

# Acuerdos matrimoniales e infidelidad. Ayer y hoy

Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ  
Profesora Titular de Derecho romano  
Universidad de Oviedo  
ORCID ID: 0000-0003-3407-2363

María José AZAUSTRE FERNÁNDEZ  
Prof. Ayudante Doctor de Derecho romano  
Universidad de Oviedo  
ORCID ID: 0000-0001-8059-2015

**Sumario.** I. Introducción. II. Pactos matrimoniales y consecuencias jurídicas de su incumplimiento en el Egipto grecorromano. 1. Época ptolemaica y altoimperial romana. 1.1. Papiros de la chora. 1.2. Papiros de Alejandría. 1.3. Obligaciones de los cónyuges. 1.4. Consecuencias de la vulneración de las cláusulas pactadas. 1.5. Prueba del incumplimiento. 1.6. Procedimiento para exigir las sanciones. 1.7 Finalidad de la cláusula de infidelidad. 2. Época bizantina. 2.1. Finalidad del documento. 2.2. Obligaciones personales y patrimoniales. 2.3. Sanción establecida como consecuencia de la infracción de los deberes asumidos. 2.4. Características del documento. III. La *stipulatio poena* por infidelidad en la jurisprudencia romana. 1. Matrimonio y concubinato en Roma. 2. La *stipulatio poena*. IV. Derecho civil español. 1. La indemnización de los daños morales por infidelidad en España. 2. Pactos indemnizatorios por infidelidad. 2.1. *Status quaestionis*. 2.2. Problemas que plantean. V. Derecho norteamericano. VI. Conclusiones.

## I. Introducción<sup>1</sup>

Según la prensa rosa, Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones habrían firmado un acuerdo prenupcial en virtud del cual Catherine recibiría 2,8 millones de dólares por año de matrimonio y una suma adicional de 5 millones en caso de infidelidad de Michael Douglas. De manera similar, el acuerdo prematrimonial entre Justin Timberlake y Jessica Biel contenía una cláusula de infidelidad por la que se abonarían 500.000 dólares en caso de ser engañada por Justin. Aparentemente, el contrato prematrimonial entre Charlie Sheen y Denise Richards contenía una penalización por infidelidad de 4 millones de dólares y el de Sandra Bullock y Jesse James establecía que, en caso de divorcio motivado por la infidelidad del esposo, Sandra no tendría que abonarle ninguna cantidad.

En algunos contratos matrimoniales islámicos se incluye una cláusula de monogamia –o cláusula de *non remariage*– por la que el marido se compromete a no contraer otro

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado dentro del Proyecto de investigación “Los principios del Derecho Romano en el Derecho europeo del siglo XXI”- *Programa Logos Fundación BBVA de Ayudas a la Investigación en el Área de Estudios Clásicos* por ambas coautoras, si bien los apartados I, II.1 y V, dedicados respectivamente a la introducción (I), pactos matrimoniales y consecuencias de su incumplimiento en el Egipto grecorromano, en la época ptolemaica y altoimperial romana (II.1 en su totalidad) y al Derecho norteamericano (V) han sido trabajados por Azaustre Fernández, y los apartados II.2, III y IV, dedicados respectivamente a la época bizantina (II.2), a la *stipulatio poena* por infidelidad en la jurisprudencia romana (III) y al Derecho civil español (IV) han sido trabajados por López-Rendo Rodríguez, elaborándose de forma conjunta las conclusiones(VI).

matrimonio<sup>2</sup>, y que aparece expresamente reconocida en algunos países, como Marruecos<sup>3</sup> o Jordania<sup>4</sup>. Algo parecido sucede en algunas *ketubah* de los judíos ortodoxos, cuyas creencias todavía permiten la poligamia.

Aunque la inclusión de este tipo de cláusulas en los pactos matrimoniales parece algo relativamente reciente, se hace necesario investigar los posibles antecedentes históricos de estas previsiones contractuales que, de alguna manera, sancionan la infidelidad matrimonial, su validez en los respectivos ordenamientos, así como la finalidad a la que servían.

Se ha señalado que los pactos prematrimoniales en E.E.U.U., donde tienen gran repercusión mediática, hunden sus raíces en algunos acuerdos que se producían en las familias adineradas inglesas a partir del siglo XVI con el fin de proteger el patrimonio de la mujer, permitiéndole conservar y gestionar la titularidad de sus bienes, como vía para compensar el diferente trato que la ley brindaba a hombres y a mujeres en aquella época<sup>5</sup>.

Sin embargo, es necesario remontarse en la historia al siglo IV a.C. para rastrear el origen de pactos similares a los descritos, quizá con esa misma finalidad de compensar ese diferente trato legal a los cónyuges, apareciendo documentos que recogen previsiones parecidas a las que hoy aparecen en los acuerdos nupciales de las estrellas de Hollywood estableciendo indemnizaciones por infidelidad.

---

<sup>2</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, p. 160; COLAO MARÍN, F.J., *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho civil español*, 2017 (<http://repositorio.ucam.edu/handle/10952/2495>) p. 42; ALDEEB, S.-BONOMI, A., *Le droit musulmán de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Shculthess Polygraphisecher Verlag, Zürich, 1999, p. 97; ACUÑA, S., DOMÍNGUEZ, R., LORENZO, P. y MONTILLA, A., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, p. 156; AZCARRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 286.

<sup>3</sup>Art. 40 del Código de Familia de Marruecos “Estará prohibida la poligamia si cabe temer una injusticia hacia las esposas. Asimismo, quedará prohibida en el caso de existir una condición por parte de la esposa en virtud de la cual el marido se compromete a no contraer otro matrimonio más” (<https://web.archive.org/web/20130228134303/http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/CodFamiliaMarruecos.pdf>; trad. Abderrahim Abkari Azouz).

<sup>4</sup> Art. 37.a) de la L. 36 de 26 de septiembre de 2010: “Si la esposa estipula para su esposo una cláusula cuya realización tenga para ella un interés no prohibido legalmente ni afecte al derecho de otra persona, tal como que le exija que no le haga abandonar su ciudad, que no se case con otra, que le permita vivir en una ciudad determinada, que no le prohíba trabajar fuera de la casa o que tenga el poder divorciarse, la cláusula será válida” (RUIZ-ALMODÓVAR, C. “El nuevo código jordano de estatuto personal” *MEAH, SECCIÓN ÁRABE-ISLAM*, 61, 2012, p. 179).

<sup>5</sup> ANTÓN JUÁREZ, I., “Acuerdos prematrimoniales: ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 7-1, pp. 7-8. Sobre los orígenes del modelo estadounidense vid. ANGUITA VILLANUEVA, L. A. “Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 278 ss. Apunta este autor a los *ketubha* del judaísmo como antecedentes de los acuerdos prenupciales, señalando como primer *ketubah* conocido el que aparece en el Papiro de Elefantina del siglo IV a.C.

## II. Acuerdos matrimoniales y consecuencias jurídicas en el Egipto greco-romano

El matrimonio griego en época homérica se concluía mediante el pago del precio por la adquisición de la mujer –esto es, a través de la compra–<sup>6</sup>.

En la época clásica se contraía matrimonio a través de la *engye* o acuerdo entre el *kyrios* de la novia (su padre o pariente masculino más próximo) y el novio, que implicaba la entrega de la novia o *ekdosis* –ἐκδοσις<sup>7</sup>–; la *engye* aseguraba la legitimidad de los hijos de esta unión. El padre solía aportar una dote, aunque no era un elemento esencial del matrimonio<sup>8</sup>.

Durante el periodo ptolemáico, coexistían en Egipto varias formas de contraer matrimonio. Para los egipcios, el matrimonio se basaba en un acuerdo no escrito, siendo necesaria, probablemente, también la consumación.

Los contratos de alimentos –συγγραφαί τροφίτιδες– *sygraphé trofitides* de los que se tiene constancia se efectuaban entre personas ya casadas<sup>9</sup>.

Según Edgerton<sup>10</sup> el matrimonio egipcio no exigía un documento escrito y continuaba mientras se mantenía el mutuo consentimiento, pudiendo cada una de las partes disolverlo a su voluntad, sin existir pruebas de que la ley estableciera pena alguna para el caso de divorcio<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> WOLFF, H. J., *Written and unwritten marriages in helenistic and postclassical Roman Law*, American Philological Association, Haverford, 1939, p. 74; BISCARDI, A., *Diritto greco antico*, Giuffé, Milano, 1982, p. 97, n. 46; MODRZEJEWSKY, J., “La structure juridique du mariage grec”, *Statut personnel et liens de famille dans les droits de l’Antiquité*, Aldershot, 1993, p. V-46 matiza el significado de este “matrimonio por compra”, considerando que ambas instituciones -matrimonio y compraventa- podrían haber seguido un modelo común con algunos rasgos similares, lo que habría llevado a los autores antiguos y modernos a confundir ambos fenómenos. ARISTÓTELES, *Polit.*, II, 1268 b manifiesta que “las leyes antiguas son demasiado simples y bárbaras: los griegos (...) se compraban las mujeres unos a otros” (trad. García Valdés, Gredos, Madrid, 1988) Prescinde de otras posibles modalidades más antiguas de matrimonio como el rapto, COLLIGNON, M. “Matrimonium. Grèce”, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. 3-II, dir. Daremberg-Saglio, Paris, 1904, p.1.640 y BISCARDI, *op. cit.*, p. 96. Cfr. BEAUCHET, L., *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, I, Rodopi, Amsterdam, 1969, p. 112 ss.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C. “Marriage. Greece and Rome” *Enciclopedia of Ancient History* (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781444338386.wbeah22187?deniedAccessCustomisedMessage=&userIsAuthenticated=false>); BISCARDI, *op. cit.*, p. 98; MAFFI, A., “Family and property Law”, en *The Oxford Companion to Ancient Greek Law*, Gagarin-Cohen ed., Cambridge University Press, 2005, p. 254. Otra forma de matrimonio era la *epidikasia* –ἐπιδικασία–, procedimiento ante un magistrado o tribunal cuyo fin es reivindicar como esposa la mujer que se encuentre en ciertas situaciones especiales (BEAUCHET, *op. cit.*, pp. 154 ss.)

<sup>8</sup> SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *loc. ult. cit.*

<sup>9</sup> Cfr. TAUBENSCHLAG, R. *The law of Greco-roman Egypt in the light of the papyri. 332 B.C.-640 A.D.*, Cisalpino-Goliardica, 2<sup>nd</sup> ed., Milano, 1972, p. 110; MITTEIS, L., *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreich*, Leipzig, Teubner Verlag, 1891, pp. 57-58 y EDGERTON, W.F. “Notes on Egyptian Marriage, chiefly in the Ptolemaic Period”, *Studies in Ancient Orient Civilization*, vol. I, 1, 1931, pp. 5 y 25.

<sup>10</sup> EDGERTON, *op. cit.*, p. 25.

<sup>11</sup> Algunos autores llegaron a hablar de la existencia de matrimonios a prueba -*Probehe*-: los contrayentes vivirían como marido y mujer, pero con la condición de que dicha convivencia pudiera ser cancelada a voluntad

En principio, los griegos en territorio egipcio contraían matrimonio a través de la *ekdosis* –ἔκδοσις<sup>12</sup>–; los documentos que la reflejaban se les denominaba *syngraphe synoikesiou* –συγγραφή σινουικεσίου–.

Con el tiempo, los griegos fueron adoptando la forma egipcia del matrimonio, haciendo constar las cuestiones financieras en un documento denominado *syngraphe homologias* –συγγραφή ὁμολογίας– u *homologia gamos* –ὁμολογία γάμος–<sup>13</sup>.

Posteriormente a estos *syngrafé* que documentaban la dote se les empezaron a añadir cláusulas relativas al comportamiento de los esposos dentro del matrimonio –*good conduct clauses*–. A juicio de Wolff<sup>14</sup>, la inclusión de previsiones sobre la conducta de los esposos en el *syngraphe homologias* se habría producido, como muy tarde, en el siglo II a.C. La explicación jurídica de esta evolución la encuentra en la sustitución de la entrega de la novia por la unión de hecho, debido al debilitamiento de la organización familiar griega y la idea de potestad doméstica, cuando dejan de estar protegidos por la organización de la *polis* que se basaba en ellos.

En ambos tipos de contratos, *syngraphe synoikesiou* y *syngraphe homologias*, se prevén consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de las conductas pactadas por los cónyuges.

En la época romana las fuentes distinguen entre *ágrafos* –ἄγραφος– y *éggrafos gamos* –ἐγγραφος γάμος–. El primero se contraería por simple cohabitación, siendo la consecuencia principal que los hijos de esta unión no podrían otorgar testamento en vida del padre<sup>15</sup>. El segundo sería el matrimonio en el que la mujer es entregada al marido –*ekdosis*– lo que se hace constar documentalmente<sup>16</sup>.

## 1. Época ptolemaica y altoimperial romana

---

y sin pena alguna. Normalmente el periodo de prueba sería de un año, aunque se han puesto como ejemplo otros contratos con un plazo distinto. Se ha propuesto que la finalidad de estas hipotéticas uniones sería la de que la pareja, antes de comprometerse definitivamente, se convenciera de la posibilidad de un matrimonio exitoso, especialmente a la vista de la fertilidad de la esposa. Vid. SPIEGELBERG, W., “Ein Vertrag über eine Probehe”, *Zeitschrift für Ägyptische Sprache und Altertumskunde*, 46, 1909-10, pp. 112 ss.; DE RUGGIERO, R., “Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio nell’Egitto greco-romano”, *BIDR*, 14, 1908, pp. 180 ss.; EDGERTON, *op. cit.*, p. 6 ss.; MAFFOI, *op. cit.*, p. 104 ss.; BELL, *op. cit.*, p. 139; MITTEIS-WILCKEN *Grundzüge*, II, Georg Olms Hildesheim, 1963, pp. 200 ss.

<sup>12</sup> TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 114, apunta la posibilidad de que durante algún tiempo los griegos también pudieran contraer matrimonio a través de la *engye* en Egipto. En contra, MODRZEJEWSKI, J.M. “La structure juridique du mariage grec”, *Statut personnel et liens de famille dans les droit del’Antiquité*, Variorum, Aldershot, 1993, p. V-53 observa que no hay ninguna traza de *engye* en los documentos griegos de Egipto.

<sup>13</sup> TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 113.

<sup>14</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 5; MODRZEJEWSKY, *op. cit.* p. V-56.

<sup>15</sup> ARIAS BONET, *op. cit.*, p. 10. Para TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 113 ss., los *ágrafos* y *éggrafos gamos* de la época romana muestran el mismo dualismo que en el periodo ptolemaico existía entre el matrimonio egipcio por simple consentimiento y cohabitación y el *syngraphe synoikesiou* griego.

<sup>16</sup> Se trata, no obstante, de un tema muy discutido. Sobre la cuestión *vid.* WOLFF, *op. cit.*

En el presente apartado, se incorporan los documentos de cada grupo que aparecen mejor conservados, describiendo sus características esenciales. Para valorar adecuadamente estos contratos hay que tener en cuenta que, según el pensamiento griego, el matrimonio no vincula sexualmente al hombre, que puede mantener relaciones lícitas con quien desee, a excepción de mujeres casadas y doncellas sujetas a la potestad paterna, porque dependen de un poder de otro cuya lesión calificaría de ilícito el hecho<sup>17</sup>.

A partir del siglo IV a.C. el matrimonio empieza a adquirir valor moral para los filósofos y escritores, implicando amor y la fidelidad recíproca, pero solo desde un punto de vista ético, no jurídico<sup>18</sup>.

### 1.1. Papiros de la chora<sup>19</sup>

#### A) Acuerdo matrimonial entre Heráclides y Demetria (310 a.C.)<sup>20</sup>.

También conocido como Papiro de Elefantina I, fue descubierto en 1906, siendo el primer documento en papiro conocido en idioma griego<sup>21</sup>. Se trata de un documento privado, de los denominados “documentos de seis testigos” que las partes califican de *syngraphe synoikisias*<sup>22</sup>:

Ἀλεξάνδρου τοῦ Ἀλεξάνδρου βασιλεύοντος ἔτει  
ἑβδόμῳ, Πτολεμαίου σατραπεύοντος ἔτει τεσσαρε-  
|σκαδεκάτῳ μηνὸς Δίου. συγγραφὴ συνοικισίας  
Ἡρακλείδου καὶ Δημητρίας λαμβάνει Ἡρακλείδης |  
Δημητρίαν Κώϊαν γυναῖκα γνησίαν παρὰ τοῦ πατρὸς  
Λεπτίνου Κώϊου καὶ τῆς μητρὸς Φιλωτίδος  
ἐλεύθερος | ἐλευθέραν προσφερομένην ἱματισμὸν  
καὶ κόσμον (δραχμῶν) Α, παρεχέτω δὲ Ἡρακλείδης  
Δημητρίαι | ὅσα προσήκει γυναικι ἐλευθέραι πάντα,

En el séptimo año del reinado de Alejandro, hijo de Alejandro, el decimocuarto año de la satrapía de Ptolomeo. El mes Dios<sup>23</sup>. Contrato de matrimonio de Heráclides y Demetria. Heráclides toma como legítima esposa a Demetria de Cos, de su padre Leptines de Cos y su madre Filotis. Él es libre; ella es libre. Ella aporta al matrimonio trajes y ornamento valorados en 1.000 dracmas. Heráclides proveerá a Demetria de todo lo que es apropiado para una

<sup>17</sup> BOTTA, F., “Ecl. 17.21: Alle origini dell’obbligo giuridico di fedeltà reciproca tra coniugi”, en *Studi per Giovanni Nicossia*, II, Giuffrè ed., Milano, 2007, pp. 69 y 70.

<sup>18</sup> BOTTA, *op. cit.*, p. 70.

<sup>19</sup> Con este nombre se hace referencia a los habitantes del campo egipcio, por oposición a los de las ciudades. Cfr. *Thesaurus Linguae Graeca*, s.v. “χώρα” (entrada 118205).

<sup>20</sup>P. Eleph. I La versión castellana aquí transcrita es la efectuada por VIAL DUMAS, M., *Derecho, muerte y matrimonio: la familia matrimonial en el mediterráneo cristiano, desde la antigüedad al final de la Edad Media*, 2012, disponible en <http://hdl.handle.net/10803/403848>, p. 105.

<sup>21</sup> VÉRHILHAC, A.M.-VIAL, C., *Le mariage grec. Du VI siècle av. J.-C. à l’époque d’Auguste*, École française d’Athènes, Athènes, 1998, p. 16, afirman que, si bien es probable que los griegos hubieran comenzado a redactar contratos matrimoniales después de la conquista de Egipto por Alejandro, lo habrían hecho en materiales perecederos, lo que explicaría que los primeros documentos matrimoniales griegos que han llegado hasta nosotros se hayan redactado sobre papiro; en igual sentido, MILLIGAN, G. *Selections from the Greek Papyrus*, Cambridge University Press, 1912, p. 1. Sobre este documento *vid.* RUBENSOHN, O., *Elephantine-Papyri*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1907, p. 20 ss.; MEYER, P.M. *Juristische Papyri. Erklärung von Urkunden zur Einführung in die Juristische Papyruskunde*, Aris Publishers inc. Chicago, 1986 (reimp. de la de Berlín de 1920), MODRZEJEWSKY, *op. cit.* p. V-53 ss.; pp. 43 ss. y ROLAWDSON, J., *Women & society in Greek & Roman Egypt. A Sourcebook*, Cambridge University Press, 1998, p. 165-166.

<sup>22</sup> TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 113, considera lo *syngraphe synoikisias* como un producto típico del notariado griego cuya principal característica parece ser la entrega de la novia.

<sup>23</sup> Genitivo singular de Ζεὺς.

