

Armando Torrent

Derecho penal romano y «poena capitis» hasta el Principado a propósito de la represión del «adulterium» (*)

Me voy a centrar sobre la represión del adulterio, 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. Hasta Augusto se trataba de cuestiones internas que no salían del seno familiar, de modo que el *paterfamilias* de la mujer o el marido *sui iuris* que había efectuado la *conventio in manum*¹, en base a la grave ofensa causada por los adúlteros a la familia² 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 ejercitar el *ius occidendi* sobre 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 de 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?).

La primera manifestación de represión del adulterio flagrante con la *poena capitis*³ 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*

*) 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 profesora Nunzia Donadio su invitación para participar en un seminario internacional sobre la pena de muerte en Roma; 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 Gaetano Scherillo y Arnaldo Biscardi.

¹) Instituto discutible que constituyó uno de los temas preferidos de E. VOLTERRA, *Ancora sulla manus e il matrimonio* («Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 675 ss.), en *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1991, p. 83 ss., *Nuove osservazioni sulla «conventio in manum»* («Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto. Verona 1948», III, Milano, 1951, p. 27 ss.), en *Scritti giuridici*, II, cit., p. 199 ss., *Nuove ricerche sulla «conventio in manum»* (Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Memorie della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche), 8ª s., XII.4, 1966, p. 109 ss.), en *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1991, p. 3 ss., *La conventio in manum e il matrimonio romano* («RISG.», XCV, 1968, p. 211 ss.), en *Scritti giuridici*, III, cit., p. 155 ss.; en contra E. CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum* («RISG.», 2ª s., X, 1959-1962, p. 181 ss.), en *Diritto e società in Grecia e a Roma antica*, Milano 2011, p. 465 ss.). Una completa reseña bibliográfica sobre el adulterio en C. FAYER, *La famiglia romana*, III. *Concubinato, divorzio, adulterio*, Roma, 2005, p. 189 ss.; adde la citada por F. PERGAMI, *La repressione dell'adulterio nella legislazione tardoimperiale*, en «Index», XL, 2012, p. 493 nt. 1.

²) Cfr. I. MOLNÁR, *Das adulterium als ein das Ansehen der römischen Familie verletzendes Verbrechen*, en «Status Familiae. Festschrift A. Wacke», München, 2001, p. 345 ss.

³) Cfr. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* («Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse», 1930-1931), en *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, p. 325 ss.

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 económicas⁴ de las que hablaré más adelante. A partir de Constantino cuando la concepción cristiana de pecado vino traducida por los emperadores sobre el plano jurídico⁵, 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*»⁶. También quiero aclarar que siguiendo la sugerencia de la profesora Nunzia Donadio, directora de estas Jornadas, haré frecuentes referencias a la represión del adulterio 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 honor⁷.

La *lex Iulia de adulteriis coërcendis* del 18 a.C.⁸ 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 adulteriis* recogidos en D. 48.5 cuya rúbrica es muy elocuente – ‘*ad legem Iuliam de adulteriis coërcendis*’ –, en C.I. 9.9 – ‘*ad legem Iuliam de adulteriis et de stupro*’ –, en las *Pauli Sententiae* y en la *Collatio*, han permitido reconstruirla con bastante verosimilitud⁹.

El derecho penal sigue siendo una de las partes menos estudiadas del ordenamiento jurídico romano por varios 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 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 a juicio de 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 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, desprecio de las autoridades públicas a los derechos fundamentales de los ciudadanos, corrupción de las castas dirigentes que identifican el Estado con su *propria fortuna* y hasta su propia persona (basta 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

4) *Paul. Sent.* 2.26.14

5) PERGAMI, *La repressione dell’adulterio*, cit., p. 493.

6) Así dice CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 208 ss.

7) Cfr. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d’onore in diritto romano*, en «Studi G. Scherillo», I, Milano, 1972, p. 243 ss.

8) Cfr. al respecto T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La data della lex Iulia de adulteriis* («Juris Vincula. Studi M. Talamanca», VIII, Napoli, 2001, p. 31 ss.), en *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, Napoli, 2013, p. 333 ss.

9) Cfr. las intentadas por G. HAENEL, *Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Iustinianum latorum*, Leipzig, 1857, reed. Aalen, 1965, p. 257 ss., y B. BIONDI, *Acta divi Augusti*, I, Roma, 1945, p. 112 ss. También ha dedicado Biondi notables estudios a nuestro tema: cfr. *La pena adulterii da Augusto a Giustiniano* («Studi Saresi», XVI – «Studi F. Mancaloni» –, 1938, p. 3 ss.), en *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, p. 47 ss., y *La legislazione di Augusto* («Conferenze augustee nel bimillenario della nascita», Milano, 1939, p. 141 ss.), en *Scritti giuridici*, II, p. 77 ss.

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*¹⁰), la igualdad (que aspira a desterrar cualquier discriminación por razón de sexo, nacimiento¹¹, religión¹², credo político), la integridad física y moral y la propiedad privada de los ciudadanos¹³.

Hoy en día las concepciones sobre el derecho penal romano han variado mucho desde que Mommsen¹⁴ 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 Santalucia¹⁵. 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 siglo XVIII, pero a pesar de que Mommsen y poco más tarde Ferrini¹⁶ 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 los conceptos penalísticos romanos en una cierta y cambiante inestabilidad, aunque en nuestros días 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 una consideración más amplia que llega a zonas mucho más fluidas en que se hace difícil distinguir lo que sea violencia (y su monopolio por parte del Estado), lo que sea moral, y lo que sea 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 entre *ius publicum* y *ius privatum*¹⁷ es muy tardía, y tampoco son tan diferentes pues Ulpiano (D. 1.1.1.2) situó estos conceptos simplemente como *duae positiones* en el *studium iuris*, aunque desde una visión de

¹⁰ En este punto y en el respeto a la propiedad privada U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Roma-Bari, 2011, p. 8 ss., considera que la ocupación de la tierra representa hasta nuestros días el instrumento para realizar el proyecto geopolítico de Occidente: cfr. la recensión de G. COPPOLA, en «SDHI.», LXXIX, 2013, p. 1366 ss. Sobre la libertad contractual cfr. M. TALAMANCA, *Freedom of Contract in Roman Law*, en «Freedom of Contract and Constitutional Law» (cur. A.M. RABELLO, P. SARCEVIC), Jerusalem, 1988, p. 285 ss.

¹¹ 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 entre *honestiores* y *humiliores*.

¹² La no discriminación por razón de religión se alcanzó en Roma con el célebre edicto de Milán del 313 d.C., aunque fue modificado 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 treientos 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.

