *La mujer ante el derecho penal. Mulier: algunas historias e instituciones de derecho romano*, (Madrid 2013).

menos desde el punto de vista jurídico- los cuatro grandes credos monoteístas: budismo, hebraísmo, cristianismo, islamismo (incluso esta última sigue predicando la sumisión de la mujer al varón); acaso habría que destacar que todos han nacido en Oriente a lo largo de la historia<sup>145</sup>, aunque la intensidad de la sujeción de la mujer al hombre no es la misma en cada una de estas religiones.

En conclusión la posición inferior de la mujer en Roma puede comprobarse en la *lex Iulia de adulteriis coercendis* del 18 a. C. que instituyó una *quaestio* específica incluyendo en la esfera del derecho penal público la represión de lo que se entendía en época augústea como delitos contra la moral sexual y el honor de la familia reprimiendo el *adulterium*, el *incestum* y el *stuprum*. El *adulterium*<sup>146</sup> era la conducta reprensible referida a la mujer casada que se une sexualmente con varón distinto del marido, pudiendo éste o el padre de la mujer dar muerte a los adúlteros si fueren hallados en flagrante delito con una acusación privilegiada por parte del marido o del padre de la mujer<sup>147</sup>; en cualquier caso la *lex Iulia* prescribía la pena de la *relegatio*, la

---

<sup>145</sup> Vid. E. WESTERMARCK, *The origin and development of the moral ideas.*, I<sup>2</sup>, (London, 1906-08,) 659.

<sup>146</sup> TORRENT, s. h. v., en *Dicc.*, 97. Add. DAUBE, *D. 10,1,46 and adultery*, en *Mélanges Meylan*, 1( (Lausanne 1962) p. 65 ss.

<sup>147</sup> Vid. DE DOMINICIS, *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare "costante matrimonio" la moglie adultera*, en *SDHI* 16 (1950) 221 221 ss., aparte de las obras cit. de RIZZELLI y PANERO ORIA.

confiscación de la mitad de la dote y un tercio de los bienes parafernales<sup>148</sup>, y en todo caso vetando a la adúltera contraer nuevo matrimonio con un *ingenuus* una vez disuelto su anterior matrimonio, que aunque como tal *impedimentum criminis* aparece en Nov. 13,12, discutiendo la doctrina si se trata del punto final de la evolución de la *lex Iulia de adult. coerc.*<sup>149</sup>. Otras figuras de derecho penal matrimonial tipificadas fueron el *incestum*: unión sexual entre parientes y *adfines* siendo nulo su matrimonio<sup>150</sup>; y el *stuprum*<sup>151</sup>, unión sexual con mujer núbil o viuda (*virgo vel vidua*, Mod. D. 50,16,101) elencando las *leges Iuliae* una serie de mujeres *in quas stuprum non committitur* con las que podía establecerse un *concubinatus* sin consecuencia penal alguna (Ulp. D. 2,7.3 pr.)

Es cierto que en el seno de la familia la mujer adúltera y su cómplice podían ser matados inmediatamente si fueran sorprendidos *in actu* por los miembros del grupo familiar (*paterfamilias* de la mujer o el marido si éste fuere *sui iuris* y tuviera la *manus* sobre la mujer) que con su muerte lavaban el honor de la familia quedando impune el homicida por haber ejecutado a los adúlteros en un momento de ira por la terrible

---

<sup>148</sup> PS 2,26,14: *Adulterii convictus mulieres dimidia pars dotis et tertia 'pars bonorum ac relegatione in insulam placuit coerceri; adulteris vero viris pars in insuolam relegatione dimidia bonorum partem auferri, dummodo in diversas insuolas relegantur.*

<sup>149</sup> Vid. con lit. y fuentes VITALI, *Pemesse*, 275 ss.

<sup>150</sup> Cfr. TORRENT, s.h.v., en *Dicc.* 450.

ofensa causada, lo que no dejaba de ser un homicidio legalizado porque la *lex Iulia* no condenaba a muerte a los adúlteros que sólo ocurrirá con Constantino, sino que dejaba impune a los homicidas siempre que se cumplieran determinadas circunstancias que desde la técnica penalística significa la aplicación reglada de la antigua *poena capitis* ejercitada privadamente. En el campo privatístico las mujeres tenían menos derechos que el varón, aunque nunca dejaron de tener influencia en Roma recordando las fuentes luminosos ejemplos de grandes *matronae*, y no olvidemos lo que decía Cic. *de rep.* 1,43,67 al recordar la afirmación de Platón<sup>152</sup> que la igualdad de derechos entre hombre y mujer constituía una anarquía, idea que en nuestros días es totalmente inaceptable.

---

<sup>151</sup> TORRENT, s.h.v. en *Dicc.*, 1266-67.

<sup>152</sup> Cfr. G. SICARI RUFFO, *Il voto alle donne. La lunga lotta per il suffragio femminile tra Ottocento e Novecento*, (Roma 2009) 15 ss.