εἶναι δὲ ἡμᾶς κατα τὸ αὐτὸ ὅπου ἂν δοκῆι ἄριστον εἶναι βουλευομένοις κοινή | βουλῆι Λεπτίνῃ καὶ Ἡρακλείδῃ. εἴαν δὲ τι κακοτεχοῦσα ἀλίσκεται [[ἀλίσκεται]] ἐπὶ αἰσχύνῃ τοῦ ἀνδρὸς Ἡρακλείδου Δημητρία, | στερέσθω ὧν προσηνέγκατο πάντων. ἐπιδειξάτω δὲ Ἡρακλείδης ὅτι ἂν ἐγκαλῆ Δημητρία ἐναντίον ἀνδρῶν τριῶν, | οὓς ἂν δοκιμάζωσιν ἀμφοτέροι. μὴ ἐξέστω δὲ Ἡρακλείδῃ γυναῖκα ἄλλην ἐπεισάγεσθαι ἐφ' ὕβρει δημητρίας μηδὲ | τεκνοποιεῖσθαι ἐξ ἄλλης γυναικὸς μηδὲ κακοτεχνεῖν μηδὲν παρευρέσει μηδεμιᾷ Ἡρακλείδῃ εἰς Δημητρίαν· | εἴαν δὲ τι ποιῶν τούτων ἀλίσκεται Ἡρακλείδης καὶ ἐπιδείξει Δημητρία ἐναντίον ἀνδρῶν τριῶν, | οὓς ἂν δοκιμάζωσιν | ἀμφοτέροι, ἀποδότω Ἡρακλείδῃ Δημητρία τὴν φερνὴν ἣν προσηνέγκατο (δραχμῶν) Α, καὶ προσαποτεισάτω ἀργυρί-|ου Ἀλεξανδρείου (δραχμᾶς) Α. ἢ δὲ πρᾶξις ἔστω καθάπερ ἐκ δίκης κατὰ νόμον τέλος ἐχούσης Δημητρία καὶ τοῖς μετὰ | Δημητρίας πράσσουσιν ἕκ τε αὐτοῦ Ἡρακλείδου καὶ τῶν Ἡρακλείδου πάντων καὶ ἐγγαίων καὶ ναυτικῶν. ἢ δὲ συγγραφὴ | ἣδε κυρία ἔστω πάντῃ πάντως ὡς ἐκεῖ τοῦ συναλλάγματος γεγενημένου, ὅπου ἂν ἐπεγφέρῃ Ἡρακλείδης κατὰ | Δημητρίας ἢ Δημητρία τε καὶ μετὰ Δημητρίας πράσσοντες ἐπεγφέρωσιν κατὰ Ἡρακλείδου. κύριοι δὲ ἔσθωσαν Ἡρακλεί-|δης καὶ Δημητρία καὶ τὰς συγγραφὰς αὐτοὶ τὰς αὐτῶν φυλάσσοντες καὶ ἐπεγφέροντες κατ' ἀλλήλων. μάρτυρες | Κλέων Γελῶιος, Ἀντικράτης Τημνίτης, Λῦσις Τημνίτης, Διονύσιος Τημνίτης, Ἀριστόμαχος Κυρηναῖος, Ἀριστόδικος | Κῶιος. |

esposa nacida libre. Vivirán juntos en cualquier lugar que les parezca bien a Leptines y a Heráclides, decidiendo conjuntamente. Si Demetria es cogida en maquinaciones fraudulentas en perjuicio de su marido, perderá todo lo que aportó al matrimonio. Pero Heráclides tendrá que probar cualquier cargo contra Demetria ante tres hombres cuya elección ha de ser aprobada por ambos. No será lícito por parte de Heráclides el traer a su casa otra mujer de manera que ello pueda infligir una ofensa a Demetria, ni el tener hijos con otra mujer, ni el efectuar maquinaciones fraudulentas contra Demetria. Si Heráclides es sorprendido haciendo algunas de estas cosas, y Demetria puede aportar pruebas ante tres hombres aprobados por ambos, Heráclides deberá devolver a Demetria la dote de 1.000 dracmas que ella aportó y también una multa de 1.000 dracmas en monedas de plata (Ptolomeo con un retrato de la cabeza de) Alejandro. Demetria, y aquellos que la hayan ayudado, tendrán derecho a exigir estos pagos de Heráclides, tanto de sus propiedades en la tierra como en el mar, cual si de una sentencia legal se tratara. Este contrato será válido en todos sus aspectos, donde quiera que Heráclides pueda exhibirlo contra Demetria, o Demetria y los que la ayuden para exigir los pagos lo hagan contra Heráclides, como si el acuerdo hubiera sido hecho en aquel lugar. Y que Heráclides y Demetria tengan cada uno el mismo derecho a preservar cada uno, y traer cargos uno contra otro. Son testigos Cleon de Gela, Antícrates de Temnos, Lysis de Temnos, Dionisio de Temnos, Aristomaco de Cirene y Aristodico de Cos.

El primer dato destacado por la doctrina<sup>24</sup> es su carácter decididamente griego, que se manifiesta tanto por la nacionalidad de las partes –el novio procede de una ciudad de Asia Menor, Temnos, y la novia de la isla de Cos–; por la importancia del papel que asume el padre en el contrato y por el contenido del mismo, en el que se ha constatado la ausencia de influencia egipcia.

Sin embargo, se afirma igualmente la existencia de algunas novedades confrontándolo con el Derecho matrimonial griego de la época clásica, entre las que se encuentra el hecho de que la novia no sea “confiada” al novio por sus padres, así como la participación de la madre en la *ekdosis*<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> MILLIGAN, *op. cit.*, p. 1; ROLAWDSON, *op. cit.*, p. 165, quien subraya que corroboraría la necesidad de asistencia masculina para la mujer la frase “aquellos que ayudan a Demetria” al referirse a los problemas que puedan surgir.

<sup>25</sup> MODRZEJEWSKY, *op. cit.*, p. V.5.

Aparte de algunas particularidades de este documento que se destacarán al estudiar los deberes de las partes y las consecuencias de su incumplimiento, han de señalarse las siguientes:

- 1) Como afirman Verhilac y Vial, la entrega está contemplada desde el punto de vista del que recibe la mujer (Heráclides), que la toma –λαμβάνει– de su padre, Leptines de Cos, y de su madre, Filotis. Por tanto, la *ekdosis* la realizan los padres conjuntamente, lo que motiva la discusión sobre el papel jurídico de la madre<sup>26</sup>.
- 2) Es significativo que se refleje la aportación al matrimonio en este acto, por Demetria personalmente, de trajes y ornamentos valorados en 1.000 dracmas<sup>27</sup>; así como la obligación que asume Heráclides de proveer a Demetria “de todo lo que es apropiado para una esposa nacida libre”.
- 3) En el documento se refleja la obligación de vivir juntos, si bien el lugar donde establezcan su domicilio han de decidirlo conjuntamente el esposo –Heráclides– y el padre de Demetria –Leptines–.
- 4) Un dato importante que separa este contrato de la *ekdosis* ática es que no contiene menciones sobre la legitimidad de los futuros hijos<sup>28</sup>.
- 5) El hecho de que el documento se entienda aplicable y ejecutable sin limitación territorial alguna<sup>29</sup>. El principio de personalidad prima aquí sobre la territorialidad.
- 6) La cláusula por la que se permite tener un ejemplar del contrato a cada cónyuge<sup>30</sup>. Es destacable, en este sentido, la reciprocidad entre ambas partes.
- 7) Contiene la cláusula *καθάπερ ἐκ δίκης* que otorga fuerza ejecutiva directa al documento sin necesidad de ningún procedimiento judicial.
- 8) Responsabilidad universal de las propiedades de Heráclides a la que se refiere con las propiedades que tuviera en la tierra y en el mar.

---

<sup>26</sup> VÉRHILAC-VIAL, *op. cit.*, p. 260. Respecto al papel de la madre en la entrega, afirman que no es posible determinar si está actuando como representante legal o si, por el contrario, no desempeña ningún papel jurídico.

<sup>27</sup> HÄGE, G. *Ehegüterrechtliche Verhältnisse in den griechischen Papyri ägyptens bis Diokletian*, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1968, p. 26. ROWLANDSON, *cit.*, p. 165, observa que el importe de la dote es bastante elevado, equivalente a varios años de renta anual, lo que revelaría que nos encontramos ante personas adineradas. El término “aroura” designaba una medida de tierra en el Antiguo Egipto similar al acre, que suponía un área cuadrada de 100 codos egipcios de lado, aproximadamente 2700 m<sup>2</sup> o 2/3 de acre.

<sup>28</sup> VÉRHILAC-VIAL, *op. cit.*, p. 261 encuentran la explicación en el hecho de que se trata del matrimonio de dos emigrados, procedentes de Temnos y Cos, respectivamente, cuyo matrimonio infringía las leyes de su país de origen –en Temnos, Heráclides no habría podido considerar a Demetria su esposa ni la descendencia tenida con esta como legítimas, pues ella no tenía su misma ciudadanía-. Este matrimonio se declaraba legítimo, por lo que, aunque nada se dijera, resultaba evidente que los hijos serían censados como legítimos. MODRZEJEWSKY, *op. cit.*, p. V. 55 explica que el contrato toma el relevo de las declaraciones públicas como la *engyé* ateniense, asegurando la cualidad de esposa legítima, concluyendo que, a falta de ley escrita, la costumbre matrimonial helenística protegerá ante la sociedad, y si hace falta, ante los tribunales, la legitimidad de la esposa e hijos.

<sup>29</sup> MEYER, *op. cit.*, p. 34. Lo atribuye a la falta de un domicilio fijo.

<sup>30</sup> VÉRHILAC-VIAL, *op. cit.*, p. 22.

B) *Acuerdo matrimonial entre Antaios y Olympias –P. Gis. I.2–. (173 a.C.)*<sup>31</sup>.

También se trata de un contrato privado realizado con seis testigos.

ἔ[τους] ὀγδόο[υ] ἐφ' ἱερέως Ἡρακλεοδώρου τοῦ  
 Ἀπολλοφάνου Ἀλεξάν[ρ]ου καὶ θεῶν | Σ[ωτ]ήρων  
 καὶ θεῶν Ἀδελφῶν καὶ θεῶν Εὐεργετῶν καὶ θεῶν  
 Φιλοπ[α]τόρων καὶ | θεῶ[ν] Ἐπιφανῶν καὶ θεῶν  
 Φιλομητόρων, ἀθλοφόρου Βερενίκης Εὐεργέτιδος  
 Σαρα-|πιάδος τῆς Ἀπολλωνίου, κληφόρου  
 Ἀρσινόης Φιλαδέλφου Ἀριστοκλείας τῆς |  
 Δη[μ]ητρίου, ἱερείας Ἀρσινόης Φιλοπάτορος  
 Εἰρήνης τῆς Πτολεμαίου, μηνός | Περ[ι]τίου  
 ἑπτακαιδεκάτη Μεσορῆ ἑπτακαιδεκάτη ἐν  
 Κρ[ο]κοδίων πόλει | τοῦ Ἀρσινόιτου νομοῦ.  
 ἀγαθῆι τύχηι. ἐξέδοτο ἑαυτὴν Ὀλυ[μ]πιάς Διονυσίου  
 | Μα[κ]ρέτα μετὰ κυρίου τοῦ ἑαυτῆς πατρὸς  
 Διονυσίου Μακεδόνοσ τῆς δευτέ-|ρας ἱπαρχίας  
 ἑκατονταροῦρου Ἀνταῖοι Ἀθηναῖοι τῶν Κινέου τῆς  
 δευ-|τέρ[α]ς ἱπαρχίας ἑκατοντ[α]ροῦροι [εἶναι]  
 γυναῖκα γαμετὴν φερνήν | π[ρ]οσφερομένην εἰς  
 χαλκοῦ λόγον τάλαντα ἐνεήκοντα πέντε | καὶ  
 παιδίσκην δο[ύ]λην(?) αὐτῆς ἢ ὄνομα Στολὶς καὶ  
 τὸ ταύτης παιδίον ὑπο-|τίθειον ἢ ὄνομα  
 Α[- ca. 9 - χαλκοῦ τάλαντοις πέντε ὥστ' εἶναι τὰ  
 πάν-|τα χαλκοῦ τάλαν [τα ἑκατόν]. ἔστω [δὲ  
 Ὀλ]υμπιάς παρὰ Ἀνταῖοι πειθαρχοῦσα αὐτοῦ ὡς  
 προσήκον ἐστὶν γυναῖκα ἀνδρὶ κυριεύουσα μετ'  
 αὐτοῦ | κοινῆι τῶν ὑπαρχόντων, τὰ δὲ δέοντα καὶ τὰ  
 ἔπιπλα καὶ τὸν ἱματισμὸν | καὶ τὰ ἄλλα ὅσα  
 προσήκει γυναῖκι γαμετῆι παρεχέτω Ἀνταῖος  
 Ὀλυμπιάδι | ἐνδημῶν καὶ ἀποδημῶν κατὰ δύναμιν  
 τῶν ὑπαρχόντων καὶ μὴ ἐξέστω | αὐτῶι γυναῖκα  
 ἄλλην ἐπεισάγεσθαι ἐπ' Ὀλυμπιάδα μηδὲ  
 παλλακὴν μη-|δὲ παιδικὸν ἔχειν [μηδὲ  
 τεκνοποιεῖσθαι ἐξ ἄλλης γυναικὸς ζώσης Ὀλυμ-  
 |πιάδος μηδ' ἄλλ[η]ν οἰκίαν οἰκεῖν ἢ οὐ κυριεύσει  
 Ὀλυμπιάς μηδὲ ἐκβάλ-|λειν μηδὲ ὑβρίζειν μηδὲ  
 κακοχεῖν αὐτῆ]ν μηδὲ τῶν ὑπαρχόντων |  
 μηθὲν ἐξαλλο[τρι]οῦν ἐπ' ἀδικία τῆς  
 Ὀλυμπιάδος. ἐὰν δέ τι τούτων ἐπιδει-|[χθῆ] ποιῶν  
 ἢ τὰ [ἐπιπλα ἢ τὸν ἱματισμὸν ἢ τ]ὰ ἄλλα μὴ παρέχη  
 αὐτῆι καθά | [γέγραπται, ἀποτεισάτω Ἀνταῖος  
 Ὀλυμπιάδι παραχρῆμα τῆ]ν φερνήν | [ἡμιόλιον.  
 κατὰ τὰ αὐτὰ μηδὲ Ὀλυμπιάδι ἐξέστω ἀπόκοι]τον  
 [μ]η[δὲ] | [ἀφήμερον γίνεσθαι ἀπὸ τῆς Ἀνταίου  
 οἰκίας ἀνευ τῆς Ἀνταίου γ]ν[φ]μ[ης] | -- -- -- -- --  
 -- -- --

(hand 2) Ἀπολλώνιος Μακεδὼν τῶν | Κινέου τῆς  
 δευτέρας ἱπαρχίας ἑκατοντάρορος. μάρτυρες |  
 Φίλιος Μακεδὼν, Δημοκρατίδης | Θεσσαλὸς οἱ δύο  
 τῶν Κινέου | τῆς δευτέρας ἱπαρχίας, | Διογένης

En el octavo año del reinado de Ptolomeo<sup>32</sup>, hijo de Ptolomeo y de Cleopatra, Dios Epifanes, siendo sacerdote de Heraclodoros hijo de Apolofanes por Alejandro y los dioses salvadores y los dioses hermano-hermana y los dioses benefactores y los dioses amantes del padre y los dioses amantes de la madre; siendo Sarapias hija de Apolonio el *athlophoros* de Berenice Evergeta; siendo Aristokleia hija de Demetrios la *Kanephoros* de Arsinoe Filadelfos; siendo Irene, hija de Ptolomeo sacerdotisa de Arsinoe Filopator, en el día diecisiete del mes Peritios, es decir, el diecisiete del mes de Mesore, en Cocodrilópolis, en el nombre Arsinoita. ¡Buena suerte! Olympias hija de Dionisios, macedonia, con la asistencia, como *Kyrios*, de su padre Dionisios, macedonio, de la segunda hiparquía, clérucos dotado de una parcela de cien arouras se da ella misma en matrimonio a Antaios, ateniense de la división de Kineas, de la segunda hiparquía, clérucos dotado de una parcela de cien arouras, como su esposa legítima, aportando una dote valorada en moneda de cobre de 95 talentos, así como una esclava de sexo femenino, cuyo nombre es Stolis, y el hijo nacido de ella... cuyo nombre es... con (un peculio de) 5 talentos, lo que hace un total de 100 talentos en moneda de cobre. Olympias vivirá con Antaios, obedeciéndole, como conviene a una esposa frente a su marido, y administrará con él conjuntamente el ajuar doméstico. Antaios proporcionará a Olympias todas las cosas necesarias, los muebles y vestidos y todo lo que es debido a una esposa legítima. No se le permitirá traer a casa otra mujer al lado de Olympias, ni mantener concubina o amante, ni tener hijos con otra mujer mientras viva Olympias, ni vivir en casa alguna en la que Olympias no sea ama, ni de expulsarla, ultrajarla o maltratarla, ni de enajenar ninguno de sus bienes en perjuicio de Olympias. Si ha cometido alguno de estos actos o no le ha proporcionado lo necesario, y los vestidos y el resto, según está aquí escrito, deberá restituírle inmediatamente una vez y media el montante de la dote que ha recibido. De manera semejante, no se le permitirá a Olympias abandonar la casa de Antaios de noche o de día sin el permiso de Antaios (...)

(2.ª mano) Apolonios, Macedonio del distrito de Kinéas, de la Segunda Hiparquia, clérucos dotado de una parcela de cien arouras. Testigos: Filios, macedonio y Demócrates, de Thesalia, los dos del destacamento

<sup>31</sup> P.Giss. I,2 = C. Ptol. Sklav. I.55 (Duke Data Bank of Documentary Papyri).

<sup>32</sup> Ptolomeo VI Filométor (181-145 a.C.).



Κυρηναῖος τῶν | Διοδώρου τῆς α ἰπ(παρχίας) οἱ τρεῖς  
| ἑκατοντάρουροι, Μηνόφιλο[ο]ς | Μακεδῶν τῶν  
πρότερον | Ἀριστονίκου τακτόμισθος, | Ἀλέξανδρος  
Ὠρίωνος Κρής, | Σαραπίων Ζωπύρου | Πέρσης οἱ  
δύο τῆς ἐπιγονῆς.

de Kinéas, de la segunda hiparquia; Diógenes, cirineo, del destacamento de Diodôros de la primera hiparquia, los tres clerucos dotados de tierras de 100 aruras; Mênofilos, macedonio, en otro tiempo del destacamento de Aristonikos, tactionista (pagador), Alejandro, hijo de Hôrion, cretense, Sarapion, hijo de Zôpyros, persa, ambos del Epígono.

Como aspectos más significativos de este documento, cabe destacar:

- 1) Intervienen en el contrato Olimpias, con la asistencia de su *kyrios*, en este caso su padre, Dionisio, y Antaios. El acto constitutivo del matrimonio es nuevamente la *ekdosis*, si bien aquí está realizada por la propia novia –*autoekdosis*–<sup>33</sup>.
- 2) Thermiôn aporta una dote de 95 talentos, así como una esclava de sexo femenino, cuyo nombre es Stolis, y el hijo de esta con (un peculio de) 5 talentos, lo que hace un total de 100 talentos en moneda de cobre.
- 3) Llama la atención que no se establezca consecuencia alguna para el caso de que Olimpia incumpla las obligaciones asumidas, al contrario de lo que sucede con las obligaciones de Antaios; parece ser que el documento está cortado en ese punto<sup>34</sup>.

### C) Acuerdo matrimonial entre Philiskos y Apollonia (92 a.C.)<sup>35</sup>.

La doctrina<sup>36</sup> coincide en considerar que estamos ante una *homologia gamos*<sup>37</sup>, es decir, un documento sobre la dote que incluye otras cláusulas relativas a las relaciones personales de los esposos.