¹³ 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, añadiendo en el párrafo 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 responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

¹⁴ Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, reed. Graz, 1995, p. vii.

¹⁵ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998², *passim*. No puedo omitir la aportación de G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale da Ferrini a noi. Considerazione e punti di vista critici* («RIDA.», IV, 1950, p. 21 ss.), en *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, p. 1395 ss.

¹⁶ C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano, 1902, reed. Roma, 1976, *passim*.

¹⁷ Cfr. A. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Madrid, 2008¹³, p. 439 ss.

conjunto del ordenamiento jurídico romano creo que puede decirse que los dos delitos más antiguos, el *parricidium*¹⁸ 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 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: 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)¹⁹ y *delicta*, distinción que llega hasta el derecho justinianeo²⁰.

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 y de 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 que si no acusa el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado que son por ley los 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.

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 número 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 implacables 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

¹⁸ Con todo los problemas de interpretación que tiene el término ‘*parricidas*’ en las XII Tabulae (cfr. G. PASQUALI, *Parricidas esto*, en «Studi E. Besta», I, Milano, 1933, p. 67 ss.

¹⁹ C. GIOFFREDI, *I principii del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 9.

²⁰ Cfr. E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, Torino, 1924, y E. VOLTERRA, *Delinquere nelle fonti giuridiche romane*, en «RISG.», n.s., V, 1930, p. 117 ss. En contra G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano, 1976, *passim*, que defiende el carácter intercambiable de ‘*delictum*’ y ‘*crimen*’ en las fuentes clásicas.

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 comisión de delitos económicos y fiscales: 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 absolutoria²¹.

Este proceso es muy importante mediáticamente porque está imputada la Infanta de España Doña Cristina de Borbón, hija del rey emérito Don Juan Carlos I y hermana de actual rey 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 dinero público a una sociedad (legalmente constituida sin ánimo de lucro ¿con fraude o 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 intuído por Tácito en 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).

Tornando a 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* (XLVII y LXVIII) 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 interior de la familia, o de 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 ciudadano que cometía gravísimos atentados contra la comunidad se le consideraba *homo sacer*²² al que cualquier ciudadano podía matar impunemente²³, y la *sacertas*²⁴ es uno de los temas más complejos que amalgaman la represión penal y la historia constitucional como trató de demostrar Franco Salerno²⁵.

En mi opinión no son definitivas las conclusiones de los grandes autores del siglo 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 ma-

²¹) 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 *insum indicandi* a la fase *apud iudicem* en que eun *index unus* nombrado de acuerdo por las partes y el pretor, o ante un tribunal colegiado, emitía la sentencia.

²²) Estas 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: cfr. C. CASCIONE, *Romolo sacer?*, en «Index», XXXIX, 2011, p. 201 ss. También hay que decir que las noticias de los autores antiguos son muy discordantes, por ejemplo entre Dionysius Halicarnassensis y Diodorus Siculus.

²³) Cfr. R. FIORI, «*Homo sacer*». *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione politico-religiosa*, Napoli, 1986, *passim*.

²⁴) Cfr. L. PEPPE, *Note minime di método intorno alla nozione di homo sacer*, en «Studi L. Labruna», VI, Napoli, 2007, p. 4103 ss., y E. CANTARELLA, *La sacertà nel sistema originario delle pene. Considerazioni su una recente ipotesi*, en *Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, Milano, 2011, p. 591 ss.

²⁵) F. SALERNO, *Dalla «consecratio» alla «publicatio bonorum»*, Napoli, 1980, *passim*. Cfr. también L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, p. 1 ss.

gistrados: pensemos en los *duoviri peduellionis* y los *quaestores parricidii* en la época monárquica, en los *consules* en la primera época republicana; en la diferenciación entre *iudicia privata* y *iudicia populi* (más tarde denominados *iudicia publica*), hasta las *quaestiones perpetuae* perfiladas a principios del siglo I a.C. por el dictador Lucio Cornelio Sila. Tiene razón Ferrini²⁶ al destacar la evidencia de la falta en Roma de una legislación orgánica de derecho penal²⁷, pero su visión era demasiado pandectística, como la de Mommsen demasiado dogmática²⁸, y tampoco aclaró las cosas Wlassak²⁹ 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 Tablas en materia penal no hicieron otra cosa que legalizar la venganza privada sustentada en la ley del talión³⁰ ampliamente extendida en el Mundo Antiguo³¹ legalizando la represión penal privada. Todo ello contribuyó al oscurecimiento del derecho penal romano que últimamente está recibiendo una atención que había faltado hasta hace pocos decenios si descontamos a Strachan Davidson³², Brasiello³³ y los más recientes de Archi, Peter Stein³⁴ Garofalo³⁵ y Santalucia³⁶, de modo que en nuestros días podemos hablar de una revitalización de los estudios penalísticos romanos³⁷. Brasiello, por ejemplo, sostiene que la justicia penal tiene una línea de evolución que puede delinearse con claridad, pero sinceramente no lo veo así, y durante gran parte de la República nunca hubo una separación tajante entre justicia penal y civil³⁸, 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 *coërcitio*.

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 *coërcitio* de los magistrados, entendiendo por *coërcitio publica* la facultad de los magistrados para sancionar a los ciudadanos con un sistema de medios afflictivos personales y patrimoniales, que puede delinearse 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 magistratual³⁹. En este campo el *ius provocationis* significó un paso gigantesco para el control y limitación del poder de los magistrados en casos 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 Tablas) que imponía un freno a los eventuales abusos

²⁶ C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 3.

²⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, *passim*.

²⁸ Cfr. G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi*, cit., p. 23.

²⁹ M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien, 1917, *passim*.

³⁰ Cfr. J. ZABLOCKI, *La pena del taglione nel diritto romano*, en «Studi L. Labruna», VIII, Napoli, 2007, p. 5991 ss.

³¹ Cfr. 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, p. 525 ss.

³² J.L. STRACHAN DAVIDSON, *Problems of the roman criminal law*, I-II, Oxford, 1913, *passim*.

³³ U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, *passim*, *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, en «AG.», CXX, 1938, p. 55 ss., y, para la represión del adulterio, p. 92 ss., y *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, en «SDHL.», XII, 1946, p. 148 ss.

³⁴ P. STEIN, *School Attitudes in the Law of Delicts*, en «Studi A. Biscardi», II, Milano, 1982, p. 281 ss.

³⁵ L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova, 1997, *passim*.

³⁶ SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell' antica Roma*, cit., *passim*, sobre el cual V. GIUFFRÈ, *Il nuovo interesse per la storia della repressione criminale e Bernardo Santalucia*, en «Index», XXXVII, 2009, p. 157 ss., y la recensión de T. SPAGNUOLO VIGORITA, en «Index», XIX, 1990, p. 176 ss.

