

[www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es)

ISSN 1989-1970

[ridrom@uclm.es](mailto:ridrom@uclm.es)

**RIDROM**

Derecho Romano,  
Tradicón Romanística y  
Ciencias  
Histórico-Jurídicas

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, “*Honesta 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





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 legittimo 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 Sassaresi*, 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.





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).









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.



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 diritto romano*, 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.









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 ass.; 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*.





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 acuctor 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.*













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.*



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*



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.





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.



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).



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 *caelibes*. 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.









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. (*lib. sing de adlut.*) D. 48,,5,12,7-13.



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”.



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.





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).



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 insulam relegatione dimidia bonorum partem auferri, dummodo in diversas insulas relegantur.*

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

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