(ἔτους) κβ Μεχ(εῖρ) ια. ὄμο(λογεῖ) Φιλίσκο(ς)  
Ἀπολλων(ίου) Πέρσης τῆ[ς ἐπιγο(νής)] Ἀπολλωνία  
τ(ῆ) καὶ Κελλαύθε<ι> | Ἡρα(κλειδου)  
Περσ(ῖνη) μετὰ κυ(ρίου) τοῦ [ἀδελφοῦ] α[ὐτ(ῆς)]  
Ἀπολλωνίου ἔχειν παρ' α[ὐτῆς] εἰς χα(λκοῦ)  
νομ(ίσματος) λό(γον) (τάλαντα) β καὶ(δραχμὰς) Δ |  
τὴν διωμο(λογημένην) αὐτῶι φερνή(ν) [ὑπ]έρ  
[αὐτῆς] Ἀπολλωνίας, ἐὰν ε[...]. τὴν  
φερνή(ν) ανεκκ( ) | οἰο( ) . [συ(γγραφοφύλαξ)]  
Διονύ(σιος). --  
| (hand 2) βασιλεύοντος Πτολεμαίου τοῦ [καὶ  
Ἀλεξάνδρου θεοῦ Φιλομήτορος ἔτους δευτέρου |  
καὶ εικοστοῦ ἐφ' [ιε]ρ[έως Ἀλεξάνδρου] καὶ τῶ[ν]

El día 11 Méchir del año 22 (del reinado de Ptolomeo X). Philiscos hijo de Apolonio, persa de epigone, reconoce haber recibido de Apollonia, también llamada Kellauthis, hija de Heráclides, persa, con su *kyrios*, su hermano Apolonio, dos talentos cuatro mil dracmas en cobre, la dote que Apollonia convino con él. El depositario del contrato es Dionisios.

(2.ª mano). En el vigésimo segundo año del reinado de Ptolomeo, también llamado Alejandro, el Dios Philometer, bajo el sacerdocio de Alejandro y el resto como está escrito en Alejandría, el día once del mes Xandikos que es el 11 de Mecheir, en

<sup>33</sup> Apunta ROWLANDSON, *op. cit.*, p. 168 que, en este contrato, también realizado entre personas adineradas dada la importancia de los lotes de tierras, se podría advertir una influencia de alguna costumbre egipcia, en la que las mujeres podían actuar por sí mismas en los contratos matrimoniales. Para HÄGE, *op. cit.*, p. 26 refleja un estado intermedio entre la evolución del matrimonio por *ekdosis* hacia el matrimonio por homología, siendo la esposa misma la que se entrega. El final de esta evolución se encontraría en P.Tebt.I, 104, del 92 a.C.

<sup>34</sup> RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 65, n. 18.

<sup>35</sup> P.Tebt.I.104 = M.Chr. 285 = Sel. Pap. I, 2 = C.Pap.Hengstl 72 = Jur.Pap.33 (DDBDP).

<sup>36</sup> WOLFF, *Written and unwritten...cit.*, p. 20; TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 113, n. 42; VÉRILHAC-VIAL, *op. cit.*, p. 24.

<sup>37</sup> Sobre el origen y significado del término *ὁμολογέω*, SANCHEZ-MORENO ELLART, C. “IEphesos 4 y la teoría de los contratos consensuales en Derecho helenístico”, *Glossae. European Journal of Legal Histoy*, 14, 2017, p. 878.

ἄλλ[ω]ν τῶν [γρ]αφομένων ἐν | Ἀλεξανδρεῖαι μὴνὸς  
 Ξανδικ[ο]ῦ ἐνδεκάτη Μ[εχει]ρ ἐνδεκάτη | ἐν  
 Κερκεοσίρει τῆς Πολέμωνος μερίδος τοῦ  
 Ἀρ[σινοί]του νομοῦ. ὁμολογεῖ | Φιλίσκος  
 Ἀπολλωνίου Π[έρσ]ης τῆς ἐπιγονῆς Ἀπολλωνία τῆ  
 | καὶ Κελλαύθει Ἡρακλε[ίδου] Περσίνῃ μετὰ  
 κ[υρί]ου τοῦ ἑαυτῆς | <ᾰ>δελφοῦ Ἀπολλωνίου ἔ[χει]ν  
 παρ' [α]ὐτῆς εἰς χαλκοῦ νομίσ-|ματος λόγον τάλαντα  
 δύο καὶ δραχμὰς τετρακισχίλια[ς] τὴν διω-  
 |μολογημένην αὐτῶι φερνήν ὑπὲρ αὐτῆς Ἀπολλωνίας.  
 [ἔ]στω δὲ | Ἀπολλωνία π[α]ρὰ Φιλίσκωι πειθαρχοῦσα  
 α[ὐ]τοῦ ὡς προσῆ[κό]ν ἐστιν | γυναῖκα ἀνδρός,  
 κυρ<ι>εῦσαν μετ' αὐτοῦ κοινῇ τῶν  
 ὑπαρχόντων αὐτοῖς. | τὰ δὲ [δ]έοντα π[ά]ντα καὶ  
 τὴν [ἱ]ματισμὸν καὶ τὰ ἄλλα ὅσα προσήκει γυναικί |  
 γαμετῆ παρεχέσθω Φιλίσκος Ἀπολλωνία ἐνδημῶν  
 καὶ ἀποδημῶν | κατὰ δύναμιν τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς,  
 καὶ μὴ ἐξέστω Φιλίσκωι | γυναῖκα ἄλλην  
 ἐπ[α]γ[α]γέσθαι ἀλλὰ Ἀπολλωνίαν μηδὲ  
 παλλακὴν μηδὲ | π[αιδ]ικὸν ἔχειν μηδ[ὲ]  
 τεκνο[ποιεῖ]σθαι ἐξ ἄλλης γυναικὸς ζώσ[η]ς |  
 Ἀπ[ο]λλωνίας μηδ' ἄλλην [οἰκία]ν οἰκεῖν ἢ οὐ  
 κυριεύσει Ἀπολλωνία | μηδ' ἐγβάλλειν μηδὲ  
 ὕβ[ρι]ζ[ε]ῖν μηδὲ κακουχεῖν αὐτὴν/μηδὲ τῶν ὑπαρ-  
 |χόντων μηθὲν ἐξαλλοτ[ρ]ιοῦν ἐπ' ἀδικία τῆ  
 Ἀπολλωνία. ἐὰν δέ τι | τούτων ἐπιδειχθῆ ποιῶν ἢ τὰ  
 δέοντα ἢ τὸν ἱματισμὸν ἢ τὰ ἄλλα | μὴ παρέχη αὐτῆ  
 καθὰ γέγραπται ἀποτεισάτω Φιλίσκος Ἀπολλωνία |  
 παραχρῆμα τὴν φερνήν τὰ δύο τάλαντα καὶ τὰ[ς]  
 τετρακισχίλιας δραχμὰς | τοῦ χαλκοῦ. κατὰ τὰ αὐτὰ δὲ  
 μηδὲ Ἀπολλωνία ἐξέστω ἀπόκοιτον μη[δὲ] |  
 ἀφήμερον γίνεσθαι/ ἀπὸ τῆς Φιλίσκου οἰκίας  
 ἄνευ τῆς Φιλίσκου γνώ[μ]ης μηδ' ἄλλω[ι] ἀνδρ[ι]  
 συνεῖναι μηδὲ φθε[ί]ρειν τὸν κοινὸν οἶκον μηδὲ  
 αἰσχύνεσθ[αι] | Φιλίσκον ὅσα φέρει ἀνδρὶ αἰσχύνῃ.  
 ἐὰν δὲ Ἀπολλωνία ἐκοῦσα βούλη[ται] |  
 ἀπαλλάσσεσθαι ἀπὸ Φιλίσκου ἀποδότω αὐτῆ  
 Φιλίσκος τὴν φερνήν ἀπ[λ]ῆν | ἔ[ν] ἡμέραις δέκα  
 ἀφ' ἧς ἐά[ν] ἀπ[α]ιτηθῆ. ἐὰν δὲ | μὴ ἀπ[ο]δῶ καθ'  
 ᾧ γέγραπται | [ἀπ]ο[τ]εισάτω αὐτῆ παραχρῆμα ἢ  
 εἴληφεν ἡμι[όλ]ιον τῆ[ν] φερνήν. | μάρτυρες  
 Διονύσιος Πάτρωνος Διονύσιος Ἑρμαῖσκου Θεῶν  
 Πτολεμαίου | Δίδυμος Πτολεμαίου Διονύσιος  
 Διονυσίου Ἡράκλειος Διοκλ[έ]ους ο[ἱ] ἐξ Μακεδόνες  
 | τ[ῆ]ς ἐπιγονῆς. συγγραφοφύλαξ Διονύσιος. | (hand 3)  
 Φιλίσκ[ος] Ἀπολλωνίου Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς |  
 ὁμολογῶ ἔχειν τὴν φερνήν τὰ δύο τάλαντ[α] | κ[αὶ] τὰς  
 τε[τρακισχίλιας] δραχμὰς τοῦ χαλκοῦ καθότι  
 προγέγραπται καὶ τέθειμαι | [τὴν συγγρα]φὴν  
 κυ[ρί]α[ν] παρὰ Διο[ν]υσίωι. ἔγραψεν ὑπὲρ αὐτοῦ

Kerkeosiris en la división de Polémon de nombre de  
 Arsinoe. Philiscos hijo de Apolonio, persa del  
 Epigone, reconoce a Apolonia, también llamada  
 Kellauthis, hija de Heráclides, persa, con su *kyrios*  
 su hermano Apolonio, que ha recibido en moneda de  
 cobre 2 talentos 4000 dracmas, la dote para Apolonia  
 según se había acordado. Apolonia permanecerá con  
 Philiscos, obedeciéndolo como debe una esposa a su  
 marido, teniendo su propiedad en común. Philiscos  
 debe asegurar a Apolonia todo lo necesario, vestidos  
 y todo lo que es propio de una mujer casada, tanto si  
 está en casa como en el extranjero, hasta donde  
 admita su propiedad. No le será lícito a Philiscos  
 traer ninguna otra mujer salvo Apolonia, ni mantener  
 concubina o amante<sup>38</sup> o engendrar hijos con otra  
 mujer en vida de Apolonia, ni vivir en otra casa de la  
 que Apolonia no sea el ama, ni expulsarla, insultarla,  
 o maltratarla, o enajenar su propiedad en perjuicio de  
 Apolonia. Si es visto realizando alguno de estos  
 hechos, Philiscos restituirá a Apolonia la dote de dos  
 talentos 4000 dracmas de cobre. Del mismo modo no  
 será lícito que Apolonia pase la noche o el día fuera  
 de la casa de Philiscos sin su consentimiento ni  
 mantener relaciones con otro hombre o arruinar el  
 hogar común o traer vergüenza sobre Philiscos en  
 cualquier forma que cause vergüenza a un marido.

Si Apolonia desea por su propia voluntad separarse  
 de Philiscos, este le devolverá la simple dote dentro  
 del plazo de diez días a contar desde aquél en que le  
 es demandada. Si no la devuelve de la forma  
 prevista, compensará devolviendo la dote que ha  
 recibido incrementada en una mitad.

Los testigos son: Dionisio, hijo de Patrón, Dionisios  
 hijo de Hermaiscos, Teón hijo de Ptolomeo, Dídimos  
 hijo de Ptolomeo, Dionisio hijo de Dionisio,  
 Heracleo hijo de Diocles, los seis macedonios de  
 Epigone, el guardián del contrato es Dionisios.

(3.ª mano) Yo, Philiscos, hijo de Apolonio, persa del  
 Epigone, reconozco haber recibido la dote, los 2  
 talentos 4000 dracmas de cobre, según está escrito  
 más arriba, y yo actuaré respecto a la dote como está  
 escrito y cumpliendo lo que dice la singrafé (...) Yo,  
 Dionisios hijo de Hermaiscos, antes mencionado, lo  
 escribí en su lugar por ser analfabeto.

<sup>38</sup> Tanto GRENDEL-HUNT-GILBERT SMYLY, *The Tebtunis Papyri*, OUP, London-New York, 1902, p. 452, como BURNET, *L'Égypte ancienne à Travers les papyrus: Vie quotidienne*, Paris, 2003, n.171, y MEYER, traducen, respectivamente, al inglés, al francés y al alemán el término *παιδικὸν* como “amante”. PETERMAN, G.W., “Marriage and Sexual Fidelity in the Papyri, Plutarch and Paul”, *Tyndale Bulletin*, 50.2, 1999, p. 166 y RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 64 lo traducen como “chico”.

Διονυσίος Ἐρμαίσκ[ου]   [ὁ προγεγραμμένος διὰ τὸ αὐτὸν μὴ ἐπίστασθ[αι γρά]μματα.   (hand 4) Διονύσιος ἔχω κυρίαν.   (hand 2) ἔτους κβ Μεχεῖρ ια πέπ(τωκεν) εἰς ἀναγρ(αφήν).	(4. <sup>a</sup> mano) Yo, Dionisios, he recibido el contrato, siendo válido.  (2. <sup>a</sup> mano) Registrado el 11 de Mecheir del año 22.
Verso- Ἀπ[ολ]λωνίας [εἰ]ς Φιλ[ι]σκον   ὄμο(λογία) γάμου κεχ.[.....].κοιν. vac.   Ἀπολλωνίας   Φιλίσκου   Ἀπολλωνίου   Διονυσίου   Θεώνος   Διονυσίο[υ]   Ἡρακλείους   Διδύμου   Διονυσίου   [ - ca. ? - ]... περιγίς( ).	(Verso) Contrato de matrimonio de Apolonia y Philiscos.  (Debajo) Apolonia, Philiscos, Dionisio, Dionisio, Didime, Apolonio, Teón, Heraclios, Dionisio.

Como aspectos relevantes de este documento, cabe destacar:

- 1) El documento es otorgado por Philiscos y Apolonia, ambos persas del epigoné.
- 2) Se menciona el nombre griego y egipcio de las partes –Apolonia–, también llamada, Kellauthis. Era frecuente en los contratos mencionar los dos nombres, griego y egipcio, de las partes. En el 118 a.C. Ptolomeo VIII Evergetes II emite un decreto (recogido en P.Tebt.1.5) para resolver los conflictos que puedan surgir a propósito de contratos en los que sean partes griegos y egipcios: si el contrato aparecía redactado en lengua griega, el tribunal competente sería el de los *chrematistai*; mientras que, si el contrato estaba escrito en egipcio, decidirían los tribunales nativos, que aplicarían sus propias leyes<sup>39</sup>. El problema se resuelve en términos de determinar cuál es la jurisdicción competente; una vez resuelto esto, cada uno de los tribunales aplicará la ley propia. Esta solución es propia del principio de la correlación *forum-ius* vigente en los ordenamientos de la antigüedad<sup>40</sup>.
- 3) La cuantía de la dote se había convenido previamente entre Apolonia y Philiscos.
- 4) Filiscos reconoce haber recibido de Apolonia con su hermano como *kyrios* la dote convenida: 2 talentos y 4000 dracmas en cobre.
- 5) Uno de los testigos –Dionisio– actúa como depositario del documento.
- 6) Las obligaciones asumidas son similares a las del acuerdo entre Antaios y Olimpías.

## 1.2. Papiros de Alejandría<sup>41</sup>

*A) Acuerdo matrimonial entre Thermion y Apollonio (13 a.C.)<sup>42</sup>:*

<sup>39</sup> Cfr. TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 19; VOLTERRA, E. “Quelques problèmes concernant les conflict des lois dans l’antiquité”, *Scritti giuridici*, II, Jovene, Napoli, 1991, p. 488 y GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Les liens entre compétence judiciaire et compétence législative”, *Recueil des Cours*, vol. 156, 1977-II, p. 250.

<sup>40</sup> Sobre esta cuestión GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, pp. 248 ss.

<sup>41</sup> De la época de Augusto se conservan una serie de documentos procedentes de la ciudad de Alejandría, encontrados en los cartonajes de una momia en Abusir el-Meleq (Heracleopolis), entre los que se encuentran algunos de interés para el tema que nos ocupa: BGU IV, 1050 -1052 y 1098-1101. En el texto se recogen dos de ellos, dirigidos al presidente del Tribunal, en este caso Protarchos, con la solicitud de que se registre el documento. Sobre ellos, DE RUGGIERO, R., “Nuovi documenti per la storia del matrimonio e del divorzio nell’Egitto greco-romano”, *Studi Storici per l’antichità classica*, vol. 1, 1908, p. 185 ss.; MEYER, *op. cit.*, p. 46 ss.; WOLFF, *Written and unwritten marriages*, cit., p. 34, VÉRILHAC-VIAL, *op. cit.*, p. 17 ss.; SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C., “Pherne and Parapherna in the documents of Augustus’ reign: on the subject of P. Ryl.II 125 once again”, *Aegyptus*, 86, 2006, p. 184 ss. y RODRÍGUEZ MARTÍN, J.D., *La fórmula καθάπερ ἐκ δίκης en los papiros jurídicos del Egipto romano*, Madrid, 2017 (<https://eprints.ucm.es/id/eprint/44744/>) pp. 218 ss.

<sup>42</sup> BGU IV.1052, II.1-34. Traducido al inglés por Hunt y Edward, Cambridge, 1932.

κόλ(λημα) Πρωτάρχοι | παρὰ Θερμίου τῆς Ἀπίωνος μετὰ κυρίου | τοῦ Ἀπολλωνίου τοῦ Χαιρέου καὶ παρὰ Ἀπολ-|λωνίου τοῦ Πτολεμαίου. συναγοῦσιν Θερμίον | καὶ Ἀπολλώνιος Πτολεμαίου συνεληλυ-|θέναι ἀλλήλοισ πρὸς βίου κοινωνίαν, ὁ δὲ αὐ-|τὸς Ἀπολλώνιος Πτολεμαίου εἰληφέ-|ναι παρὰ τῆς Θερμίου διὰ χειρὸς ἐξ οἴ-|κου φερνάριον ἐνωτίων χρυσῶν ζεῦ-|γος τετάρτων τριῶν καὶ ἀργ(υρίου) (δραχμῶν) ..| ἀπὸ τοῦ νῦν τὸν Ἀπολλώνιον Πτολεμαίου | χο[ρηγ]ε[ί]ν τῇ Θερμίῳ τὰ δέοντα πάντα | καὶ τὸν ἱματισμὸν ὡς γυναικὶ γαμετῇ | κατὰ [δ]ύναμιν τῶν ὑπαρχόντων καὶ μὴ | κακοχεῖν αὐτὴν μηδὲ ἐγβάλλειν μηδὲ | ὑβρίζειν μὴδ' ἄλλην γυναῖκα ἐπεισάγειν | ἢ ἐκτίν[ειν] παραχρημα τὸ φερνάριον | σὺν ἡμ[ιολία] τῆς πράξεως γινομένης | ἐκ τε [αὐτο]ῦ Ἀπολλωνίου τοῦ Πτολεμαίου | [καὶ] ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῶ πάν-|[των κα]θάπερ ἐκ δίκης, καὶ τὴν δὲ Θερ-|[μιον ...]τιλιν τὰ πρὸς τὸν ἄνδρα καὶ | [τὸν κοί]νον βίον δίκαια καὶ μήτε ἀ-|[πόκοι]τον μήτε ἀφήμερον γίνεσθαι | [ἀπὸ τῆ]ς οἰκίας ἄνευ τῆς Ἀπολλωνί-|[ου] το[ῦ Π]τολεμαίου γνώμης μηδὲ φθείρειν | [μηδὲ] καταβλάπτειν τὸν κοινὸν οἶκον | [μὴδ' ἄλ]λῳ ἀνδρὶ συνεῖναι ἢ καὶ αὐτὴν | τούτ[ω]ν τι διαπραξαμένην κριθεῖσαν | στέρεσθαι τοῦ φερναρίου χωρὶς τοῦ | τὸν παραβαίνοντα ἐνέχεσθαι καὶ τῶ | ὀρισμένῳ προστίμῳι.