³⁷ L. GAROFALO, *Concetto e vitalità del diritto penale romano*, en «Iuris Vincula. Studi M. Talamanca», IV, Napoli, 2001, p. 73 ss.

³⁸ A. TORRENT, *Derecho penal romano. I. Epocas monárquica y republicana*, en «El derecho penal: de Roma al derecho actual» (cur. A. CALZADA, F. CAMACHO), Madrid, 2005, p. 12.

³⁹ M. DE DOMINICIS, «*Coërcitio*», en «NNDI.», III, 1959, p. 417-426.

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 remitidos a la venganza privada⁴⁰: 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 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 económico⁴¹; 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 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 entendiéndose 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 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 monárquica⁴² y están imbuídas de gran religiosidad, de modo que hay que llegar a las XII Tablas para señalar el fin de aquella cultura jurídica arcaica⁴³, 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 por los juristas laicos del siglo II a.C. ‘*qui fundaverunt ius civile*’ y en el siglo final de la República por mucianos y servianos⁴⁴. Aún en un clima de gran ferocidad de la represión penal (pensemos en la *poena cullei*⁴⁵ que no era otra cosa que pena de muerte pa-

⁴⁰) Cfr. J. ZLINSKY, *La repression criminelle dans la Rome archaïque: aspects judiciaires*, en «RIDA.», XXXVII, 1990, p. 463 ss.

⁴¹) D. MANFREDINI, *Contributo allo studio della iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, p. 72 ss., que se remonta a Cat., *Orig.* 81 en 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; cfr. la recensión de G. PUGLIESE, en «Iura», XXIX, 1978, p. 195 ss.

⁴²) Cfr. A.H.J. GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time*, London, 1912, p. 297 ss., J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of crim. Law*, I, Oxford, 1912, p. 1 ss., M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 42 ss., U. COLI, *Regnum* («SDHI.», XVII, 1951, p. 114 ss.), en *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, p. 431 ss., P. VOGLI, *Diritto sacro romano in età arcaica* («SDHI.», XIX, 1955, p. 38 ss.), en *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 211 ss., A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, en «BIDR.», LIX, 1966, p. 342 ss., y SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit. p. 1 ss.

⁴³) A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, en «RIDA.», XXXVII, 1990, p. 197.

⁴⁴) Cfr. A. TORRENT, *El aparente desinterés de la jurisprudencia tardo-república por las societates publicanorum*, en «ISDP.», VII, 2015, p. 1 ss.

⁴⁵) G. DÜLL, *Zur Bedeutung der poena cullei in römischen Strafrecht*, en «Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano» (Roma), II, Pavia, 1935, p. 361 ss.

ra los deudores insolventes que dejaban de pagar sus obligaciones), las XII Tablas 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*) atribuída 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*⁴⁶ que como fuente del derecho viene citado a finales de la República en época de César.

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 Foro⁴⁷. De todos modos, y dada la inoperancia legislativa de los *comitia curiata*⁴⁸ en época monárquica cuyas únicas competencias conocidas son 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 legislativas 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 caso⁴⁹, y en general hoy se admite como auténtica una cierta conexión entre *leges regiae* y *ius Papirianum*⁵⁰. A mi modo de ver en las *leges regiae* no 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. 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 familiar 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 honor⁵¹ 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 burlado. La represión del adulterio hasta la *lex Iulia de adulteriis* 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

⁴⁶ U.E. PAOLI, *Il ius Papirianum et la loi Papiria*, en «RHD», XXIV-XXV, 1946-1947, p. 152 ss., y S. DI PAOLA, *Dalla lex Papiria al ius Papirianum*, en «Studi Solazzi», cit., p. 631 ss., niegan cualquier relación entre las *leges regiae* y el *ius Papirianum*.

⁴⁷ F. COARELLI, *Il Foro romano*, I, Roma 1987, p. 178 ss.

⁴⁸ Sobre esta asamblea primitiva, cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, Napoli, 1972², p. 146 ss., y TORRENTI, *Derecho público romano*, cit., p. 79 ss.

⁴⁹ SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., p. 4.

⁵⁰ Cfr. COLI, *Regnum*, cit., p. 429 ss., VOGLI, *Diritto sacro romano*, cit., p. 268 ss., P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, p. 578 ss., S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, en «SDHI», XXXVII, 1971, p. 1 ss., A. WATSON, *Roman Private Law and the leges regiae*, en «JRS», LXII, 1972, p. 100 ss., y FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 182 ss.

⁵¹ CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore*, cit., p. 243 ss.

fue visto en relación con violaciones de lo que se entendía como moral familiar. Según Cantarella⁵² desde entonces la muerte de la hija adúltera no fue vista como un derecho sino más bien como un deber del *pater*, entendiendo que la razón residía en el hecho que ahora se quería que probase 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 «ac-canpando 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, por lo que por primera vez la reacción paterna venía contemplada como reacción a una ofensa injusta, reacción extendida al padre 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*⁵³, 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 parte del marido burlado, sanción más social que jurídica como en general el matrimonio que asimismo en Roma era una institución más social que jurídica. Las fuentes testimonian que en Roma la mujer ocupó siempre una posición subordinada al marido, al padre o al tutor⁵⁴, un sometimiento indiscutible⁵⁵, 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 incluyendo entre las virtudes femeninas la *pudicitia*⁵⁶ entendida como castidad y comportamiento ejemplar de la mujer en el matrimonio⁵⁷, y la fecundidad.

Como madre y administradora de la *domus* los romanos elaboraron⁵⁸, un «ideal femenino» que

⁵² CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore*, cit., p. 273.

⁵³ Gayo (*inst.* 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 regi, 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 invitae auctor 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.

⁵⁴ Sobre la tutela de la mujer casada cfr. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, p. 17 ss.

⁵⁵ R. RODRIGUEZ MONTERO, *Hilvanando «atributos» femeninos en la antigua Roma*, en «Fundamenta iuris». Terminología, principios e interpretación» (cur. P. RESINA), Universidad de Almería, 2012, p. 206.

⁵⁶ Val Max., *mem.* 6.1.pr. Plauto, en *Amph.* 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 (siglo XVI) en *La perfecta casada*. Cfr. también Cato, *agr. cult.* 143. Véase C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquarii*, II, *Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma, 2005, p. 285 ss., M.R. CID LOPEZ, *La matrona y las mujeres en la Roma antigua. Un estereotipo femenino a través de las imágenes religiosas en las normas legales*, en «Mujeres en la Historia, el Arte, y cine»², Universidad de Salamanca, 2011, p. 55 s., y A. CASTRESANA, *Catálogo de virtudes femeninas a través de la debilidad histórica sobre la dignidad de ser esposa y madre*, Madrid, 1993, *passim*.