A Protarcos. De Thermión, hija de Apíon, junto con su guardian Apolonio, hijo de Chaeras, y de Apolonio, hijo de Tolomeo. Thermion y Apolonio, hijo de Ptolomeo convienen que han venido juntos a compartir una vida en común. Y el antedicho Apolonio, hijo de Ptolomeo, reconoce haber recibido en mano de Thermion una dote de un par de pendientes de oro que pesan tres cuartos y dracmas de plata<sup>43</sup>. Y que, a partir de ahora, Apolonio, hijo de Ptolomeo, proveerá a Thermion, como su mujer, en todas sus necesidades y vestidos en proporción a sus medios y no la maltratará, expulsará o traerá a casa a otra mujer, o devolverá directamente la dote incrementada en una mitad con derecho de ejecución sobre la persona de Apolonio, hijo de Ptolomeo y sobre su propiedad, como si hubiera habido decisión judicial. Y Thermion cumplirá sus deberes hacia su esposo y su vida en común, y no abandonará la casa ni de día ni de noche sin el consentimiento de Apolonio, hijo de Ptolomeo, ni deshonrará, o dañará su casa común, ni estará con ningún otro hombre. Si es culpable de alguna de estas conductas, una vez juzgada, perderá la dote, y, además, la parte culpable será responsable de la multa establecida.

Los datos más relevantes que destacar son los siguientes:

- 1) Intervienen Termión con su *kyrios*, en este caso su hermano Apolonio, y Apolonio.
- 2) Ambos acuerdan que vienen a compartir una vida en común.
- 3) Apolonio reconoce haber recibido en mano de Termión una dote consistente en unos pendientes de oro, cuyo peso se especifica y una determinada cantidad de dracmas (no se conserva la parte correspondiente al importe).
- 4) El marido se obliga “a partir de ahora” a:
  - proveer a Termión, como su mujer legítima, de sus necesidades y vestidos en proporción a sus medios.
  - no maltratarla, expulsarla o ultrajarla.
  - no traer a casa a otra mujer, mantener concubina o amante, tener hijos con otra mujer
  - no vivir en casa en la que Termión no sea el ama.
- 5) Como consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del marido, se dispone que perderá la dote y una mitad adicional, estableciéndose un derecho de ejecución personal sobre Apolonio y patrimonial sobre su propiedad; ejecución que por otra parte será directa –“como si hubiera habido decisión judicial”-καθάπερ ἐκ δίκης.
- 6) El incumplimiento de las obligaciones de la esposa es tratado de forma diferente; la pérdida de la dote requerirá de un juicio previo en el que se hubiere probado su culpabilidad.

<sup>43</sup> DE RUGGIERO, *Studi...cit.*, p. 189 observa el carácter exiguo que reviste la dote en este caso.

7) Se establece que la parte culpable será responsable de la multa determinada.

B) *Acuerdo matrimonial entre Isidora y Dionisio (12-11 a.C).*

Πρωτάρχωι | παρὰ Ἰσιδώρας τῆς Ἡρακλείδου τοῦ  
καὶ Διονυσίου μετὰ | [[μετὰ]] κυρίου τοῦ ἀδελφοῦ  
Βακχίου τοῦ Ἡρακλείδου | τοῦ καὶ Διονυσίου  
Ἀλθαιέως καὶ παρὰ Διονυσίου τοῦ | Διονυσίου  
Ἰσιδείου. συγχωροῦσιν Ἰσιδώρα καὶ | Διονύσιος  
συνεληλυθέναι ἀλλήλοις πρὸς γάμο(ν), | Διονύσιος  
δὲ καὶ εἰληθέναι παρὰ τῆς Ἰσιδώρας | διὰ χειρὸς ἐξ  
οἴκου φερνὴν ἱμάτια γυναικεῖα ἐν ἀργυ(ρίου) |  
δραχμαῖς ἑκατὸν ἐνωτίων χρυ[σ]ῶν ζεύγος ... | δύο  
καὶ ἀργυρίου Πτολεμαικοῦ ἐπισήμου | δραχμὰς  
ἑξήκοντα , τὸν Διονύσιον ἀπεσχη-|κότα τὴν  
προκειμένην φερνὴν τρέφειν καὶ | ἱματίζειν τὴν  
Ἰσιδώραν ὡς γυναῖκα γα[μετὴν] | κατὰ δύναμιν καὶ  
μὴ κακουχεῖν αὐτὴν μὴδ' ὑ-|βρίζειν μὴδ'  
ἐγβάλλειν μὴδ' ἄλλην γυναῖκα | ἐπεισάγειν ἢ  
ἐκτίνειν τὴν φερνὴν σὺν ἡμιο-|λίᾳ τῆς πράξεως  
γινομένης ἐκ τε αὐτοῦ | Διονυσίου καὶ ἐκ τῶν  
ὑπαρχόντων αὐτῷ πάντων | καθάπερ ἐκ δίκης, καὶ  
τὴν δὲ Ἰσιδώραν μὴτε ἀπό-|κοιτον μὴτε ἀφήμερον  
γείνεσθαι ἀπὸ τῆς | Διονυσίου οἰκίας ἄνευ τῆς  
Διονυσίου γνώμης | μηδὲ φθείρειν τὸν οἶκον μὴδ'  
ἄλλω ἀνδρὶ | συνεῖναι ἢ καὶ αὐτὴν τούτων τι  
διαπραξαμέ-|νην κριθεῖσαν στέρεσθαι τῆς φερνῆς,  
θέσθαι [δ]ὲ | αὐτοὺς καὶ τὴν ἐφ' ἱεροθυτῶν περὶ  
γάμου | συγγραφὴν ἐν ἡμέραις χρηματιζούσαις  
πέντε | ἀφ' ἧς ἂν ἀλλήλοις προεῖπωσιν καθ' ἣν  
ἐνγραφῆσε-|ται ἢ τε φερνὴ καὶ τὰ ἄλλα τὰ ἐν ἔθει  
ὄντα καὶ | τὰ περὶ τῆς ὀποτέρου τῶν γαμούντων  
τελευ-|τῆς, ὡς ἂν ἐπὶ τοῦ καιροῦ κοινῶς κριθῆι.  
ἄξ(ιοῦμεν(?))

A Protarcos, de Isidora hija Herálices también llamado Dionisios, con su kyrios, su hermano Bakhios, hijo de Heráclides, también llamado Dionisios de la deme de Althea y de Dionisio, hijo de Dionisios de la deme de Isis. Isidora y Dionisios reconocen que han venido juntos el uno con el otro en matrimonio. Y Dionisios también reconoce que ha recibido de Isidora en mano una dote de ropa de mujer valorada en 100 dracmas de plata, un par de pendientes de dos cuartos de peso (en oro dedrachmon) y 60 dracmas de plata en monedas ptolemaicas. (Se casan en el entendimiento de que) Dionisios, tomando la mencionada dote, mantiene y viste a Isidora como corresponde a una mujer casada, de acuerdo con sus medios, y de que no la maltratará, abusará o expulsará o traerá a casa a otra mujer y si lo hace pagará toda la dote más un cincuenta por ciento, teniendo Isidora derecho a ejecutar el pago del propio Dionisios o y de todas sus posesiones como si hubiera habido sentencia. Y (en el entendimiento de que) Isidora no dormirá fuera o se marchará durante un día de casa de Dionisio sin su aprobación, o dañará la casa, o estará con otro hombre o, si lo hace, tras haber sido juzgada culpable de haber hecho esto, se la privará de la dote. Reconocen que depositarán un contrato sobre el matrimonio ante el *hierothai* en el plazo de 5 días laborales desde el día en que se anuncian esto el uno al otro, en el que se describirá la dote y el resto de las cosas habituales y las cosas que afecten a la muerte de cualquiera de los esposos, como se decida (por ellos) en el tiempo oportuno. Pedimos (que este documento sea registrado).

Las características que se observan en este contrato son las siguientes:

- 1) Intervienen Isidora con su *kyrios*, su hermano Bakhios, y Dionisio.
- 2) Reconocen que han venido juntos el uno con el otro en matrimonio.
- 3) Dionisio reconoce haber recibido de Isidora en mano una dote consistente en ropa de mujer valorada en 1000 dracmas de plata (dote estimada), un par de pendientes de oro, cuyo peso se especifica y 60 dracmas de plata en monedas ptolemaicas.
- 4) Tomando la mencionada dote, Dionisio se obliga a: a) mantener, de acuerdo con sus medios, y vestir a Isidora, como corresponde a una mujer casada; b) no maltratarla, abusar de ella o expulsarla, ni c) traer a casa a otra mujer.
- 5) En caso de incumplimiento, Dionisio habrá de devolver la dote con una mitad adicional.
- 6) También en este caso Isidora tiene derecho a ejecutar el pago en la persona y bienes de Dionisio “como si hubiera habido sentencia” –καθάπερ ἐκ δίκης–.

Los papiros de Alejandría presentan sustancialmente el mismo contenido y estructura:

- a. Se comienza por declarar que el matrimonio ha tenido lugar (“Isidora y Dionisios –o Thermión y Apolonio– reconocen que han venido juntos el uno con el otro en matrimonio”). Observan VÉRHILAC y VIAL<sup>44</sup> que la fórmula que se emplea en la mayor parte de los casos (“se han unido en matrimonio” o “reconocen que se han unido para llevar una vida en común”) privilegia en el matrimonio la constitución de la pareja frente a la *ekdosis* que la ha creado.
- b. Reconocimiento de la recepción de la dote. El esposo afirma haber recibido la dote (*phernes*), que se describe sumariamente.
- c. Sigue la enumeración de las obligaciones del marido, y, por último, las de la mujer.
- d. En algún caso, como ocurre en el BGU IV 1050, se prevé el depósito de otro instrumento ante el *hyerotai*<sup>45</sup> cuyo futuro contenido se indica sumariamente: 1) descripción de la dote; 2) asuntos relacionados con la muerte de cualquiera de los esposos y 3) resto de las “cosas habituales”. Con esta expresión, tal como manifiesta Wolff<sup>46</sup>, pudiera estarse aludiendo a los derechos y obligaciones de los cónyuges.

### 1.3. Obligaciones de los cónyuges

En los contratos de matrimonio de nacionales egipcios no aparecen menciones a los derechos y obligaciones de los cónyuges<sup>47</sup>, pero sí en los contratos griegos de la chora y en los alejandrinos de la época de Augusto.

#### A) Obligaciones del marido.

Frente a la formulación escueta y genérica de los deberes de los esposos que se aprecia en los contratos alejandrinos, en los contratos de la chora presentan unas cláusulas mucho más

---

<sup>44</sup> VÉRHILAC y VIAL, *op. cit.*, p. 264. Concluyen que, tanto en Alejandría como en la chora, el acto jurídico del matrimonio consistía en una dación, como en Atenas, pero que a sus finalidades esenciales -asegurar la legitimidad de la descendencia y hacer de la mujer una esposa legítima- se añadía un nuevo objetivo: la creación de una pareja. Esto no implica, a su juicio, que la *ekdosis* hubiera perdido su valor jurídico o que la novia no haya sido objeto de una entrega, sino que, frente a lo que ocurría en Atenas, los alejandrinos daban más importancia a la creación de una pareja que al acto jurídico que la había producido. En dos de los contratos los padres de la novia afirman haberla entregado al marido (BGU. IV 1098 y 1100).

<sup>45</sup> Se trataría de un consejo de sacerdotes encargado de la supervisión de la organización religiosa de los ciudadanos, ante el que se depositarían los documentos de matrimonio y divorcio (WOLFF, *op. cit.*, p. 40). No es pacífico el significado de este segundo instrumento: mientras que, para WOLFF, el documento surtiría efectos religiosos, además de los civiles; sugiriendo que quizá podría tener alguna relevancia en el *status* que podrían alcanzar los descendientes en algunos aspectos de Derecho público, MODRZEJEWSKY, *op. cit.*, p. 61, sugiere que el contrato afectaba al patrimonio de los ciudadanos y a la transmisión de los bienes de la familia bajo el control de la ciudad.

<sup>46</sup> WOLFF, *op. cit.* p. 36.

<sup>47</sup> Cfr. TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 120. Algunas de las obligaciones mencionadas en los contratos griegos se recogen en algunos juramentos egipcios pronunciados con ocasión del divorcio. Así ocurre con el deber de fidelidad. ROWLANDSON, *op. cit.*, p. 161-162, recopila los juramentos de dos mujeres en proceso de divorcio para ser declaradas inocentes de adulterio. En ambos casos juran no haber tenido relaciones con hombre alguno distinto de su marido desde el momento de la boda; en el primero, además, no haber ocultado ningún bien a su marido de valor superior a cierta cantidad.

desarrolladas y específicas, si exceptuamos el más antiguo de ellos, P. Eleph.1. Tales obligaciones, según resultan de los contratos de la chora, son:

1. *Mantener a la esposa.* El marido debe proveer a la esposa de todo aquello que es propio de una mujer casada. Entre “todo lo necesario” suele incluirse también el vestido.

Observan Verhilac-Vial<sup>48</sup> que este deber no es exclusivamente una contrapartida a la dote, cuyas rentas, en principio, deberían permitir el mantenimiento de la esposa. Aunque tales rentas fueran insuficientes, todo hombre que ha acogido en su hogar a una mujer para ser la madre de sus hijos debería proporcionarle igualmente todo lo necesario. Dentro de este deber general de alimentos, cabe observar algunas particularidades en los diferentes contratos:

a) En el P.Eleph.I, Heráclides asume la obligación de mantener a la esposa en los siguientes términos: “proveerá a Demetria de todo lo que es apropiado para una esposa nacida libre”. No se establece expresamente ninguna consecuencia jurídica en caso de incumplimiento de esta obligación<sup>49</sup>, ni la forma de exigir el cumplimiento, cosa que sí sucede en los contratos posteriores.

b) En el P.Gis.I.2 (Antaios y Olimpia) llama la atención la inclusión de los muebles entre los efectos que debe proporcionar el marido, en contraposición a los términos utilizados en otros contratos, que se refieren genéricamente a “todo lo necesario”. En cambio, la referencia a los vestidos sí es frecuente en todos los documentos.

c) En P.Tebt.I.104 (Philiscos y Apolonia) se precisa que las obligaciones del marido son proporcionales a su patrimonio, mención que se incluirá posteriormente en los contratos de Alejandría. Además, se establece que la obligación ha de cumplirse tanto si el marido está en casa como si está en el extranjero<sup>50</sup>.

2. *No disponer de los bienes en perjuicio de esta.* La previsión no consta en el primero de los contratos estudiados (P.Eleph. I, correspondiente al contrato matrimonial entre Heráclides y Demetria). En el caso concreto del contrato matrimonial de Antaios y Olimpias (P.Giss. I.2,) se precisa que “habrán de administrar conjuntamente la propiedad de ambos”; y en el de Apolonia y Filiscos (P.Tebt.I.104) se indica “teniendo su propiedad en común”. Observa la doctrina que estas fórmulas no implicaban un régimen de comunidad de bienes<sup>51</sup>, sino de que ambos cónyuges habían de trabajar en beneficio del hogar común, compartiendo sus responsabilidades, en beneficio de los intereses del *oikos*<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> VÉRHILAC-VIAL, *op. cit.*, p. 274.

<sup>49</sup> BERGER, A., *Die Strafklauseln in den Papyrsurkunden. Ein Beitrag zum Gräko-Ägyptischen Obligationenrecht*, B.G. Teubner Druck und Verlag, Leipzig-Berlin, 1911, p. 219.

<sup>50</sup> VÉRHILAC-VIAL, *cit.*, p. 275.

<sup>51</sup> TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 127. En cambio, en el P. Gen. I.21 se dice que Menekrates no debe vender sin que participe Arsinoe también como vendedora, lo que sí implicaría un régimen de comunidad, como observan VÉRHILAC-VIAL, *cit.*, p. 269.

<sup>52</sup> BEAUGIET, L., s.v. “oikias dike”, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, dir. Daremberg-Saglio, t. IV-1, p. 159 advierte que no hay que confundir la *oikia* con el *oikos*, del que dice “sea la familia, la gens o el patrimonio del menor”. BISCARDI, *op. cit.*, p. 96 define el *oikos*, siguiendo a Paoli, como “un complejo de personas, cosas y ritos, en el que se comprenden tanto los miembros de la familia como sus bienes,

3. *Abstenerse de maltratar a la mujer.* En el P. Eleph. I se prohíbe a Heráclides “causar algún mal a Demetria bajo ningún concepto” –o “realizar maquinaciones fraudulentas contra Demetria” *κακοτεχνεῖν*<sup>53</sup>. Por su parte los P.Giss I.2, Gen. I.21. y Tebt.I.104 emplean los mismos tres verbos, prohibiendo al marido maltratar –*κακουχεῖν*–, ultrajar, incluyendo la ofensa moral –*ὑβρίζειν*–, ni expulsar –*ἐγβάλλειν*– a la esposa. En relación con este punto, se conservan varios documentos en los que la mujer denuncia los malos tratos infligidos; así, en BGU IV.1105<sup>54</sup>(10 d.C.) Thryphaine revela:

- 1) que se casó, en contra de su voluntad, con Asklepiades, en virtud de un acuerdo entre sus padres y su marido, formalizado ante el mismo Tribunal;
- 2) que su marido malgastó la dote que le fue entregada,
- 3) que abusó de ella y la insultó, poniéndole las manos encima y que la trató, en resumen, como si hubiera comprado una esclava.

Habiéndole pedido a su padre que inicie los trámites del divorcio, solicita del Tribunal que lo concluya y que envíe a Asklepiades copia de la notificación para que presente contestación o proceda a la devolución de la dote.

Otro ejemplo se contiene en el P.Ox.II.281<sup>55</sup> (20-50 d.C.) donde se relata el caso de Sira, hija de Theon, que se dirige al sacerdote y juez Heráclides exponiendo:

- 1) que se ha casado con Sarapión, aportando una dote de 200 dracmas de plata, y al que recibió en casa de sus padres dada la falta de medios de este.
- 2) que Sarapión ha dilapidado su dote y la ha maltratado e insultado continuamente, ejerciendo violencia contra ella y privándola de todo lo necesario para, al final, abandonarla.

En consecuencia, pide al juez que le ordene comparecer ante el tribunal y que le obligue a la restitución de la dote incrementada en una mitad, sin perjuicio de otras demandas que tiene o pueda tener contra él.

4. *Prohibición de tener relaciones duraderas extramatrimoniales y de engendrar hijos ilegítimos.* Efectivamente, en el P. Eleph. I se lee: “No se le permitirá a Heráclides traer a otra mujer para vejar o insultar a Demetria, o engendrar hijos con otra mujer, ni realizar maquinaciones contra Demetria bajo ningún pretexto”.

---

actuando a través de ella la perpetuación del culto”. Se encuentra disciplinada por un conjunto de normas constitutivas de un ordenamiento jurídico autónomo preexistente al de la *polis* y que posteriormente se concilia armónicamente con esta. MAFFI, *op. cit.*, p. 254, explica que según Aristóteles el *oikos* se refiere a la familia nuclear, dentro de la cual las relaciones entre marido y mujer, padres e hijos, dueño y esclavos adquieren relevancia jurídica.

<sup>53</sup> ROLAWDSON traduce *κακοτεχνεῖν* por “evil”-mal. VIAL DUMAS, *op. cit.*, p. 105 utiliza la expresión “maquinaciones fraudulentas”.

<sup>54</sup> BGU IV.1105, traducido al inglés por ROLAWDSON, *op. cit.*, pp. 324-325.

<sup>55</sup> P.Oxy.2.281 = HGV P.Oxy. 2 281 = Trismegistos 20552 = chr.mitt.66; GRENFELL, B.P. y HUNT, A.S., *The Oxyrhynchus Papyri*, vol. II, London, 1899, pp. 271-272.



En el P. Gis I.2 (Antaios y Olimpia); en el P. Gen. I.2.21 (Menécrates y Arsinoé)<sup>56</sup>, en el P. Freib. 30 (Menón e Irene)<sup>57</sup>, de la misma época que el anterior, en el P. Tebt. III.2.974 (Menécrates y Mirtalé)<sup>58</sup> y en el P. Tebt. 104 (Filiscos y Apolonia) se contiene –en términos prácticamente idénticos– la siguiente cláusula:

P. Giss. I.2	P. Gen. I.2.21	P.Freib.30	P.Tebt III.2.974	P. Tebt. 104
μη ἐξέστω αὐτῶι γυναῖκα ἄλλην ἐπεισάγεσθαι ἐπ’ Ὀλυμπιάδα μηδὲ παλλακὴν μηδὲ παιδικὸν ἔχειν [μηδὲ τεκνοποιεῖσθαι ἐ]ξ ἄλλης γυναικὸς ζώσης Ὀλυμ-πιάδος μηδ’ ἄλλ[ην οἰκίαν οἰκεῖν ἧς οὐ κυριεύ]σει Ὀλυμπιάς	μη ἐξέστω Μενεκράτει γυναῖκ’ ἄλλην ἐπεισάγεσθαι ἐπ’ Ἀρσινόην μηδὲ παλλ[λακ]ήν μηδὲ π[αιδ]ικόν   [ἐ]χειν μηδὲ τεκνοποιεῖσθαι ἐξ ἄλλης γυναικὸς ζώσης Ἀρσινόης μηδ’ ἄλλην οἰκίαν οἰκ[εῖν ἧς ο]ὐ κυριεύ-[[σει] Ἀρσινόη	[μη ἐξέστω Μένωνι γυναῖκα ἄλλην ἐπεισάγεσθαι] μητε παλλακὴν μηδὲ παιδικὸν ἔχειν μηδὲ τεκνοποιεῖσθαι ἐξ ἄλλης γυναικὸς ζώσης Εἰρήνης] [μηδ’ ἄλλην οἰκίαν οἰκεῖν -ca	μη ἐξέστω Μενεκράτει αὐτῶι γυναῖκα ἄλλην ἐπεισάγεσθαι ἐπὶ τῆι Μυ]ρτάληι μηδὲ παλλακὴν μηδὲ παι-[[δικὸν ἔχειν μηδὲ τεκνοποιεῖσθαι ἐξ ἄλλης γυναικὸς μηδ’ ἄ]λλην οἰκίαν οἰκεῖν ἧς οὐ υριεύσει Μυρτάλη	μη ἐξέστω Φιλίσκωι γυναῖκα ἄλλην ἐπ[α]γ[α]γέσθαι ἀλλὰ Ἀπολλωνίαν μηδὲ παλλακὴν μηδὲ   π[αιδ]ικόν ἔχειν μηδὲ τεκνο]ποιεῖσθαι ἐξ ἄλλης γυναικὸς ζώσ[η]ς   Ἀπ[ο]λλωνίας μηδ’ ἄλλην [οἰκία]ν οἰκεῖν ἧς οὐ κυριεύσει Ἀπολλωνία

En ellas se prohíben al marido las siguientes conductas:

- 1) traer otra mujer a casa al lado de su esposa.
- 2) tener concubina –παλλακὴν– o amante –παιδικόν<sup>59</sup>–, ya se trate de una mujer o de un chico.
- 3) tener hijos con otra mujer en vida de su esposa legítima.
- 4) vivir en alguna casa en la que su esposa no sea ama.

En realidad, estas cláusulas, redactadas con bastante detalle –sobre todo en comparación con las de los contratos alejandrinos– no están prohibiendo al marido tener relaciones sexuales ocasionales. Lo que se prohíben son las relaciones duraderas, aquellas de las que puedan surgir hijos o que supongan la introducción de un rival para la esposa dentro del hogar familiar<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> P.Gen. I.2, 21 = M. Chr. 284 = P.Münch. III, 62. El documento es del siglo II a.C.

<sup>57</sup> Transcripción y comentario del P. Freib.30 (a.179-189 a.C) en PARTSCH, J. *Mitteilungen aus der Preiberger Papyrussammlung 3. Juristische Urkunde aus dem Ptolomäer Zeit*, Milano, 1974 (reimp. Heidelberg, 1927), pp. 15 ss. (lin. 28-30).

<sup>58</sup> Fechado entre el 199 y el 175 a.C.

<sup>59</sup> *Thesaurus Linguae Graeca*, s.v. “παιδικόν” (entrada 79.011) este término suele emplearse más frecuentemente en relación con chicos (consultado online en <http://stephanus.tlg.uci.edu/>).

<sup>60</sup> VÉRHILAC y VIAL, *op. cit.*, p. 276 afirman: “se tutela el monopolio que atribuye a la esposa el acto jurídico del matrimonio cual es el tener hijos legítimos, prohibiéndose introducir bajo el techo conyugal a ningún rival”. En igual sentido RUPPRECHT, “Marriage contract Regulations and documentary practices in the Greek papyri”, *Scripta classica israelica*, 17, 1998, p. 64, y PETERSEN, *cit.*, p. 166-167 que subraya el diferente verbo empleado para referirse a las conductas que se prohíben al marido y a la mujer: mientras el primero no puede “tener” una concubina o un chico, la segunda no puede “estar” con ningún hombre.

En los contratos alejandrinos las obligaciones de los esposos aparecen referidas en términos más escuetos. El marido asume las obligaciones de:

- 1) proveer a su mujer en todas sus necesidades –se mencionan en algunos casos, los vestidos<sup>61</sup>– en proporción a sus medios;
- 2) no insultarla, ni maltratarla, ni expulsarla de casa y
- 3) no traer a casa a otra mujer –*ἄλλην γυναῖκα ἐπεισάγειν*–<sup>62</sup>.

#### B) *Obligaciones de la mujer.*

En los papiros de la chora los deberes de la esposa aparecen formulados en los siguientes términos:

1- *La esposa vivirá con su marido, obediéndole, como corresponde a una esposa frente a su cónyuge.* Esta obligación se menciona expresamente en el contrato entre Antaios y Olimpias y en el de Philiscos y Apolonia; también, aunque no se conserva íntegra, en el de Menócrates y Arsinoé. No se observa, en cambio, en el P.Eleph.I ni en los documentos alejandrinos.

2- *Abstenerse de cualquier acto que pueda avergonzar a su marido.* En el P.Eleph.1 (acuerdo entre Heráclides y Demetria) se dice que esta “no debe realizar maniobras fraudulentas que deshonren a su marido Heráclides”. La expresión –maquinaciones fraudulentas– ha sido traducida también como “cualquier acto que pueda avergonzar a Heráclides”. En cualquier caso, el verbo *κακοτεχνούσα* supone premeditación y cálculo<sup>63</sup>.

También en el P.Tebt.I.104 (Apolonia y Philiscos) se lee que Apolonia no podrá “traer vergüenza sobre Philiscos en cualquier forma que cause vergüenza a un marido”. Los actos que pueden avergonzar a un marido, entre otros, son los constitutivos de adulterio<sup>64</sup>. Pero entendemos, con Verhilac y Vial<sup>65</sup> que es probable que los comportamientos que pueden dañar al marido, según estos documentos, no se reducen a los que supongan violación del deber de fidelidad, sino que incluye también comportamientos proscritos por la costumbre y la moral social.

3- *No ausentarse del hogar conyugal ni de día ni de noche sin el consentimiento del marido.* Aparece esta cláusula tanto en los contratos del periodo ptolemaico –salvo en el papiro de Elefantina– como en los de Alejandría. Se ha observado que lo prohibido sería probablemente una salida prolongada –no siendo necesario avisar al marido cada vez que se salía a la fuente

---

<sup>61</sup> BGU IV 1050 y 1052.

<sup>62</sup> Fórmula que aparece en BGU IV.1050, 1051, 1052, 1098 y 1100. El BGU.IV.1099 presenta una laguna en esa parte.

<sup>63</sup> VÉRILHAC y VIAL, *op. cit.*, p. 268.

<sup>64</sup> PETERSEN, *op. cit.* p. 166; TREGGIARI, S., *Roman marriage. Iusti coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 312, explica que la reacción esperada por el ordenamiento jurídico romano para el marido que descubría el adulterio de su esposa era la de *dolor*, duelo y resentimiento.

<sup>65</sup> VÉRILHAC y VIAL, *op. cit.*, p. 277.

o a un recado a casa de la vecina— lo importante sería que la salida en cuestión se encontrase codificada por la costumbre<sup>66</sup>.

4- *Prohibición de mantener relaciones con otro hombre*. En este supuesto se prohíben tanto las relaciones de carácter permanente, como las esporádicas, frente a lo que ocurría en el caso del esposo.

Los documentos de Alejandría<sup>67</sup> suelen incluir una fórmula en la que se especifican los siguientes deberes a cargo de la esposa:

1. *Cumplir sus deberes hacia su esposo y su vida en común*. Se trata de una cláusula general que precede a la enumeración de los deberes concretos en algunos acuerdos<sup>68</sup>.

2. *No abandonar la casa ni de día ni de noche sin el consentimiento del esposo*. Esta obligación aparece formulada en términos idénticos a los de los contratos del grupo precedente.

3. *No causar daños en el hogar común* –μηδὲ φθείρειν τὸν οἶκον–.

4. *No estar con ningún otro hombre* –μήδ’ ἄλλῳ ἀνδρὶ | συνεῖναι–.

En ninguno de los contratos referidos se encuentra mención de los deberes relativos a los hijos. Quizá puedan sobreentenderse dentro de la cláusula genérica de “cumplir los deberes hacia su esposo y su vida en común”.

En PSI I.164<sup>69</sup> se contiene un juramento en el que se enumeran una serie de obligaciones a cargo de la mujer, que coinciden, sustancialmente con los que aparecen en los documentos hasta ahora estudiados, incluyendo la cláusula de fidelidad<sup>70</sup>. La esposa jura:

- 1) No separarse del marido durante toda la vida de este, viviendo con él como su legítima esposa.
- 2) No ausentarse del hogar conyugal ni siquiera durante un día.
- 3) Amar a su esposo, no descuidando ninguna de sus cosas. Se trata de una obligación que no aparece en los contratos matrimoniales de este periodo –habría que esperar a la época cristiana–, y que va mucho más allá que el deber de obediencia y de custodia del patrimonio común que se contempla en estos<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> VÉRILHAC y VIAL, *op. cit.*, p. 277.

<sup>67</sup> Incluyen obligaciones de la esposa los documentos BGU IV 1052, 1050, 1100 y 1101.

<sup>68</sup> BGU IV 1052, 1098 y 1.101. Cfr. VÉRILHAC y VIAL, *cit.*, p. 268.

<sup>69</sup> PSI.1.64 = HGV PSI 1 64 = TRISMEGISTOS 78828. El documento se encuentra traducido al inglés por ROWLANDSON, *op. cit.*, p. 323 y al italiano por MAROI, F., “Un caratteristico documento di ἐγγραφος γάμος per la storia del matrimonio nell’egitto greco-romano”, *BIDR*, 28, 1915, pp. 99-100. Afirma ROWLANDSON que se trata de un contrato matrimonial en forma de juramento en el que aparece mutilada la parte correspondiente a los acuerdos financieros entre las partes, pero que el marido debe de haber proporcionado a la esposa todos aquellos objetos que ella se compromete a devolver si le abandona sin causa justificada; asimismo parece que Thais ha proporcionado a su marido un préstamo de cinco talentos de bronce. Para RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 64, la naturaleza de la relación es discutible, podría tratarse de un matrimonio, un concubinato, una relación con una hetaira, etc.

<sup>70</sup> ROWLANDSON, *op. cit.*, p. 322 observa que en este caso el papel de la esposa es excepcionalmente débil.

<sup>71</sup> En igual sentido, MAROI, *op. cit.*, p. 218.

- 4) En caso de separación por voluntad unilateral de la esposa, sin mediar causa alguna, devolverá todo lo que haya recibido de él, anulando incluso un préstamo de cinco talentos de bronce que se compromete a no exigir. Se compromete asimismo a devolver todos los objetos de oro que el marido le haya podido regalar.
- 5) No tener relaciones con ningún otro hombre que no sea su marido.
- 6) No preparar encantamientos de amor contra él, ni en la comida ni en la bebida, ni ser cómplice de ninguno que quiera causar daño al marido de cualquier manera.

Cabe preguntarse si las “maquinaciones fraudulentas” a las que se refiere el papiro de Heráclides y Demetria pudiera incluir este tipo de conductas<sup>72</sup>.

La lectura de estos documentos muestra la existencia de obligaciones a cargo de ambos cónyuges: el marido debe mantener a su esposa y proporcionarle un trato digno, sin maltratarla, insultarla y sin introducir a nadie que pueda rivalizar en su papel de esposa legítima; ella a su vez debe abstenerse de cualquier conducta que deshonre al marido, obedecerle, informarle para salir del hogar conyugal de día y de noche y serle fiel<sup>73</sup>.

El deber de fidelidad no reviste el mismo alcance en uno y otro caso. Sí es cierto, en cambio, que se considera el incumplimiento de estos deberes como actos ilícitos generadores de un daño que debe ser indemnizado conforme a lo establecido en los documentos.

Las cláusulas de conducta que se recogen en estos documentos parecen pervivir a lo largo del tiempo. Si nos fijamos en el Derecho romano de la etapa justiniana, por ejemplo, en la Nov.117.8 y 117.9, puede comprobarse cómo muchas de las justas causas de repudio allí contempladas, recuerdan a las obligaciones que convencionalmente asumían las partes en los documentos que se acaban de analizar.

De acuerdo con las citadas novelas, podrá el marido repudiar a su mujer lucrándose con la dote, si la mujer:

- a) no comunica a su marido las maquinaciones contra el imperio de las que fuere sabedora.
- b) comete adulterio.
- c) atenta contra la vida del marido o no le indica los atentados que otros cometían.
- d) no queriendo el marido, come o se baña con hombres extraños.
- e) no queriendo el marido, se quedare fuera de su casa, a no ser quizá en casa de sus propios padres. Se exceptúa el caso de que el marido la haya expulsado de casa.

---

<sup>72</sup> De la práctica de realizar conjuros y pócimas con fines diversos en Egipto queda huella en varios documentos; *vid.* los recogidos por ROWLANDSON, *op. cit.*, pp. 356-365.

<sup>73</sup> RUGGIERO, *Studi papirologici...cit.*, p. 188 habla de una “perfecta o quasi reciprocidad de las obligaciones conyugales, tanto en lo que se refiere a los intereses materiales -pues la esposa contribuye a las cargas matrimoniales con la dote y el marido contribuye con sus bienes y trabajos al mantenimiento de esta y de los hijos- como a las relaciones morales entre los cónyuges, al prohibirse al marido la bigamia, el concubinato, el maltrato, y correlativamente a la mujer faltar a la fidelidad conyugal u ofender o deshonrar al marido”. VIAL DUMAS, *op. cit.*, p. 105, observa que en estos papiros la equiparación de la mujer al hombre y su autonomía patrimonial.

- f) asiste a los juegos del circo, o a los teatros o anfiteatros como espectadora, ignorándolo o prohibiéndolo el marido.

La mujer, por su parte, podrá enviar al marido el repudio, pudiendo recibir la dote y exigir la donación *propter nuptias*, si el marido:

- a) maquina alguna cosa contra el imperio o sabedor de que otros la maquinaban no la hubiere comunicado al imperio.
- b) hubiera atentado de cualquier modo contra la vida de la mujer o sabiendo que otros querían hacerlo, no se lo hubiere manifestado o no hubiere tratado de defenderla.
- c) hubiere intentado entregarla a otros para que cometa adulterio, atentando contra la castidad de su mujer.
- d) la hubiere acusado de adulterio y no hubiere podido probarlo.
- e) el hallar “que alguno, despreciando a su cónyuge en su misma casa, en la que habita con ella, está en casa con otra, o fuera convicto de que viviendo en la misma ciudad permanece con frecuencia en otra casa con otra mujer, y reprendido una y dos veces por sus propios padres o por los de la mujer o por algunas otras personas dignas de fe, no se hubiere abstenido de tal lujuria”<sup>74</sup>.

#### 1.4. Consecuencias de la vulneración de las cláusulas pactadas

Se hace necesario distinguir, como Berger<sup>75</sup>, entre el incumplimiento de los deberes constante matrimonio e incumplimiento posterior a su disolución.

1. Incumplimiento de los deberes constante matrimonio. Tanto en los contratos griegos como alejandrinos aparecen las siguientes consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de los actos.

-Pena establecida por el incumplimiento de los deberes del marido:

- 1) Devolución de la dote y una cantidad adicional por igual importe en P.Eleph.I. Excepcionalmente, no se establece en este documento sanción alguna por el incumplimiento del deber de mantenimiento por parte del marido, contra lo que es habitual en documentos posteriores.

---

<sup>74</sup>Nov. 117.9.5 (542 d.C.) Iust. A. Theodoto, PP. *Si quis in sua domo, in qua cum sua coniuge commanet, contemnens eam cum aliis inveniatur in ea domo manens, aut in eadem civitate degens in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, et semel et secundo culpatus aut per suos parentes aut per mulieris aut per alias aliquas fide dignas personas huiusmodi luxuria non abstinerit, licere mulieri pro hac causa solvere matrimonium, et recipere datam dotem et antenuptialen donationem, et pro tali iniuria tertiam partem aestimationis quam antenuptialis facit donatio ex eius substantia percipere, ita tamen ut, si filios habuerit, usu solo mulier potiatum rerum quas ex antenuptiali donatione et poena tertiae portionis mariti substantiae acceperit, dominio communibus filiis conservando. Si autem filios non habuerit ex eodem matrimonio, habere eam talium rerum etiam proprietatem praecipimus.* En este caso, la mujer, además de poder disolver el matrimonio, tiene derecho a la dote, a la donación antenuptial y a percibir, *por causa de tal injuria* bienes del marido por importe de la tercera parte del valor de la donación antenuptial –salvo si hubiera hijos, en cuyo caso solo le corresponde el uso de los bienes de la donación antenuptial y de la tercera parte de los bienes recibidos del marido por razón de la pena-.

<sup>75</sup> BERGER, *op. cit.*, p. 220 ss.

- 2) Devolución de la dote incrementada en una mitad *–emiolon–* en los contratos de Alejandría o en el Papiro Genfer.
- 3) Simple reembolso de la dote, en P.Tebt. I.104.

-Pena establecida por el incumplimiento de deberes de la esposa: pérdida de la dote, en todos los casos, excepto en el P.Giss.I.2 (Antaios y Olimpia) en el que no se establece sanción alguna por incumplimiento de los deberes de la esposa, mientras que sí se hace con relación al esposo.

La explicación para De Ruggiero<sup>76</sup> radica en que la devolución inmediata de la dote se concebía como una carga que correspondía al marido si el divorcio ocurría por su culpa o por mutuo acuerdo. Pero tal carga –la devolución de la dote– no debía existir cuando había alguna infracción por parte de la mujer<sup>77</sup>. De este modo, descarta que en este documento se estuviese privando al marido de todo medio para castigar la conducta de la esposa. La sanción, para Ruggiero, consistiría en expulsar a la mujer del hogar conyugal; lo que ocurre es que no se expresaba de forma explícita por ser la consecuencia natural de su culpabilidad.

Otra explicación es que el documento presenta lagunas en el apartado correspondiente a los deberes de la esposa, como advierten Rupprecht y Parca<sup>78</sup>.

2. Después del divorcio, el único deber existente es a cargo del marido, consistente en la devolución. En algunos documentos se prevé que si no la reintegra en un plazo determinado devolverá, además, una mitad adicional *–emiolon–*<sup>79</sup>.

Berger<sup>80</sup> ha señalado que en el Derecho egipcio también era posible incluir en los contratos una cláusula para el caso de que el marido abandonase a su mujer y tomase otra esposa, señalando una serie de documentos en demótico de los siglos IV y III a.C., y observando que estos documentos se diferencian de los griegos en que la pena consiste en una cantidad cierta de dinero, mientras que en estos últimos establecen la devolución de la dote (o en su caso, incrementada en la mitad o, como en P.Eleph.1, en el doble de la dote).

---

<sup>76</sup> DE RUGGIERO, R. “Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio nell’Egitto greco-romano”, *BIDR*, XIV.13, 1908, p. 186.