⁵⁷ Cfr. M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'Histoire juridique et sociale*, Roma, 1972, p. 59 ss., y R. LANGLANDS, *Sexual morality in Ancient Rome*, Cambridge, 2006, p. 37 ss.

⁵⁸ Cfr. CASTAN, *Las luchas políticas en el siglo I a.C.*, de inminente publicación que he tenido el honor de prologar.

en el aspecto físico pivotaba sobre la fecundidad de la mujer, valor exaltado por Livio y Valerio Máximo⁵⁹, de modo que en caso de segundo matrimonio el marido tenía en cuenta especialmente la probada fecundidad de la nueva esposa⁶⁰, y también la *pudicitia* (¿moralidad?) de la mujer. Ciertamente 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 (¿caso bien visto?) por la sociedad romana, algo que evidencia la legislación augústea que llegó a elencar mujeres (de bajo 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*⁶¹, 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 públicos⁶² con lo que tenían 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*⁶³. 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* silanas⁶⁴ y las posteriores leyes penales matrimoniales augústeas.

Me voy a fijar especialmente en el campo del derecho penal referido al adulterio donde en principio por hábitos consuetudinarios y a partir de Augusto por normas estatales expresas, se deriva como sanción el *ius occidendi iure patris vel mariti* de la mujer adúltera y de su cómplice con lo que quedaba a salvo el honor de la familia⁶⁵, en principio únicamente ejercitable por el *pater*, y en su caso el marido si éste fuese *sui iuris* relacionado con la mujer adúltera mediante *conventio in manum*. Para la época monárquica debe destacarse una antigua *lex* atribuida a Rómulo⁶⁶ citada por Dion. Hal., *ant. Rom.* 2.5.6, que en caso de adulterio u otra causa grave por parte de la mujer (como el abuso de vino⁶⁷), 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 Augusto⁶⁸ que concedió una acusación privilegiada al marido y al padre de la

⁵⁹) Liv., *urb. cond.* 42.34; Val. Max., *mem.* 7.1.2.

⁶⁰) Cfr. Tac., *ann.* 12.6.1.

⁶¹) Cfr. P. GIUNTI, *Mores e interpretatio prudentium nella definizione di materfamilias (una qualifica fra conventio in manum e status di sui iuris)*, en «Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo», I, Napoli, 1997, p. 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, p. 37 ss. Cfr. TORRENT, ‘*Vestales*’, en «Diccionario de derecho romano», Madrid, 2005, p. 1467.

⁶²) Gell., *noct. Att.* 5.19.10, Pap. (31 *quaest.*) D. 1.5.9, Ulp. (1 *Sab.*) D. 50.17.2.pr. y (6 *ed.*) D. 3.1.1.5. Sobre todo la información de Ulpiano es muy significativa, porque al tomar los comisarios justinianos textos de sus comentarios *ad Sabinum* y *ad edictum*, 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

⁶³) PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna*, cit., p. 98-99.

⁶⁴) Cfr. P. RESINA, *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Madrid, 1996, p. 22 ss.

⁶⁵) Cfr. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore*, cit., p. 423 ss.

⁶⁶) Cfr. P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato tra storia e propaganda*, Milano, 1990, p. 5, que entiende que sería de Numa Pompilio; se muestra escéptico A. GUARINO, *Roma e l'adulterio*, en «Labeo», XXXVIII, 1992, p. 319 ss.

⁶⁷) Cfr. A. TORRENT, *Diritto penale matrimoniale*, en «Labeo», XLVIII, 2002, p. 127.

⁶⁸) Cfr. G. RIZZELLI, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, en «BIDR.», LXXXIX, 1986, p.

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 a Augusto con la *lex Iulia de adulteriis coërcendis* del 18 a.C., rogada y votada por inspiración augústea⁶⁹ 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 legisó 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, Papiniano, Paulo y Ulpiano, gracias a los cuales conocemos las circunstancias de la impunidad: que el padre homicida tuviera la *patria potestas* sobre la hija: Pap. (1 *adult.*) D. 48.5.20 [21]⁷⁰, Pap. (*eod. lib.*) D. 48.5.23 [22].pr.⁷¹, Ulp. (1 *adult.*) D. 48.5.22 [21]⁷², que el homicidio de los adúlteros fuese cometido en casa del padre o del yerno: Pap. (*l.s. adult.*) Coll. 4.12.1⁷³, Ulp. (1 *adult.*) D. 48.5.24 [23].2⁷⁴; 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 de adulteriis coërcendis*, hasta el punto que desde un ángulo dogmático puede decirse que la muerte de los adúlteros quedó codificada desde la *lex Iulia*, 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 correspondientes⁷⁵, que de alguna manera adelantaba un principio capital del derecho penal posterior que se precisaría a partir del siglo XVIII: ‘*nullum crimen nulla poena sine lege*’.

También es significativo que esta ley es algunos meses posterior⁷⁶ a la *lex Iulia de maritandis ordinibus*⁷⁷ 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 legados⁷⁸ con el objetivo de fomentar las uniones legítimas y la natalidad⁷⁹, convirtiendo en *crimina publica* lo que hasta entonces eran reprimido dentro de la familia por el padre o el marido de la adúltera⁸⁰.

411 ss., *Stuprum e adulterium nella cultura giuridica augustea e lex Iulia de adulteriis coërcendis*, en «BIDR.», XC, 1987, p. 355 ss., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1996, y P. PANERO ORIA, *Ius occidendi et ius accusandi in la lex Iulia de adulteriis coërcendis*, Valencia, 2001.

⁶⁹ Esta *lex Iulia* ha sido objeto de importante atención por la doctrina: cfr. J.A.C. THOMAS, *Lex Iulia de adulteriis coërcendis*, en «Etudes J. Macqueron», Aix-en-Provence, 1970, p. 637 ss., D. DAUBE, *The lex Iulia concerning adultery*, en «The Irish Jurist», 1977, p. 373 ss., y CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore*, cit., p. 423 ss.

⁷⁰ D. 48.5.21 [20]: ‘*patri datur ius occidendi filiam quam in potestate habet, itaque nemo alius ex patribus idem iure faciet: sed nec filius familias pater*’.

⁷¹ ‘*Nec in ea lege naturalis ab adoptivo patre separator*’.

⁷² D. 48.5.22 [21]: ‘*(sic evenit ut nec pater nec avus possint occidere) nec immerito: in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis*’.

⁷³ Coll. 4.12.1: ‘*Permittitur patri tam adoptivo quam naturali adulterum cum filia cuiuscumque dignitatis domi suae vel generi sui deprehensum sua manu occidere*’.

⁷⁴ 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 causa fuerit filia adulterum inducere*’. Es importante este texto no solo porque fija el lugar preciso donde se comete el adulterio y donde debe ser reprimido de modo 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.

⁷⁵ Cfr. TORRENT, *Derecho penal romano*, cit., p. 40.

⁷⁶ Dion Cass., *hist. Rom.* 54.16.3-6. Cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae Populi Romani*, Milano, 1912; reimpr. Hildesheim 1962, p. 445.

⁷⁷ Cfr. L. FERRERO RADITSA, *Augustus' legislation concerning marriage, procreation, love affairs and adultery*, en «ANRW.», II.13, Berlin-New York, 1980, p. 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.

⁷⁸ Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, p. 319-320.

⁷⁹ TORRENT, ‘*Vestales*’, cit., p. 1467 s. De todas maneras en los «*dove affairs*» había algunas excepciones como los *cognati*.

⁸⁰ Cfr. W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, p. 121-123, y G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il Principato*, en

Augusto emprendió una vigorosa política matrimonial con la *lex Iulia de maritandis ordinibus*⁸¹ del 18 a.C. y la poco posterior *lex Iulia de adulteriis coercendis*. La primera reprimía las uniones sexuales extramatrimoniales de la mujer casada, perfilando en la segunda el *adulterium* (unión sexual de varón que no es el marido con mujer casada, consintiendo ésta el *coitus*) y el *stuprum*⁸² (acto sexual valorado 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, y 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.

Tiene razón Panero Oria⁸³ al señalar 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 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*⁸⁴ (o *iudicium de moribus*⁸⁵ aludido por Gayo, *inst.*

«ANRW.», II.14, Berlin - New York, 1982, p. 731-732.

⁸¹) J.G. WOLF, *Die lex Iulia de adulteriis coercendis*, en «Jura», LXII, 2014, p. 47.

⁸²) El *stuprum cum masculo* no entraba en las previsiones de la *lex Iulia de adulteriis*, e *Iust. inst.* 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 (*Paul. Sent.* II.26.12 y 13 = *Coll. V.2,1 y 2*); Cfr. MÖMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 713-714, y I. PFAFF, 'Stuprum', en A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», IV.A.1, Stuttgart, 1931, c. 423. En la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* se recogen muchos textos de los libros de *adulteriis* de Paulo y Ulpiano. Se considera redactada en Occidente entre los a. 370 al 438. Sobre la *Collatio* siguen siendo fundamentales los estudios de E. VOLTERRA, *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* («Memorie dell'Accademia dei Lincei» [cl. «Scienze morali»], VI.3, 1930, p. 5 ss.), en *Scritti giuridici*, IV, Napoli, 1993, p. 21 ss. Al ser una obra de la tarda Antigüedad, caben sospechas sobre sus posibles alteraciones, asimismo bien desveladas por E. VOLTERRA, *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali costruzioni segnalate dallacritica nelle fonti pregustiniane occidentali* («RISG.», IX, 1936, p. 365 ss.), en *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 367 ss.

⁸³) PANERO ORIA, *Ius occidendi et ius accusandi*, cit., p. 112-113.

⁸⁴) E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano* («RISG.», n. s., I, 1948, p. 103 ss.), en *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1991, p. 127 ss., niega la existencia de este tribunal doméstico, que sin embargo es admitido por W. KUNKEI, *Das Konsilium im Hausgericht*, en «ZSS.», LXIII, 1966, p. 219 ss. Señala PANERO ORIA, *Ius occidendi et ius accusandi*, cit., p. 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 seriedad y frecuencia de los castigos por este tipo de comportamiento.

⁸⁵) Cfr. E. VOLTERRA, *Iudicium de moribus*, en «NNDI.», IX, Torino, 1965, p. 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*

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 de adulteriis* sería el marido burlado⁸⁶ que tuviera la *manus* sobre la mujer o el padre de ésta *suae potestatis*, los que podían dar muerte arbitrariamente a los amantes (Gell., *noct. Att.* 10.23.5) 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 finales de la República⁸⁷ la mayoría de los matrimonios se realizaban *sine manu*, el *ius vitae et necis* ya no eran tan fuerte como en épocas anteriores que tampoco era tan omnímoda pues siempre estuvo sometida a límites, bien censorios bien familiares, de modo que llegó un momento en que la represión doméstica fue considerada insuficiente o también para evitar que la muerte de la mujer se realizara por motivos arbitrarios, por lo que estas conductas fueron consideradas *crimina publica* cuyo conocimiento se instrumentaba mediante una *quaestio de adulteriis* que parece haber subsistido hasta la época de Alejandro Severo⁸⁸, y no hace falta decir que en provincias tanto el *adulterium* como el *stuprum* eran perseguidos mediante la *cognitio extra ordinem*. La represión de la *lex Iulia* constituída por 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 amoratorias.

La impresión que deja la lectura de los textos de juristas severianos que comentan e interpretan la *lex Iulia de adulteriis* es que Augusto no trató tanto 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 adúlteros. Pero las noticias de aquellos juristas no contemporáneos de la ley *de adulteriis coërcendis* no permiten desvelar cual 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

rei uxoriae, en «ZSS.», LIV, 1934, p. 315 ss.

⁸⁶ Hace ciento treinta años había entendido A. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la loi Iulia de adulteriis* («RHD.», II, 1878), en *Mélanges d'Histoire du droit et de critique*, Paris, 1886, p. 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.

⁸⁷ E. OSABA, *El adulterio uxorio en la lex Visigotorum*, Madrid, 1997, p. 30-31, piensa en censores y ediles para perseguir el adulterio, procesos que acabaría con una *multae irrogatio*, pero no hay evidencias de estos procesos edilicios.

⁸⁸ Esta tan larga supervivencia de la *questio de adulteriis* es destacada por W. KUNKEL, 'Quaestio' (PAULY, WISSOWA, «Real-Encyclopädie», cit., XXIV, Stuttgart, 1963, c. 770), en *Kleine Schriften zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar, 1974, p. 82, y R.A. BAUMAN, *Some remarks on the structure and survival of the question de adulteriis*, en «Antichthon», II, 1968, p. 68 ss.: cfr. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico*, cit., p. 745. Por el contrario a juicio de P. GARNSEY, *Adultery trials and the survival of the quaestiones in the severan Age*, en «JRS.», LVII, 1967, p. 56-60, ya había desaparecido al llegar la edad severiana.

que muerte de la adúltera y su cómplice quedaba impune. La *lex Iulia de adulteriis* 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, deslegalizaba aquel *homicidium*.