<sup>77</sup> MODRZEJEWSKY, *op. cit.*, p. 57 aclara que esto podía ser así en Egipto, donde la devolución de la dote pudo hacerse depender del comportamiento de los cónyuges en el matrimonio; sin embargo en el Derecho ático la devolución de la dote no dependía de la causa de la separación (WOLFF, H.J., “Marriage Law and Family Organization in Ancient Athens: A Study on the Interrelation of Public and Private Law in the Greek City”, *Traditio*, 2, 1944, p. 61, quien entiende que en Atenas la mujer tenía derecho a la restitución de la dote incluso en caso de haber cometido adulterio).

<sup>78</sup> RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 65, n. 18; PARCA, M. “The Women of Ptolemaic Egypt: the View from Papyrology”, *A Companion to Woman in Ancient World*, James-Dillon (ed.), Blackwell-Wiley, Chichester, 2012, p. 324.

<sup>79</sup> P. Tebt. I, 104 (Philiscos y Apolonia).

<sup>80</sup> BERGER, *op. cit.*, pp. 218-219. SPIEGELBERG, W. *Papyrus Libbey. An egyptian marriage contract*, Toledo Museum of Art, Toledo, 1907, p. 1 ss. junto a alguno de los citados por Berger, recoge el Pap. Libbey, en el que es la mujer la que se compromete a entregar una cantidad en caso de repudio del marido, pero presentando, *mutatis mutandis*, una redacción similar a la del Pap. Demm.Strass. 56.

## 1.5. Prueba del incumplimiento

En el P.Eleph.1 se indica que la carga de la prueba corresponde al cónyuge que la alega. Esta prueba debe efectuarse en ambos casos ante tres hombres que sean aprobados por los dos cónyuges. Tales previsiones no se encuentran en ninguno de los demás papiros; habrá que esperar hasta la *donatio propter nuptias* del siglo VI d.C. recogida en el P.Lond.1711<sup>81</sup>, para ver una cláusula semejante que establezca una resolución del conflicto por la vía del arbitraje de los tres hombres.

## 1.6. Procedimiento para exigir las sanciones

La mayoría de estos documentos –a excepción del P.Tebt. I.104– incluyen la fórmula *καθάπερ ἐκ δίκης* en la cláusula *praxis*, fórmula cuyo exacto alcance es discutido por la doctrina. En opinión de Rodríguez Martín<sup>82</sup> podría significar que la ejecución se llevaría a cabo “como si hubiese recaído sentencia”, convirtiendo el documento en lo que la doctrina alemana denomina un *Exekutivurkunde*.

A juicio de Häge, el hecho de que la cláusula *praxis* aparezca en muchos contratos apoya la suposición en que no existía en el Egipto helenístico una acción especial para pedir la restitución de la dote, a diferencia de lo que ocurría en Atenas, donde se contaba con una acción específica para este fin, la *diké proikos*<sup>83</sup>. En conclusión, el documento sería título suficiente para ejercitar la ejecución de estas sanciones.

---

<sup>81</sup> *Vid. infra*, p. 22.

<sup>82</sup> Vid. RODRÍGUEZ MARTÍN, J.D., *op. cit.*, p. 17. Explica que, conforme a la interpretación tradicional, el acreedor podría ejecutar las obligaciones del contrato sin necesidad de recurrir al juez para que emitiese un veredicto previo a su favor. En esta obra revisa las objeciones a la tesis tradicional formuladas por Kaser y, fundamentalmente por Wolff, quien, a la vista de proliferación de la cláusula a partir del 170 a.C., explica el hecho en relación con la supuesta sustitución en esa fecha de los dicasterios por el tribunal de los *chrematistai*, lo que habría provocado, la necesidad de que los documentos tuvieran que adaptar sus cláusulas de ejecución. A juicio de Wolff la fórmula *καθάπερ ἐκ δίκης* no debía traducirse “como si hubiera recaído sentencia” sino como “procédase a la ejecución conforme al sistema de la *δίκη*” (el sistema procesal anterior en los dicasterios). Por tanto, los documentos que incorporasen esta fórmula no serían títulos especiales directamente ejecutivos, sino documentos que habrían incorporado esta fórmula para garantizar seguir siendo ejecutados en el nuevo sistema. La pervivencia posterior de la fórmula la atribuye Wolff a la inercia formal propia del lenguaje del Derecho. Posteriormente algunos de sus seguidores llegan a afirmar que la fórmula creada por los notarios ptolemáicos habría sobrevivido en época romana como fórmula vacía de contenido (*Floskelklausel*). A la luz de nuevos documentos que acreditarían que la desaparición de los dicasterios es posterior a la fijada por Wolff (RODRÍGUEZ MARTÍN la sitúa en el 5 a.C., tras el primer cuarto de siglo de dominación romana) y de otros que incorporan la cláusula en cuestión dentro del periodo que Wolff consideraba de vigencia de los dicasterios (270-170 a.C.) el autor concluye, que no se trataría de una fórmula vacía de contenido, sino dotada de un significado procesal muy preciso, consistente en la posibilidad de evitar el proceso. La confirmación de su teoría la encuentra en los contratos matrimoniales del periodo alejandrino, en los que aparece clara la contraposición entre la vía existente para conseguir la devolución de la dote por parte de la mujer en caso de incumplimiento del marido (a través de la cláusula *καθάπερ ἐκ δίκης*, es decir, sin necesidad de juicio previo) y la vía que tiene el marido para conseguir despojar de la dote a su esposa, en caso de incumplimiento por parte de esta de alguno de sus deberes matrimoniales, que requiere “ser juzgada”.

<sup>83</sup> Con relación a la *diké proikos*, *vid.* WOLFF, s.v. “proix”, *RE*, vol. XXIII-1, 156 ss.

En P.Tebt. I.104 (Philiscos y Apolonia) no aparece dicha cláusula *praxis*. En estos casos la devolución de la dote se podría obtener, según Häge y Modrzejewsky<sup>84</sup> a través de una acción general de daños –*diké blabés*– que parte de la ilicitud de los comportamientos que da lugar a responsabilidad civil.

En los papiros alejandrinos BGU IV 1050 (Isidora y Dionisio) y 1052 (Thermión y Apolonio) se establece que en el caso de que el marido incumpla sus obligaciones, corresponde a la esposa un derecho de ejecución por importe de la dote incrementada en una mitad –*emiolion*– sobre la persona o bienes del esposo, como si hubiera habido sentencia. En cambio, en el caso de que la mujer haya incumplido los deberes matrimoniales que le corresponden, la privación de la dote exigirá la previa declaración de su culpabilidad en el juicio correspondiente<sup>85</sup>.

Este tipo de sanciones parecen desaparecer<sup>86</sup>, tras estos contratos alejandrinos, realizados al principio de la dominación romana en Egipto para reaparecer posteriormente en época bizantina.

Con posterioridad los contratos matrimoniales siguen mencionando los deberes de los esposos, pero sin este tipo de cláusulas. Como afirma Rupprecht<sup>87</sup>, manifiesta que la cuestión de porqué esto es así sigue abierta, pues estas sanciones no violan el principio de Derecho romano *libera matrimonia esse antiquitus placuit*.

Sánchez-Moreno Ellart<sup>88</sup> estima correcta en este punto la opinión de Yiftach- Firanko cuando vincula la práctica extinción hacia el siglo I de este mecanismo de control sobre el

---

<sup>84</sup> MODRZEJEWSKY, *op. cit.*, p. V. 58; HÄGE, *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>85</sup> MEYER, *op. cit.*, p. 48 se pregunta en este punto si la mujer ha de ser ante un juez ordinario o ante árbitros, como sucedía en el P. Eleph. I, aunque deja la pregunta sin contestar.

<sup>86</sup> Una excepción quizá podría encontrarse en el P.Col.VIII 227 (II/III), correspondiente al contrato entre Crisermos y Dionisia, del siglo II ó III d.C., en el que se establece una multa para el marido, pero el estado del texto es muy fragmentario y aparecen lagunas justo donde quizá podría aparecer la cláusula. El tenor del texto conservado, traducido al inglés por WÖRNER, K.A., RENNERT, T.T. y BAGNALL, R.S., *American Studies in Papyrology*, vol. 28. *Columbia Papyri VIII*, Scholars Press, Atlanta, 1990, p. 128, es el siguiente: (...) μή ἐξέστω ἀπ[τῶ ἄλλην γυναῖκα ἐπ]-[εἰσάγειν ἐπ' αὐτήν μήτε ὑβρίζειν ἀ[ὐτήν ..... τρόπῳ] | [μη]δενί. ἐὰν δέ τι τούτων ἐπιδειχθῆ πο[ιῶν ὁ Χρυσέρμος ἦ] | [ἐκ]βάλλῃ τὴν Διονυσίαν, ἀποδότω αὐτῇ [ - ca. 14 - ] | [..]ν καὶ ξενίων ἀργ(υρίου) (δραχμῶν) Ἀὼξ καὶ τὰς τοῦ ἀπο[..... ἀρούρας] | (...) No se le permitirá traer (otra mujer) además de ella, ... ultrajarla de ninguna (forma). Si se ve a (Chrysermos) haciendo alguna de estas cosas, o expulsa a Dionysia le dará...y 1.860 dracmas de plata de regalos y las...(...). También considera que este contrato constituye una excepción a la falta de previsión de sanciones a las infracciones de los deberes conyugales en los documentos de la época romana RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 67, n. 29. Por su parte, SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C., “Pherne and Parapherna...” *cit.* p. 189, señala que el último documento en el que se introduce este sistema de garantía para la mujer sería el P. Oxy. II 281 (20-50 d.C.), en el que se recoge una queja de una mujer contra su marido por haber dilapidado la dote, solicitando la restitución de una vez y media el importe de su valor.

<sup>87</sup> RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 68. En contra, URBANIK, J., “Dissolubility and indissolubility of marriage in the greek and roman tradition”, *Mater Familias. Scritti romani per Maria Zablocka*, Warsaw, 2016, p. 1044 refiere a la tradición griega de cláusulas en los contratos matrimoniales que penalizan el divorcio (incluyendo como ejemplo la que figura en BGU IV.1050), que resultarían flagrantemente incompatibles con el orden público romano.

<sup>88</sup> SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C., “Pherne and Parapherna...” *cit.* p. 189.



derecho de disposición del marido –esto es, la cláusula penal o *restitutio in duplo*– con el desarrollo de instituciones como la *parapherna* y la *prosphora* –bienes que quedaba en manos de la mujer como depósito cerrado– que reemplazan a la *pherne* en importancia económica, pasando a incluirse en aquellas los bienes más valiosos, como las joyas y las tierras o los esclavos.

### 1.7. Finalidad de la cláusula de infidelidad

La comprensión de estas cláusulas insertadas en los contratos matrimoniales del periodo ptolemáico y altoimperial romano en Egipto se vincula a otro de mayor alcance, cual es el del carácter monógamo o polígamo del matrimonio en Egipto.

Sobre esta cuestión las fuentes literarias nos ofrecen información contradictoria:

- 1) Diodoro Sículo, 1.80.<sup>89</sup> informa que en Egipto sólo los sacerdotes tenían que ser monógamos y que los demás podían tener muchas esposas.
- 2) Heródoto, sin embargo, afirma que en Egipto cada hombre tenía una sola mujer<sup>90</sup>.

Ante esta situación, la doctrina está dividida entre aquellos autores que no encuentran pruebas suficientes que demuestren que en Egipto se practicaba la poligamia, entre los que figuran Youtie y Edgerton<sup>91</sup> y quienes consideran que la poligamia estaba permitida legalmente, y precisamente la cláusula de infidelidad contenidas en estos documentos tenían como finalidad restringir la poligamia.

En este sentido, Bouché Leclercq sostiene que la poligamia, prohibida a los sacerdotes, pero permitida en principio para los laicos, había contribuido a mejorar la condición de la mujer, convertida en el punto de conexión legal de su descendencia<sup>92</sup>. Se podían introducir cláusulas prohibiendo al marido usar de la facultad que le deja la ley de procrear hijos con una o más esposas de segundo rango, en vida de la primera. Así se aproximaría en la práctica y por la iniciativa de los interesados, el derecho de origen griego y el derecho egipcio.

De Ruggiero<sup>93</sup> afirma que la introducción en los contratos matrimoniales de esta cláusula, que mira a la protección de la mujer, encuentra su explicación remitiéndola al tiempo en la que el marido tenía reconocida legalmente –en un ordenamiento poligámico– la facultad de

---

<sup>89</sup> Diodoro Sículo, 1.80.

<sup>90</sup> Heródoto, 2.92

<sup>91</sup> EDGERTON, *op. cit.*, p. 22; YOUTIE, H. C., “Textual notes on Papyri”, *The Journal of Egyptian Archaeology*, vol. 40, 1954, p. 114 ss. Considera que la previsión de no introducir ninguna esposa, etc. en los papiros greco egipcios no demuestra la práctica de la poligamia entre los griegos.

<sup>92</sup> BOUCHÉ-LECLERCQ, *Histoire des Lagides*, t. IV, Paris, Leroux, Paris, 1907, pp. 78 ss., explica el significado de estos contratos, en los que resulta reforzada la posición de la mujer, acudiendo a Diodoro 1.27, donde llega a decir que en los contratos de matrimonio el marido promete obediencia a su mujer, y a Heródoto 2.35 y Sófocles *Oed. Colon.* 337, quienes manifiestan que en Egipto los hombres hilaban y tejían en casa, mientras que las mujeres van a ganar el pan de la familia. Tales testimonios son, a juicio del jurista francés, una evidente exageración que desmienten los documentos, pero que atestiguan hasta qué punto las costumbres egipcias parecen extrañas a un greco romano.

<sup>93</sup> DE RUGGIERO, R., “Nuovi documenti per la storia del matrimonio e del divorzio nell'Egitto greco-romano”, *Studi Storici per l'antichità classica*, vol. 1, 1908, p. 186.

unirse a otra mujer y procrear hijos con ellas, limitándose de esta forma, mediante pactos, los efectos de este sistema.

Taubenschlag<sup>94</sup> interpreta que la expresa prohibición de poligamia que aparece en los contratos griegos anteriores a Augusto son prueba de que incluso a los griegos en Egipto no se les prohibía practicar la poligamia.

Rabinowitz<sup>95</sup> se pregunta de quién adoptarían entonces los griegos la práctica legal de la poligamia, si en su patria era desconocida, descartando que proceda de los egipcios, al resultar controvertida la existencia misma de la poligamia en Egipto y además constatar que en ninguno de los contratos de matrimonio que se conservan en demótico aparece cláusula alguna en la que se impida al marido casarse o tener hijos con otra mujer.

Rabinowitz destaca las similitudes entre las previsiones que aparecen en algunos contratos de matrimonio en arameo procedentes de la colonia militar judía en Elefantina fechados en el siglo precedente (441 y 420 a.C.) y las previsiones talmúdicas sobre las obligaciones del marido frente a su mujer –amor, vestido y cumplimiento de las obligaciones maritales– y las que aparecen en el Pap. Eleph. 1, sugiere que los egipcios habrían tomado estas prácticas legales de los judíos<sup>96</sup>, entre quienes se permitía la poligamia en el periodo bíblico y aun en época posterior<sup>97</sup>.

## 2. Época bizantina

El documento más interesante en relación con las cláusulas por infidelidad aparece recogido en el P. Lond.1711, fechado entre el 566 y el 577 d.C., siendo calificado por Arangio Ruiz como de *donatio propter nuptias*<sup>98</sup>:

---

<sup>94</sup> TAUBENSCHLAG, R., *The law of greco-roman Egypt in the light of the papyri, 332 B.C.-640 A.D.*, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1972 (reimp. de la de Panstwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1955), pp. 102 ss.

<sup>95</sup> RABINOWITZ, *op. cit.*, pp. 94 ss.

<sup>96</sup> A juicio de YOUTIE, *op. cit.*, p. 114, n. 4, lo que da verosimilitud a la teoría de Rabinowitz es que tanto los documentos arameos como los contratos griegos más antiguos, si bien separados por más de un siglo, proceden de Elefantina.

<sup>97</sup> RABINOWITZ, *op. cit.*, p. 96 señala que incluso hoy en día en la *ketubah* -contrato matrimonial- de los judíos orientales que no reconocen la prohibición postalmúdica de la poligamia, se suele insertar una especial previsión contra la práctica de la poligamia por el marido.

<sup>98</sup> En el P. Lond.1711 se recoge el documento definitivo; mientras que un borrador del mismo aparece en el P. Cair. Masp. 67.310, publicado por MASPERO, J., *Papyrus grecs d'époque byzantine*, III, Imp. Institut Français d'Archéologie Orientale, Le Caire, 1916, p. 84 ss. Ambos textos proceden del archivo de Dioskoros de Aphrodito, de donde era abogado y notario. En el dorso de algunos de sus borradores se han encontrado poemas redactados por él mismo (KUEHN, C., "A new papyrus of a Dioscorian poem and marriage contract. P.Berol. Inv. No. 21334", *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 97, 1993, pp. 103-115). En el texto se incorpora la traducción al latín realizada por ARANGIO RUIZ, *FIRA-III*, n.º18, pp. 43-48, aunque en la traducción latina falta el encabezamiento del documento. Sobre este documento *vid.* SCHERILLO, G. "Studi sulla donazione nuziale", *Riv. Stor. Dir. It.*, p. 474 y ss; BELL, M.L., "Greek papyri in the British Museum. Catalogue with texts", V, Cisalpino Goliardica, Milano, 1973, p. 138 ss. y ROWLANDSON, J., *Women and society in Greek and Roman Egypt: a sourcebook*, Rowlandson-Bagnall, Cambridge U.P., 2005.