Constantino en una constitución del 326 amenaza por primera vez con la pena de muerte a la adúltera y a su cómplice⁸⁹; ciertamente a partir de Constantino se tornan más duras las penas del adulterio, y ya había dicho Giuffrè⁹⁰ que la *lex Iulia de adulteriis* ha sido considerada 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 siglo IV d.C. las *Pauli Sententiae* (2.26.14) prescriben cumulativamente a la pérdida de bienes la *relegatio*⁹¹ *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 Biondi⁹² y Branca⁹³ (éste último habla de una mayor defensa de la familia debida al cristianismo), cristianización evidenciada en el Codex Theodosianus⁹⁴. La *Instituta* justiniana (4.18.4) atribuye a la *lex Iulia de adulteriis* la pena de muerte para los adúlteros, pero hoy en día es opinión general que esta suma agravación de la pena es de factura justiniana y no augústea⁹⁵, y es posible que este agravamiento de penas arrancara de Domiciano que introdujo la pena de muerte para los esclavos culpables de *crimen adulterii*⁹⁶. Otras sanciones que las fuentes atribuyen a la *lex Iulia de adulteriis* es la privación al condenado por adulterio de la capacidad de ser testigo⁹⁷; también ordenaba que el que casaba con mujer condenada por adulterio debía ser condenado por *lenocinium*⁹⁸.

Una prohibición de Augusto fijada en la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, se refiere a la incapacidad de la mujer *deprenhensa in adulterio* para contraer nuevo matrimonio⁹⁹, y tanto ella como su nuevo marido eran considerados por la *lex Iulia* como *caelibes*¹⁰⁰. La doctrina en general entiende de factura augústea la prohibición a la adúltera de contraer nuevo matrimonio con el cómplice, aunque según Vitali¹⁰¹ esta prohibición se asentó en la última fase de la evolución del *crimen adulterii*¹⁰² en

⁸⁹) C. 9.9.29 [30].1: 'Sacilegos autem nuptiarum gladii puniri oportet'.

⁹⁰) V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, Napoli, 1991, p. 94.

⁹¹) Sabemos por una *epistula* de Plin. el Joven (6.31.5) que Trajano sancionó con *relegatio* a dos adúlteros.

⁹²) B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 69 ss.

⁹³) G. BRANCA, 'Adulterio (diritto romano)', en «ED.», I, Milano, 1968, p. 621.

⁹⁴) Cfr. F. AMARELLI, *Spunti per uno studio della disciplina del matrimonio tardoantico*, en «Studi A. Metro», I, Milano, 2009, p. 2.

⁹⁵) C. FERRINI. *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* («BIDR.», XIII, 1901), en *Opere di Contardo Ferrini* (cur. E. Albertario), II, Milano, 1929, p. 418.

⁹⁶) R.A. BAUMAN, *The leges iudiciorum publicorum and their interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, en «ANRW.», II.13, Berlin - New York, 1980, p. 142 nt. 226; FERRERO RADITSA, *Augustus' legislation*, cit., p. 311.

⁹⁷) Pap. (*l.s. adult.*) D. 22.5.14: 'Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus: et sane iuste testimonii officio ei interdicitur. existimo ergo neque iure civilis 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 *adult.*) D. 22.5.18: 'Ex eo, quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere damnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere'; Ulp. (1 *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. H. ANKUM, *La sponsa adultera. Problemes concernant l'accusatio adulterii em droit romain classique*, en «Estudios A. d'Ors», II, Pamplona, 1982, p. 163.

⁹⁸) Cfr. Ulp. (4 *adult.*) D. 48.5.30 [29].1, y Alexander Severus C.I. 9.9.9 (a. 224).

⁹⁹) *Ep. Ulp.* 13.2 y 16.2 y el mismo Ulp. (1 *l. Iul. et Pap.*) D. 23.2.43.10.12 y 13.

¹⁰⁰) H. ANKUM, *La captiva adultera. Problemes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, en «RIDA.», XXXII, 1985, p. 153 ss.

¹⁰¹) E. VITALI, *Premesse romanistiche a uno studio sull' «impedimentum criminis» (adulterio e divieti matrimoniali)*, en «Studi G. Scherillo», I, Milano, 1972, p. 275.

¹⁰²) Supongo que habrá querido decir en la evolución de la *lex Iulia de adulteriis*, teniendo en cuenta que Vitali, *Premesse*, cit., p. 278 nt. 10, señala que ni el texto de la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* 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 adulteriis* en algún modo se puede reconstruir a través de las menciones de los juristas severianos, bien en el Digesto, como también en *Pauli Sententiae* y en la *Collatio*.

Nov. 134.12, texto que generalmente ha sido estudiado tanto desde la óptica de los impedimentos matrimoniales¹⁰³ como también en sus aspectos penales¹⁰⁴. Debemos dejar constancia que el *adulterium* estaba más 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 consideración 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*¹⁰⁵.

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 matar inmediatamente (*in continenti*) a la adúltera y al amante por su propia mano (*sua manu*)¹⁰⁶ legalizando ahora la pena de muerte que el *mos maiorum* autorizaba al padre¹⁰⁷ 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*¹⁰⁸ sobre los hijos (en nuestro caso sobre la adúltera que entraba *loco filiae* en la familia del marido) recordado en el capítulo II de la *lex Iulia de adulteriis coërvendis* (Paul. *Coll.* 4.2.3) 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 dentro del grupo familiar, negando Yan Thomas¹⁰⁹ 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 (Cantarella), es decir, *impune*, circunstancias fijadas en la *lex Iulia de adulteriis*, 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

¹⁰³ Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. I, *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, p. 204 y nt. 7, y J. GAUDEMET, *Iustum matrimonium*, en «RIDA.», II, 1949, p. 365.

¹⁰⁴ Th. MAYER-MALY, *Impedimentum criminis und römisches Recht*, en «ZSS.», XLII, 1956, p. 382 ss, y particularmente p. 387.

¹⁰⁵ Cfr. L. CHIAZZESE, '*Adulterium*', en «NNDI.», I, Torino, 1937, p. 206, BRANCA, '*Adulterio*', cit., p. 620, HUMBERT, *Le remariage à Rome*, cit., p. 85, ANKUM, *La sponsa adultera*, cit., p. 164, OSABA, *El adulterio uxorio*, cit., p. 26, y PANERO ORIA, *Ius occidendi et ius accusandi*, cit., p. 28.