βασιλείας καὶ ὑπατει[ας τοῦ θειοτάτου ἡμῶν δεσπότη  
 Φλ(αίου) Ἰουστίνου τοῦ αἰωνίου] | Αὐγούστου  
 Αὐτοκρά[τορος ἔτους - ca. ? - ] | .....[ - ca. ? - ] -- -- --  
 ac. ? | † τὸν γαμικὸν [ - ca. ? - ] | vac. ? -- -- --  
 [Φλ(αίος)] Ὡρουάγχις υἱὸς Φ[ι]λ[ί]ππου ἐκ μητρὸς  
 .....] τῆς [..... καθοσιωμέ(νος)] | [στρατ]ι[ώτ]η[ς  
 ἀριθμοῦ Ἀντι(νόου) καὶ ὀστιάρι]ος ἀπὸ τ[ῆ]ς αὐτῆς  
 πόλεως | μετ' ἐγγυητῶ[ν μου τῶν καὶ ἐξῆς  
 ὑπογραφόντων] ἐκάστο(υ) ἐνεχομένο[υ] τῆ ἰδ[ί]α |  
 ὑπογραφῆ εἰς ..[ - ca. 18 - ]..... ἕκαστος καὶ | .....[.....] |  
 τως τὸ ἐ[πι] τοῖς ἐξῆς] δηλοῦμένοις συμφώνοις ἐν τῷ  
 δ[η]μοσίω(?) γαμικόν] | συμβόλαιον ἐφ' αἷς π[ε]ριέχει  
 διαστολ[αῖς] ἀπάσαις καὶ .....[ - ca. 11 - ]..... | λυτὼν ἀπὸ  
 ταύτη[ς] τ[ῆ]ς [Ἀντινοέων πόλεως (?)] | --- -- [ - ca. ? -  
 ]....[.....]λ.δ.ου[ς] | [ - ca. ? - ]....μο.....υ ἐμαυτὸν τὸν  
 προαφηγηθέντα | [Ὡρουάγγιον] κατ' ἔκδοσιν  
 [.....]..εἰθρ.....ῶν ἐπὶ χρη[σ]τα[ί]ς ἐλπίσι | εἰ τῷ Θεῷ  
 δοξείεν καὶ γνη[σί]ων τέκνων σπορᾶ καὶ τὴν σὴν σεμνὴν  
 καὶ | ἀσφαλῆ παρθένειαν εὐρὼν διηκόρουσα vac. ? ὅθεν  
 εἰς ταύτην ἦκω τὴν ἐγγραφ[ον] | ἀσφάλειαν καθ' ἣν  
 ὁμολογῶ ὀφεί[λ]ειν κ[αὶ] χρεωστῆν ὑπὲρ τῶν σῶν  
 γαμικῶν | ἔδνων ἦτοι πρὸ γάμου δώρων τῶν  
 συμπεφωνημένων καὶ συναρεσάντων | μεταξὺ ἐμοῦ καὶ  
 σο(ῦ) καὶ τῶν [σῶν] σ[ε]μνῶν] γονέ[ω]ν χυρσο[ῦ]  
 νομ[ισμ]ο(ῶν)] δεσποτικ[ῶν] | δοκίμων ἐξ ἐκά[στ]ο(υ)  
 παρὰ κε[ρά]τια ἐξ ] ζυγῶ καὶ σταθ[μ]ῶ Ἀντινόου γί(νεται)  
 χρ(υσοῦ) νομ[ισμ]ατα δεσποτικᾶ] | [δόκ(ιμα) C  
 π(αρά) λC ζυγ(ῶ) καὶ σταθ(ῶ) Ἀντι(νόου), καὶ  
 ταῦτα ἐτοίμως ἔχω παρα]σχῆν τῆ σῆ εὐ[γε]νεία |  
 ὁπότε[αν βου]λ[η]θῆς δίχα πάσης] ἀγ[νω]μοσύνης καὶ  
 ὑπερθέσεως | κινδύνῳ καὶ πόρῳ καὶ τιμῆματι τῆς ἐμῆς  
 ὑπ[ο]σ[τά]σεως γενικῶς καὶ ἰδικ[ῶ]ς | {τῆ [σ]ῆ}  
 ὑποκειμένης σοι εἰς τοῦτο καὶ ὁμολογῶ μηδὲν ἦττον  
 προσ-ε[πι] τ[ού]τοις διαθρέψαι σε γνησίως καὶ  
 ἐνδιδύσκειν καθ' ὁμοιότητα πάντων | [τῶν σ]υμμετρίων  
 μο(υ) καὶ τὸν προσόντα μοι πόρον κατὰ τῶν δυνατὸν  
 τρόπον | [τῆς ἐμῆς μετ]ριότητος καὶ ἐν μηδὲν  
 καταφρονησαί σο(υ) [μήτε] | [ἐκβαλ]εῖν σε ἐκ τοῦ ἐμοῦ  
 συνοικεσίου[υ] παρεκτός λόγ]ο(υ) πορ[νε]ίας] καὶ  
 | [αἰσχροῦς πράξεως καὶ σωματικῆς ἀταξίας  
 ἀπο]δ[ει]χθ[η]σομ[ε]νης | [διὰ τριῶν ἢ πλέον  
 ἀ]ξ[ιο]πιστῶν ἀνδρῶν παγανῶν ὄντων καὶ πολιτικῶν] |  
 ἐλε[υ]θέρ[ω]ν καὶ μηδαμῶς ἀποστῆναί με τῆς σῆς  
 [κοίτης μη]δ' ἑτέρας | δραμεῖν ἀταξίας ἢ ἀσελγίας vac.  
 ? μέντοι καὶ αὐτῆς τῆς σῆς κοσμιότητος | ὑπακουούσης  
 μοι καὶ φυλαττούσης μοι πᾶσαν εὐνοίαν καὶ εὐλικρινῆ |  
 στοργὴν ἐν πᾶσι καλοῖς καὶ ὀφελίμοις ἔργοι[ς] τε κ[αὶ]  
 λόγοι[ς] καὶ ὑποταττομέ(νης) | μοι τρόποις ἅπασιν ἅτε δὴ  
 ἀνήκει ἀπάσαι[ς] εὐγενεστάταις γυναιξίν] |  
 ἐνδείκνυσθα[ί] εἰ[ς] το[ῦ]ς ἐ[α]υτῶν εὐμοίρους καὶ  
 φιλαίτατους ἀνδ[ρ]ας | δίχα ὕβρεω[ς] καὶ ἀψικορίας καὶ  
 οἴας δῆποτε κ[α]ταφρον[ή]σεως, | [ἀλλ' ο]ικ[ου]ρά[ν]υ  
 διόλου εἶνα[ί] καὶ φίλανδρον περὶ ἐμὲ γενέσθ[α] σε |  
 ἀκολού[θ]ως τῆ παρ' ἐμ[οῦ] δε[ι]χθησομένη σοι ἀγαθῆ  
 καὶ σώφρονι προαιρέσει καὶ εἰ συμβαίῃ μοί ποτε καιρῶ  
 ἢ χρόνῳ καταφρονησαί σο[υ] | κατὰ τὸν

Nuper ex beneuola et pacata uoluntate cum  
 decentia tua de legitimis nuptiis contrahendis  
 conueni iusta cum spe et, si Deo placuerit, ad  
 legitimorum liberorum procreationem, et  
 uenerabilem certamque uirginitatem tuam  
 reperisse confirmaui; quare ad praesentem  
 scriptam securitatem perueni, per quam  
 promississe me et debere declaro nomine  
 nuptialium munerum uel ante nuptias donationis  
 quos inter me et te uenerabilesque parentes tuos  
 pacti et conuenti sunt aureos solidos dominicos  
 probatos sex deductis uniuscuiusque siliquis sex  
 formae et ponderis Antinoiticorum . . . . . et hos  
 paratus sum praestare nobilitati tuae cum uolueris  
 sine ulla controuersia uel dilatione, periculo et  
 sumptu et pro aestimatione substantiae meae,  
 quae tibi generaliter et specialiter huius rei causa  
 obligata est. Praeterea nihilominus promitto te  
 conuenienter alere et uestire secundum  
 consuetudinem meae condicionis hominum et  
 pecuniam tuo usui necessariam secundum  
 modicitatis meae potestatem (subministrare) nec  
 omnino te contemnere nec a coniugio meo  
 repellere praeter causam adulterii uel  
 ignominiosorum morum uel corporalis  
 infirmitatis per tres pluresue idoneos liberos uiros  
 priuatos in ciuitate degentes comprobatae, nec  
 umquam discedere a lecto tuo nec in aliam  
 contemptionem uel lasciuiam incurrere, cum  
 certe decentia tua mihi obtemperatura sit et  
 omnem beneuolentiam et genuinum amorem  
 custoditura in omnibus bonis utilibusque operibus  
 et uerbis, uniuersis affectibus in me directis, ut  
 nobilissimam quamque mulierem se praebere  
 decet erga parem suum carissimumque maritum,  
 sine ulla iniuria et uolubilitate et qualibet  
 contemptione, sed omnino domum seruatura et  
 maritum amore completa secundum bonam  
 piissimamque dilectionem a me tibi praebitam : et  
 si forte quocumque loco uel tempore acciderit ut  
 modis superscriptis te contempserim uel sine  
 iusta causa ut supra scriptum est reppulerim,  
 statim ego praedictus maritus tuus Horuonchis  
 decentiae tuae soluturum poenae talis  
 contemptionis nomine aureos solidos  
 duodeuiginti, ui et manu militari exigendos  
 (*etiamsi ad egestatem perducendus sim* ?) sine  
 controuersia et iudicio et actione et quolibet  
 remedio et querela et omni legitima exceptione et  
 calumnia, te ipsa Scholasticia sponsa et uxore  
 mea eandem poenam subitura si me pariter  
 secundum quae in praecedentibus conuentionibus  
 scripta sunt contempseris : quibus immutabiliter  
 (?) adicio me maritum tuum nullam  
 ignominiosam personam in domum apud te  
 introducturum esse nec conuiuia coram te

προαφηγηθέντα τρόπον ἢ ἐκβαλεῖν σε χωρὶς εὐλόγου | αἰτίας ὡς προέγραπται vac. ? ἐτοίμως ἔχω ἐγὼ ὁ προγεγραμμένος[ς] | σὸς ἀνὴρ Ὁρουώγχις π[α]ρ[α]σχ[ε]ῖ[ν] τ]ῆ σ]ῆ κοσμιότητι λόγῳ ποινῆς | τῆς αὐτῆς καταφρονήσεως χρυσο(ῦ) νομίσματα δεκαοκτὼ ἔργῳ καὶ | δυνάμει ἀπαιτούμενα καὶ γυμνὸς ἐξελεθεῖν με ἐκ τοῦ ...σε χωρεῖς | ἀντιλογίας καὶ κρίσεως καὶ δίκης καὶ πάσης ἀφορμῆς καὶ μέμψεως | καὶ παντοίας νομίμο(υ) παραγραφῆς καὶ εὐρεσιλογίας ἐνεχομένης | καὶ σοῦ τῆς προαφηγηθείσης μου νύμφης καὶ γαμετῆς Σχολαστικ[ίας] | τῶ αὐτῶ ἴσῳ μέντοι προστίμῳ εἰ καὶ ἐμοῦ κ[α]ταφρονέσαις ἐπὶ τοῖ[ς] | προτεταγμένοις συ[μ]φώνοι[ς] ἐφ' οἷς καὶ ἀμ[.].[.]. ος προσομολογῶ | ἐγὼ ὁ σὸς γαμέτης μὴ συγκαλέσαι τινα ἀνακόλουθον μετ' οἴκων | ἐπὶ σὲ μῆτε συμποσιάζε[ιν] ἐγγ[υ]ς σ]ο(υ) μετ' ἐταίρων ἢ [οἰ]κείων ἢ | μεθ' ἐτέρου τιν[ός] σοῦ μὴ βουλομένης τὴν αὐτ[ῶ]ν κατάστασιν | καὶ εἰς ἀσφάλειαν ἑκατέρου(υ) μέρους καὶ τοῦ φιλαλλήλου συνοικεσί[ου] | ἐθέμην το[ῦτο] τὸ τῆ[ς] συζυγί]ας σύμφωνον ἦτοι γαμικὸν | συμβόλαιον κύριον ὄν καὶ βέβα[ι]ον πανταχοῦ ἐπιφερόμενον | καὶ ἐπερωτηθεὶς ἐκὼν καὶ πεπεισμένος ὠμολόγησα μὴ φόβῳ, μὴ | δόλῳ, μὴ βία καὶ ἀπάτῃ, μῆτε ἀνάγκῃ συναυνόμενος καὶ ὑπο-|γεγραμμένον ἐξέδομην σοι πρὸς ἀσφάλειαν καὶ πρὸς πάντα | καὶ πρὸς ἕκαστον αὐτῶν τῶν ἐνπεριεχομένων αὐτῶ | κεφαλαίων καὶ ἐπὶ τῆ τοῦ προστίμο(υ) ἀποδόσει εἰ οὕτω τύχοι | ὑποθέμενός σοι πάντα τὰ νῦν ὄντα καὶ ἐσόμενά μοι πράγματα | ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ καθάπερ ἐκ δίκης ἀπέλυσα. | προσομολογῶ αὐτε ἐγὼ ὁ [π]ρ[ο]γεγ[ρ]α[μ]μένος(ος) γαμέτ]ης Ὁρουώγχις μὴ δύνασθαι μὴ | ποτε καιρῶ ἢ χρόνῳ ἐνεγκεῖν ἄλλοδαπὰς γυναῖκας ἐπάνω | τῆς ἐμῆς ἐλευθέρας, εἰ δὲ τοῦτο πράξω ἐπιδώσω τὸ αὐτὸ πρόστιμον. | Φλ(αύιος) Ὁρουώγχις Φιλίππο(υ) καθοσιωμέ(νος) στρατιώτης ἀριθμο(ῦ) Ἀντι(νόου) καὶ ὀστιάριος | ἀπὸ τῆς αὐτῆς πόλε(ως) μετ' ἐγγυητῶν μο(υ) τῶν καὶ ἐξῆς ὑπογραφόντων | ἐκάστο(υ) ἐνεχομένου τῆ ἰδίᾳ ὑπογραφῆ ἐθέμην τοῦτο τὸ γαμικὸν μο(υ) | συμβόλαιόν σοι τῆ προειρημένη Σχολαστικία Θεοδώρο(υ) ἐμῆ γαμετῆ | νύμφῃ εἰς χρυσο(ῦ) νομίσμ(ατα) ἕξ παρὰ κεράτια τριάκοντα ἕξ καὶ ταῦτα ἀποδώσω σοι | ὅποταν βουληθῆς καὶ ποιήσω πάντα τὰ συνταχθέντα ἐν τῶ αὐτῶ γαμικῶ | συμβολαίῳ κατὰ τὴν δυνάμιν ἐκάστο(υ) κεφαλαίου καὶ ἀποδώσω | τὸ προειρημένον.

facturum cum meretricibus uel amasiis uel cum aliis quibuscumque personis quarum societatem recusaueris. Et ob securitatem utriusque partis necnon fidelis cohabitationis hanc redegimus coniugii conuentionem siue nuptialem contractum, ualidum ratumque ubicumque exhibitum fuerit, et stipulatus sponte et ex persuasione sponendi, nec metu nec dolo nec ui nec fraude nec necessitate obstrictus. Quem subscriptum tibi tradidi ob securitatem omnium et singulorum scripturae capitum, pro poenae solutione, si forte commissa fuerit, obligans tibi omnia quae mea nunc sunt quaeque erunt pignoris nomine et hypothecae iure, proinde ac si iudicio condemnatus essem. Absolui.

Insuper declaro ego suprascriptus maritus Horuonchis non posse me ullo loco uel tempore alias uxores ducere praeter liberam meam coniugem: quod si fecerim, eandem poenam soluam.

## 2.1. Finalidad del documento

El marido comienza declarando el motivo y propósito del acuerdo que se celebra, señalando que recientemente ha convenido por la benévola, quieta y pacífica voluntad, a la vez que, por la honradez y decencia de su esposa, contraer legítimas nupcias con la esperanza justa y, si placiere a Dios, de procreación de hijos legítimos, después de haber comprobado su venerable y cierta virginidad.

Afirma haber llegado a esta presente certeza y por ello lo constata por escrito en este documento, por medio del cual, manifiesta haber prometido y deber seis sueldos de oro imperiales, de óptimas calidades, deduciendo de cada uno seis siliquas, según la calidad y peso de los de Antinoopolis, que se pactaron, con el nombre de acuerdos matrimoniales o de donación *ante nuptias*<sup>99</sup> entre él y los venerables padres de su esposa.

Orvonchi se declara dispuesto a entregarlos a su esposa cuando ella quisiere, sin pleito alguno o dilación, sin peligro ni gasto alguno y en consonancia con sus haberes, que han quedado obligados en favor de ella, con carácter general y en especial, por esta misma circunstancia –*quae tibi generaliter et specialiter huius rei causa obligata est*–.

## 2.2. Obligaciones personales y patrimoniales

### 2.2.1 Obligaciones del esposo.

En el documento el marido asume las siguientes obligaciones personales y patrimoniales:

- 1.- alimentar convenientemente y vestir a su esposa según la costumbre de los hombres de su condición.
- 2.- suministrar el dinero necesario para su uso, hasta donde permitan sus modestos medios.
- 3.- no despreciarla ni apartarla o rechazarla de su lecho, excepto por causa de adulterio o de costumbres licenciosas o enfermedad corporal, comprobada por tres o más varones libres y bien dispuestos residentes en la misma ciudad<sup>100</sup>.
- 4.- no apartarse jamás de su lecho.
- 5.- no incurrir en libertinaje u otra causa despreciable en consideración a la honradez y decencia de la esposa.
- 6.- en una cláusula específica indica que no introducirá en el domicilio conyugal persona alguna.
- 7.- no celebrar banquetes con meretrices o amantes o con cualquier otro tipo de persona cuya compañía la esposa rechace;
- 8.- no tomar, en ningún tiempo ni lugar, otras esposas salvo su libre y legítima esposa<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> BELL, *op. cit.*, p. 139 y KUEHN, *op. cit.*, p. 105, afirman que además de ser una *donatio propter nuptias*, puede ser contemplado como un contrato de matrimonio, aunque de naturaleza especial; también ROWLANDSON, *op. cit.*, p. 210 lo califica de contrato matrimonial. En contra, SCHERILLO, *op. cit.*, p. 474 ss. considera que no puede tratarse de un contrato de matrimonio pese a que el propio documento afirma en varias ocasiones tratarse de un *γαμικὸν συμβόλαιον*, pues el matrimonio ya existe e incluso se ha consumado. Observa que la expresión *πρὸ γάμου δώρων* –donación *ante nuptias*– no ha de interpretarse literalmente, aplicándose también a donaciones constituidas, como esta, durante el matrimonio.

<sup>100</sup> SCHERILLO, *op. cit.*, p. 47 n. 5 apunta que el elenco de causas de repudio es más restringido que el establecido por el propio Justiniano.

<sup>101</sup> Esta última obligación la asume al final del documento, tras afirmar incluso que ha concluido (la redacción del documento), comprometiéndose igualmente a pagar la misma pena si incurre en esa conducta. La

### 2.2.2. Obligaciones de la esposa.

Se enumeran las siguientes obligaciones que asume la mujer:

- 1.- abstenerse de injuriar y menospreciar al esposo tanto en sus obras, palabras y afectos como corresponde que muestre cualquier mujer noble en relación con su cónyuge, custodiando la decencia y honradez incluso en la utilización de los bienes familiares.
- 2.- conservar en su integridad la casa según el amor excelente y piadosísimo mostrado de parte de él hacia ella.

### 2.3. Sanción establecida como consecuencia de la infracción de los deberes asumidos

Se declara que si por azar en cualquier lugar o tiempo aconteciere que el marido – Orvonchi– despreciara a su esposa en alguno de los modos expresados o sin justa causa, como arriba queda escrito, la rechazara, está dispuesto a pagar inmediatamente dieciocho sólidos de oro en concepto de la conveniencia y honradez como pena a tal desprecio.

Esta pena se pacta que será exigible incluso por la fuerza –*manu militari*–, aunque esto le conduzca a la ruina, sin pleito, ni juicio, ni acción en contrario o cualquier otro recurso, sin queja o cualquier otra legítima excepción o calumnia.

A su vez, se dispone la misma pena que ha de padecer la esposa, Escolástica, si desprecia alguna cosa de lo que se ha dejado constancia por escrito en cualquiera de los acuerdos plasmasdos en dicho documento. Esta sanción evidencia el principio de igualdad y reciprocidad entre los cónyuges en el supuesto de incumplimiento de estos deberes asumidos.

Se cierra el documento con una serie de declaraciones relativas a la ausencia de vicios en el otorgamiento del contrato, a su validez y a las garantías para su cumplimiento.

De esta forma, se manifiesta que por la seguridad de ambas partes y de una fiel cohabitación se han redactado estas convenciones de matrimonio o contrato nupcial, rato y válido dondequiera que fuere presentado; que el marido lo ha estipulado espontáneamente y por propia persuasión, sin ser obligado ni por miedo, ni por dolo o engaño ni por propia necesidad.

Y que después de haberlo firmado se lo entrega a la esposa, por seguridad de todos y de cada uno de los capítulos de la escritura, con el fin de que se pague la pena si, por azar, en alguno de sus aspectos llegare a incurrirse, obligándose en favor de la esposa en todo lo que al marido concierne garantizándose el cumplimiento *pignoris nomine vel hypoteca iure*, del mismo modo que si hubiese sido condenado en juicio –*καθάπερ ἐκ δίκης*–.

### 2.4. Características del documento

Como aspectos más importantes de este documento, cabe destacar:

---

prohibición del concubinato aparece en otros documentos de la época, como en P. Cairo Masp. 67006, referido por SCHERILLO, *op. cit.*, p. 478.