¹⁰⁶ Cfr. Pap. D. 48.5.23 [22], Paul. *Coll.* 4.2.1, Ulp. D. 48.5.24 y Macer D. 48.5.25 [24].3.

¹⁰⁷ Cfr. BIONDI, *Acta divi Augusti*, cit., p. 112, THOMAS, *Lex Iulia de adulteriis coërvendis*, cit., p. 637 nt. 2, CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore*, cit., p. 243 nt. 1, p. 247 nt. 6 y p. 274 nt. 48, A.M. RABELLO, *Il ius occidendi iure patris della lex Iulia de adulteriis coërvendis e la vitae necisque potestas del paterfamilias*, en «Atti del Seminario Romanistico Internazionale», Perugia, 1972, p. 228 nt. 1, y B. ALBANESE, *Vitae necisque paterna e lex Iulia de adulteriis coërvendis* («Studi G. Musotto», II, Palermo, 1980, p. 3 ss.), en *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, p. 1487 ss.

¹⁰⁸ Es dudoso que siguiera subsistiendo en tiempos de Constantino: cfr B. ALBANESE, *Note sull'evoluzione storica del ius vitae et necis* («Scritti beatificazione C. Ferrini», III, Milano, 1947, p. 343 ss.), en *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, p. 3 ss. Cfr. por último E. GIANNOZZI, '*Vitae necisque potestas*' o '*ius vitae et necis*'. Una riflessione a partire dell'opera di Yan Thomas, en «Diritto romano. Poder e diritto», Coimbra, 2013, p. 347 ss.

¹⁰⁹ Y. THOMAS, *À Rome, pères citoyens et cité des opères (IIIe. siècle avant J.C. - Ie. siècle après J.C.)*, en «Histoire de la famille» (cur. A. BURGUIÈRE, C. KLAPPISCH), Paris, 1986, p. 208, y *Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort*, en «Du châtement dans la cité. Supplices corporelles et peine de mort dans le monde Antique», Roma, 1984, p. 508.

adúltero y no da muerte inmediatamente a la hija impúdica¹¹⁰, porque la *lex Iulia de adulteriis* exige que mate a ambos, lo que suscita varios problemas, entre otros lo que ve Ankum¹¹¹ como restricción al derecho del *paterfamilias* que sólo tiene normalmente el *ius vitae et necis* exclusivamente sobre su 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*»¹¹² 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*¹¹³.

A mi modo de ver Ankum plantea una duda existencial: dado que la *lex de adulteriis coërcendis* exige la muerte de ambos amantes¹¹⁴, si el padre de la mujer sólo da muerte al amante no tiene sobre éste el *ius occidendi* que le concede la *lex de adulteriis* pues sólo lo tiene si mata a ambos. Papiniano y Ulpiano¹¹⁵ enfocan este caso dentro de lo que podríamos llamar *pietas* con la *filia* restringiendo el *ius occidendi* a quien tuviera inmediatamente la *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 Paulo y Marcel¹¹⁶ 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 adúltera¹¹⁷, hecho que preservando la vida de ésta tendrá otras consecuencias bastante deshonrosas para ella.

Como vemos es controvertido entre los clásicos si el padre dando muerte al cómplice y perdonando 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 podrá interponer la *accusatio iure extranei*; las penales conciernen a que el acusador que no pueda probar el adulterio (desde este punto de vista una *iniuria* contra la familia), 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 adulteriis coërcendis*) 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 Paulo y Marcel¹¹⁸ 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*¹¹⁹ quedando vetado a la mujer la *accusatio publica* cuando era el marido quien cometía adulterio; éste es el sentido de la

¹¹⁰ Ulp. (1 *adult.*) D. 48.5.24 [23].4.

¹¹¹ ANKUM, *La captiva adúltera*, cit., p. 159 nt. 32.

¹¹² Cfr. Pap. (*l.s. adult.*) Coll. 4.8.1, y 4.2.6, y Macer (1 *publ. iud.*) D. 48.5.33 [32].pr.

¹¹³ Cfr. Paul. Coll. 4.9.1.

¹¹⁴ Además de RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, cit., *passim*, y PANERO ORIA, *Ius occidendi e ius accusandi*, cit., *passim*, cfr. J.A.C. THOMAS, *Accusatio adulterii*, en «*Iura*», XII, 1961, p. 65 ss., E. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii* («*Studi P. Bonfante*», I, Milano, 1930, p. 122-126), en *Scritti giuridici*, I, cit., p. 324-326., ID., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* («*SUC.*», XVIII, 1928, p. 1 ss.), en *Scritti giuridici*, I, cit., p. 278 ss., ANKUM, *La captiva adúltera*, cit., p. 153 ss., y C. VENTURINI, *Accusatio adulterii e politica costantiniana*, en «*SDHI.*», LIV, 1981, p. 66 ss.

¹¹⁵ Pap. (1 *adult.*) D. 48.5.21 [20], y Ulp. (1 *adult.*) D. 48.5.22 [23]. Estos textos merecen una consideración más profunda que examino en otro trabajo.

¹¹⁶ Paul. Coll. 4.12.2, y Marcell-Paul. Coll. 4.2.4.

¹¹⁷ A. TORRENT, *Una revision de la lex Iulia de adulteriis coërcendis: Pap. D. 48,5,23(22),2*, pendiente de publicación en «*Index*», XLIV, 2016.

¹¹⁸ Paul. Coll. 4.2.2, y Marcell-Paul. Coll. 4.2.4.Paul.

¹¹⁹ Cfr. *supra*, nt. 114.

lex Iulia reclamada en un rescrito 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, en que los severos continúan privilegiando la *accusatio iure mariti*¹²⁰ sancionada por la *Lex Iulia*.

C.I. 9.9.1: Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velit, lex Iulia declarat, quae, quum masculis iure mariti accusandi facultatem detulisset, non idem feminis privilegium detulit.

De este texto deduce Resina¹²¹ que hace referencia al supuesto en que el bien jurídico a tutelar por la ley sea el matrimonio ajeno estando en presencia de una *iniuria aliena*, lo que explicaría el hecho que la mujer quedara excluida 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 Supremo; con ello creo cumplir la recomendación de Nunzia 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 matrimonio, 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 disidente 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 y respeto que se deben mutuamente los cónyuges. También me cabe la duda si no está subyacente el adulterio en «la integridad moral» del art. 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, 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 1978¹²², 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 quedando expuesto el homicida a la simple pena de destierro. En este

¹²⁰) Ulp. (2 *adult.*) D 48.5.14, y Pap. (*l.s. adult.*) D. 48.5.12.7-13.

¹²¹) RESINA, *Legitimación activa de la mujer*, cit., p. 46.

¹²²) 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 pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra».

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». Es cierto que la exigencia del yacimiento excluye cualquier otras situaciones amorosas 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», y en sentencia de 6 de marzo de 1928 si «los adúlteros eran sorprendidos en actitud que hizo deducir que se hallaban en los actos preliminares de la cópula carnal», o en 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 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 mujeres¹²³.

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 desarrolla el mismo trabajo. Ciertamente que las mujeres en Roma no constituían un *ordo* aparte pues participaban de la condición social de sus padres o maridos, aunque textos de Valerius Maximus podrían llevar a entender que las mujeres casadas de la alta sociedad constituían un especial *ordo matronarum*¹²⁴. 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 *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 *tutio mulierum* por el ordenamiento. Es cierto que a finales de la República formal, jurídica y políticamente sufría una gran discriminación respecto a los hombres, pero también hay que destacar que las mujeres jugaron

¹²³) TORRENT, *Diritto penale matrimoniale*, cit., p. 130.

¹²⁴) Val. Max., *mem.* 5.2.1 (*in quarum honorem senatus matronarum ordinem benignissimis decretis adornavit ...*) y 8.3.3 (*cum ordo matronarum gravi tributo a triumviris esset oneratus nec quisquam virorum patrocinium eis accommodare auderet, causam feminarum apud triumviro*).

un papel relevante por su influencia directa e indirecta¹²⁵ sobre los grandes protagonistas de los convulsos acontecimientos políticos de la época¹²⁶. 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*.

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*¹²⁷, lo que evidencia una consideración de la mujer desde un punto de vista negativo¹²⁸ como autora de conductas reprobables, que si en los primeros tiempos eran reprimidas 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 severianos¹²⁹ como muestran numerosos textos de D. 48.5, las *Pauli Sententiae* y la *Collatio*. Un aspecto negativo en la consideración de la mujer que está recibiendo gran atención en nuestros días es lo atinente a su capacidad patrimonial¹³⁰, destacando la recentísima romanística su sumisión al poder de los hombres¹³¹, su incapacidad para realizar negocios jurídicos, y los tortuosos aspectos de su legitimación procesal¹³². 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 siglo XX, porque tampoco han hecho nada por esta igualdad los cuatro grandes credos monoteístas (budismo, hebraísmo, cristianismo, islamismo; acaso habría que destacar que todos han nacido en Oriente) a lo largo de la historia¹³³, aunque la intensidad de la sujeción de la mujer al hombre no es la misma en cada una de estas religiones.

Una manifestación de la posición inferior de la mujer puede comprobarse en la *lex Iulia de adulteriis coërcendis* del 18 a.C. que instituyó una *quaestio* específica que incluía 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*¹³⁴ era la conducta reprobable 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 mujer¹³⁵; en cualquier caso la *lex Iulia* prescribía la pena de la *relegatio*, la confiscación de la mitad de la dote y un tercio de los bienes parafernales¹³⁶ y en todo caso vetando a la adúltera contraer nuevo matrimonio con un *ingenuus* una vez di-

¹²⁵ Cfr. CASTÁN, *Las luchas políticas*, cit.

¹²⁶ Cfr. CASTÁN, *El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último siglo de la República*, en «Revista Internacional de Derecho Romano», VII, 2011, p. 167 ss.

¹²⁷ Cfr. S. TREGGIARI, *Terentia, Tullia und Publilia. The women of Cicero's family*, Routledge, 2007, p. 6.

¹²⁸ Cfr. R. ASTOLFI, *Femina probosa, concubina, mater solitaria*, en «SDHI.», XXXI, 1963, p. 15 ss.

¹²⁹ Cfr. G. CERVENCA, *Appunti sui «libri singulares de adulteriis» di Papiniano e di Paolo*, en «Studi E. Volterra», I, Milano, 1972, p. 395 ss.

¹³⁰ Quizá más teórica que efectiva, como demuestra el S.C. Vellejano del 46 d.C.: cfr. TORRENT, 'Vestales', cit., p. 1166.

¹³¹ CANTARELLA, *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Roma, 1987, p. 13.

¹³² Cfr. M. E. ORTUÑO, *Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la lex Voconia*, en «Mulier. Algunas historias e instituciones de derecho romana» (cur. R. RODRIGUE LOPEZ, M. J. BRAVO BOSCH), Madrid, 2014, p. 451 ss.

¹³³ Cfr. E. WESTERMARCK, *The origin and development of the moral ideas?*, I, London, 1906, p. 659.

¹³⁴ TORRENT, 'Adulterium', en «Diccionario de derecho romano», cit., p. 97. Adde D. DAUBE, *D. 19.1.46 and adultery*, en «Mélanges Ph. Meylan», I, Lausanne, 1963, p. 65 ss.

¹³⁵ Cfr. M.A. DE DOMINICIS, *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare «costante matrimonio» la moglie adúltera*, en «SDHI.», XVI, 1950, p. 221 ss., aparte de las obras cit. de Rizzelli y Panero Oria.

¹³⁶ *Paul. Sent. 2.26.14: 'Adulterii convictus mulieres dimidia pars dotis et tertia pars bonorum ac relegatione in insulam placuit coërceri; adulteris vero viris pars in insulam relegatione dimidia bonorum partem auferri, dummodo in diversas insulas relegantur'.*

suelto su anterior matrimonio, que aunque como tal *impedimentum criminis* aparece en *Nov.* 134.12 la doctrina discute si se trata del punto final de la evolución de la *lex Iulia de adulteriis coercendis*¹³⁷; el *incestum*: unión sexual entre parientes y *adfines* siendo nulo su matrimonio¹³⁸; el *stuprum*¹³⁹, 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 esta 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 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, y no olvidemos lo que decía Cic. *de rep.* 1,43,67 al recordar la afirmación de Platón¹⁴⁰ que la igualdad de derechos entre hombre y mujer constituía una anarquía, idea que en nuestros días es totalmente inaceptable.

¹³⁷) Cfr. con literatura y fuentes VITALI, *Premesse*, cit., p. 275 ss.

¹³⁸) Cfr. TORRENT, '*Incestum*', en «Diccionario de derecho romano», cit., p. 450.

¹³⁹) TORRENT, '*Stuprum*', en «Diccionario de derecho romano», cit., p. 1266 s.

¹⁴⁰) Cfr. G. SICARI RUFFO, *Il voto alle donne. La lunga lotta per il suffragio femminile tra Ottocento e Novecento*, Roma, 2009, p. 15 ss.