- 1) No se hace entrega de los objetos donados –dieciocho sólidos de oro– inmediatamente, sino que el marido declara estar dispuesto a entregarlos a la esposa cuando esta lo solicite<sup>102</sup>.
- 2) El similar contenido respecto a los documentos del periodo ptolemaico y de los primeros años de la dominación romana<sup>103</sup>.
- 3) La reciprocidad entre las obligaciones que asume cada cónyuge, sometiéndoles a idéntica pena en caso de incumplimiento: dieciocho sólidos de oro (“yo el antedicho marido Orvonchi estoy dispuesto a pagar dieciocho sólidos de oro..., habiendo de padecer la misma pena tu misma, Escolástica esposa y mujer mía...”).
- 4) La sanción se ejecutará *manu militari*.
- 5) Para comprobar los supuestos excepcionales en los que el esposo sí podría apartarla de su lecho o matrimonio o rechazar a la mujer cual serían el adulterio, costumbres licenciosas o enfermedad corporal comprobada de la mujer se contempla el recurso a tres o más hombres libres y bien dispuestos residentes en la misma ciudad para acreditar estos hechos. Esta referencia recuerda la previsión del P.Eleph.I del 310 a.C<sup>104</sup>; donde se recurría al arbitraje de tres hombres honorables elegidos de común acuerdo por los esposos.
- 6) Las coincidencias entre ambos documentos llegan hasta las disposiciones acerca de la validez del documento: también aquí se señala que ha de ser válido “donde quiera que sea exhibido”.
- 7) A diferencia de los contratos del periodo ptolemaico y altoimperial, la pena nada tiene que ver con la dote –de la que, como observa Scherillo<sup>105</sup>, no se hace mención en este documento– quedando establecida en el triple de la donación *propter nuptias*, es decir, dieciocho sólidos de oro.
- 8) El hecho de que se confirme la virginidad de la esposa y se constate por escrito en este documento ha hecho que se considere que la donación que reconoce haber celebrado con los padres de la esposa aparezca como un *pretium pudicitiae*, que se contempla de manera separada de lo que el esposo debe entregar en concepto de manutención<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> SCHERILLO, *op. cit.*, p. 476, destaca que se puede ver aquí una aplicación de IJ.2.7.3, donde Justiniano admite que las donaciones *propter nuptias* puedan realizarse antes o durante el matrimonio siempre que sean por causa de las nupcias. Cfr., asimismo, CJ. 5.3.20 y Nov. 61.1.

<sup>103</sup> Ver apdo. II.1. En igual sentido, SCHERILLO, *op. cit.*, p. 478.

<sup>104</sup> Extremo también destacado por RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 67, n. 30 y SCHERILLO, *op. cit.*, p. 476 n. 5.

<sup>105</sup> SCHERILLO, *op. cit.*, p. 477.

<sup>106</sup> SCHERILLO, *op. cit.*, p. 479 rechaza la idea de MASPERO, *op. cit.*, p. 84, de que se trata de una reminiscencia de los viejos matrimonios “a prueba” del Derecho egipcio; TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 118. Sobre el *pretium pudicitiae* y su relación con las *donatio propter nuptias*, vid. MALAVÉ OSUNA, B.- ORTÍN GARCÍA, C., –“*Pretium pudicitiae*” y donación nupcial–, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVI, 2004, p. 61 ss. y, el trabajo de Scherillo, aquí citado, quien pone de manifiesto que las donaciones nupciales revestían el carácter de *pretium pudicitiae* en el Bajo Imperio, al menos en Egipto y a partir del s. IV d.C. –P. Grenf II, P. Flor. 36, P. Cair. Preis 2 y P. Lips 41.– si bien muestra algunos ejemplos de época anterior en los que se hace referencia a la virginidad de la esposa, como CPR 26 y 7 y P.Ox. 267. En dichos papiros del siglo IV, las donaciones, bajo el único nombre de *ēdva*, parecen ser dobles: una dada o prometida a la esposa misma y otra a sus padres, lo que aventura que podría ser un residuo de un antiguo precio por la esposa. Varias

### III. La *stipulatio poena* por infidelidad en la jurisprudencia romana

#### 1. Matrimonio y concubinato en Roma

Antes de adentrarnos en la *stipulatio poena* por infidelidad es necesario referirse someramente a los rasgos que caracterizan el matrimonio romano frente a otros ordenamientos de la Antigüedad, y a su diferencia con el concubinato. No son requisitos del matrimonio en Roma ni la compra de la mujer, ni el otorgamiento de un documento (como en los derechos orientales), ni la entrega de la dote o la consumación del matrimonio (como en Egipto).

El matrimonio romano clásico aparece gravitando exclusivamente sobre la recíproca voluntad de los cónyuges (*maritalis affectio, consensus* o *mens coentium*)<sup>107</sup>. La *affectio maritalis* ha de ser continuada, renovada momento a momento –*consortium omnis vitae*– no siendo suficiente, por tanto, un consentimiento inicial<sup>108</sup>.

La *affectio maritalis* necesita de un hecho exterior que la exprese o represente, pudiendo tratarse, sin carácter taxativo, de la *deductio in domum*, de esponsales seguidos del inicio de la convivencia, de la constitución de la dote, de un juramento o *testatio* ante los censores de que se convive con una mujer *liberorum quaerendorum causa*<sup>109</sup> etc.

---

constituciones bajoimperiales y justinianas se refieren al *pretium puditiciae*: CTh.9.42.1, CJ.5.16.4, Nov.Val. III 35 y CJ.5.3.29.

<sup>107</sup> Explican ROBLEDA, O. *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Librería Editrice Università Gregoriana, Roma, 1970, p. 86 y ARIAS BONET, J.A., “El matrimonio en el Derecho romano”, *AAMN*, t. 13, 1962, pp. 13 ss., que si bien la doctrina tradicional exigía la concurrencia de dos elementos, uno material -convivencia efectiva- y otro espiritual -recíproca intención de permanecer como cónyuges- tras los estudios de Volterra y Orestano, que destacan la existencia de matrimonios que se contraen o mantienen sin el elemento de la convivencia, se subraya la importancia del consentimiento como elemento determinante, pues el defecto de convivencia no impide la constitución del matrimonio, pudiendo el consentimiento manifestarse de otras formas: D.35.1.15 (*Ulp. l. XXXV ad sab.*); D.50.17.30 (*Ulp. l. XXXVI ad sab.*): *nuptias enim non concubitus sed consensus facit*; D.24.1.32.13 (*Ulp. l. XXXIII ad sab.*). En igual sentido VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1986, p. 640. Para ROBLEDA, *op. cit.*, p. 109, confirman el valor esencial del *consensus* los textos que señalan la diferencia entre matrimonio y concubinato, como PS.2.20.1; D.24.1.3.1 (*Ulp. l. XXXII ad sab.*) y D. 25.7.4 (*Paul., l. XIX resp.*).

<sup>108</sup> Destacan la importancia fundamental del consentimiento continuado como elemento diferenciador frente a los derechos orientales, en los que el matrimonio aparecía siempre como el resultado de un determinado acto inicial, DEL CASTILLO, A. “El sistema familiar romano de época clásica y la condición social de la mujer casada en el mundo antiguo”, *Espacio, tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua*, t. 23, 2010, 180. Sobre el carácter permanente de este consentimiento *vid.* MIQUEL, J. “Consortium omnis vitae. Una reflexión sobre el Derecho matrimonial comparado”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 20, 2003, pp. 85-98; PUGLIESE, G. *Istituzioni di Diritto Romano*, Piccin, Padova, 1987, p. 428, quien justifica la exigencia del consentimiento continuado sobre la base del tratamiento del *captus ab hostibus*; ASTOLFI, R. *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Cedam, Padova, 2006, pp. 71 ss.; ARCES, P. “Il regime giuridico-sacrale della “pelex” tra “pallakia” e concubinato”, *Rivista di Diritto Romano*, XX, 2020, p. 3.

<sup>109</sup> Gell., Noct. Att., 4.3.2; Reg. Ulp., 3.3.



Como notas distintivas del matrimonio, destacan el de tratarse de una unión de personas de distinto sexo –D.23.2.1 (*Mod. l. I reg.*); IJ.1.9.1 y D.1.1.1.3 (Ulp. l. I *inst.*)<sup>110</sup>– su carácter permanente –D.23.2.1– lo que no está reñido con la posibilidad o de divorcio –D.24.2.1 (*Paul. l. XXXV ad ed.*)<sup>111</sup>– y, lo que resulta de especial interés para el tema que nos ocupa, monógamo<sup>112</sup> –D.23.2.1; CJ.5.5.2<sup>113</sup>; IJ.1.9.1–.

Además del matrimonio, en Roma existió el concubinato, entendiendo por tal la unión estable de un hombre y una mujer sin *affectio maritalis*<sup>114</sup> o aún teniéndola, careciendo de *conubium*<sup>115</sup>. El concubinato, en principio ignorado por el Derecho, prolifera como

---

<sup>110</sup> D.23.2.1 (*Mod. l. I reg.*) *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicati*; IJ.1.9.1. *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*; D.1.1.13 (Ulp. l. I *inst.*) ... *Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus...*

<sup>111</sup> D.24.2.1 (*Paul. l. XXXV ad ed.*) *Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.*

<sup>112</sup> ARIAS BONET, *op. cit.*, p. 9 observa que, si bien en Grecia y, en particular, en Atenas, el matrimonio era monógamo, el principio resultó discutido por los filósofos y se dieron ciertas tolerancias que Roma no conoció. Algunos autores han cuestionado el carácter rígidamente monógamo del matrimonio romano en una primera etapa, como PUGLIESE, *op. cit.*, p. 106 -si bien considera que ya en el periodo antiguo se impone la rígida monogamia- y ARCES, *op. cit.*, p. 3, 10 ss.; este último sobre la base de interpretar en sentido técnico el término *nubeat* en Festo 248.1 (*antiqui proprie eam pelicem nominabant quae uxore habenti nubeat*) que traduce como “los antiguos denominaban *pelex* a quienes *contraían matrimonio* con un hombre casado”; aunque reconoce que se trata de una interpretación controvertida. También menciona el intento de Julio César de introducir en Roma la poligamia (Suet. *Caes.* 52 y Dion Cass. 44.3.7), proyectos que, para VOLTERRA, *op. cit.*, p. 636, n. 6, son fruto de la fantasía de Suetonio. Sobre el término “*nubeat*” en el fragmento de Festo *vid.* ASTOLFI, R. “Sintesi della storia della bigamia in Roma”, *SDHI*, LXXXVI, 2010, p. 281 ss., y *El matrimonio nel Diritto romano preclásico*, 2.ª ed., CEDAM, Padova, 2002. Otro posible intento de introducir la poligamia aparece en una misteriosa ley atribuida a Valentiniano I, dado su interés en casarse con la bella Justina. Señala ROBLEDA, *op. cit.*, p. 180, n. 84, que, de ser cierta, dicha ley habría empezado y acabado con el matrimonio del emperador.

<sup>113</sup> CJ.5.5.2. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Neminem, qui sub ditione sit romani nominis, binas uxores habere posse vulgo patet (...).*

<sup>114</sup> PANERO, P. “El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho”, *RIDROM*, 5, 2010, pp. 92-125, entiende que en Roma existió el concubinato entre personas que no podían contraer matrimonio y quienes, pudiendo, no querían hacerlo.

<sup>115</sup> PANERO, R., *Derecho romano*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 285. MEYER, P. *Der römische Konkubinatus nach den Rechtsquellen un den Inschriften*, Teubner, Leipzig, 1895, pp. 25 y 30 indica que el concubinato se presenta como un sustituto para los casos en los que falta *ius conubii*. Sin embargo, puede darse también entre personas que teniendo *ius conubii* carecen de *affectio maritalis*. Sobre el concubinato en Roma *vid.*, entre otros, BAUDRY, s.v. “*concubinatus*”, *Daremberg-Saglio*, I-2, p. 1.434-1.436; VOLTERRA, “*Concubinato. Diritto romano*”, *NNDI*, III, UTET, Torino, 1958, p. 1052-1053; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, vol. I, Giuffrè ed., Milano, 1963, p. 315 ss.; RAWSON, B. “*Roman concubinage and other the facto marriages*”, *Transactions of the American Philological Association (1974-2014)*, 104, 1974, pp. 279-305; TREGGIARI, S. “*Concubinae*”, *Papers of the British School at Rome*, 49, 1981, pp. 59-81; SANDIROCCO, L., “*Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*”, *LABEO*, vol. 50, n.º 1-3, 2004, pp. 197-230; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “*El concubinato en la experiencia jurídica romana*”, *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. José M.ª Díaz Moreno*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 1.459-1.477, PANERO P., *op. cit.*, pp. 92-125.

consecuencia indirecta de la legislación de Augusto, que restringía el círculo de personas con las que se podía contraer un *iustum matrimonium* y tipificaba el adulterio y el *stuprum*<sup>116</sup>.

La relevancia jurídica de la institución, sin embargo, viene de mano de los emperadores cristianos, que, al tratar de obstaculizarlo, comienzan a darle una regulación, estableciendo limitaciones a las donaciones a concubinas e hijos naturales, normas para la legitimación de los hijos, derechos sucesorios, etc<sup>117</sup>.

El Derecho justiniano cambia de orientación y trata de equipararlo al matrimonio, considerando el concubinato como una unión de rango inferior, a la que se aplican las normas del matrimonio sobre edad, impedimentos, carácter monógamo, etc. Finalmente, el emperador León el Filósofo, siglos después de Justiniano, prohibiría tener concubina considerándola como una injuria contraria a la religión y a la naturaleza (Nov. León 91<sup>118</sup>; con antecedente en la época de Basilio el Macedonio: Proch. 4.26).

Algunos autores, mencionan la existencia de lo que denominan “pallicato”<sup>119</sup>, distinguiéndolo del concubinato. Con ello se refieren a la relación, ignorada por el Derecho, entre un hombre casado y una mujer, no prohibida hasta Constantino.

---

<sup>116</sup> La *lex Iulia de adulteriis* castigaba toda unión sexual fuera del matrimonio considerándolo adulterio o *stuprum* según que la mujer estuviera o no casada; pero enumeraba una serie de mujeres con las que era lícito tener relaciones sexuales sin incurrir en esas penas. La *lex Iulia et Papia Poppaea* excluía que algunas uniones conyugales, por motivos sociales, pudieran considerarse matrimonios legítimos. Como señala BONFANTE, *op. cit.*, p. 316, la primera ley abría la posibilidad, la segunda daba impulso al concubinato. Por ello, según VOLTERRA, s.v. “Concubinato”, *cit.*, p. 1052, el concubinato bajo los emperadores paganos es un instituto de hecho de escasa relevancia jurídica pero ampliamente difundido en las costumbres sociales, practicado entre las clases altas e incluso entre los emperadores. Afirman además que, en la práctica, también podía mantenerse concubinato con mujeres ingenuas, como atestiguan algunas fuentes literarias y epigráficas.

<sup>117</sup> Sobre la doctrina de la Iglesia en los primeros siglos del cristianismo acerca del concubinato y su influencia en el Derecho *vid.* BIONDI, *op. cit.*, p. 127-138. En resumen, se consideró que las uniones que no pueden ser matrimonio son pecaminosas, pero que aquellas que pueden serlo, aunque no alcancen la dignidad del matrimonio, son lícitas, bastando que la unión sea monogámica. De este modo, el c. 17 del Concilio de Toledo del año 400 negaba la comunión al hombre que, estando casado, tuviera concubina, pero no al que tiene concubina “como esposa:” *Si quis habens uxorem fidelem, si concubinam habeat, non communicet. Ceterum qui non habet uxorem, & pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur, tantum ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinae (ut ei placuerit) sit conjunctione contentus; alias vero vivens abjiciatur, donec desinat, & per poenitentiam revertatur;* doctrina que mantiene S. Isidoro, *De distantia Novi et Veteris Testamenti*, 34.5: *christiano non dicam plurimas, sed nec duas, simul habere licitum est, nisi unam tantum aut uxorem aut certe loco uxoris concubinam* y el Decreto de Graciano 5.32.2: *Concubina autem hic ea intelligitur, quae cessantibus legalibus instrumentis unita est, et coniugali affectu ascistur; hanc coniugem facit affectus, concubinam vero lex nominat.*

<sup>118</sup> *Nam si quidem secundum divinum oraculum proprioium fontem habeas, prudente rinde haurias (qua ratione, quum puras aquas haurire liceat, lutum tu mavis?), si vero non habeas, res tamen vetitas acquirere non potes, nec vero vitae consortem invenire difficile est.*

<sup>119</sup> MEYER, *op. cit.*, p. 30. Según GLÜCK *op cit.*, pp. 370-371, los romanos habrían distinguido, a partir de la *lex Iulia* y *Papia Poppaea*, entre *pellex* -mujer que convivía con un hombre casado- y concubina, quien convivía con un soltero a semejanza de una esposa, pero sin vínculo conyugal ni la dignidad y deberes inherentes al matrimonio. Añade el jurista alemán que los compiladores no debieron percibir la distinción entre *pellicato* -prohibido- y concubinato -permitido-. De otro modo no se explicaría por qué las matronas romanas habrían intentado defenderse del *pellicato* mediante una estipulación penal. Esta podría ser, a su juicio, la razón por la que Constantino prohibió de nuevo el *pellicato*. Para BONFANTE, *op. cit.*, p. 315, las *paelices* son las

De la diferencia entre *pellex* y concubina se ocupan varias fuentes literarias y jurídicas, como Festo 248.1; Gellio Noct 4.3.3 y D. 50.16.144 (*Paul. l. X ad l. Iul. et Pap.*)<sup>120</sup>.

## 2. La *Stipulatio Poenae*

La celebración de una estipulación referida a la infidelidad matrimonial y sus consecuencias se recoge en el siguiente fragmento de Papiniano:

D.45.1.121.1 (*Pap. l. XI resp.*) *Stipulationis utiliter interponendae gratia*<sup>121</sup> *Mulier ab eo, in cuius matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset. Nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta condicione pecuniam adsequi non possit*<sup>122</sup>.

Se plantea a Papiniano el supuesto de hecho en que una mujer estipula una cantidad – *ducenta*<sup>123</sup>– de su marido, quien se la entregará si durante el matrimonio vuelve a la costumbre de tener concubina –*si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset*.

El jurista responde que dicha estipulación es conforme a las buenas costumbres –*ex bonis moribus concepta*–, por lo que no ve razón para que, caso de cumplirse la condición, la esposa no pueda obtener la cantidad prometida.

---

meretrices con las que se tienen relaciones pasajeras, hecho que lo distingue del concubinato, caracterizado por ser una unión estable.

<sup>120</sup> Sobre la interpretación de este fragmento del Digesto *vid.* RESINA SOLA, P., “La interdicción lingüística como instrumento del jurista. A propósito de D.50.16.144 y 162”, *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Resina Sola (coord.), Universidad de Almería, 2012, pp. 186-188 y ARCÉS, *op. cit.*, p. 13 ss., quien califica el pasaje de Paulo de “arqueología de la palabra”.

<sup>121</sup> Según la versión de GARCÍA DEL CORRAL, *stipulationis utiliter interponendae gratia* quedaría formando parte del párrafo anterior, el *principium*. Seguimos aquí la edición MOMMSEN-KRUEGER, *Corpus Iuris Civilis*, I, 21.<sup>a</sup> ed., Dublin-Zürich, 1970, p. 779; también en la *Palingenesia iuris civilis*, t. I, Lipsiae, 1889, p. 932, LENEL reconstruye el fragmento 1 comenzando por *stipulationis utiliter*.... En la traducción de D’ORS *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, t. III, Aranzadi, Pamplona, 1975, p. 512, el párrafo 1 queda así: “Con el fin de hacer una estipulación válida, una mujer estipuló doscientos mil sestercios de aquel con el que se iba a casar, para el caso de que durante el matrimonio volviese a tener una concubina. Respondí que no hay motivo para que la mujer no pueda conseguir aquella cantidad si se cumplía la condición, en virtud de una estipulación que se había hecho conforme a la moral”; mientras que el *principium* rezaría: “Es de objeto indeterminado la acción que se da por aquella parte de la caución que dice “Fulano estipuló y Mengano prometió que no hay ni habrá dolo malo en este asunto y promesa”.

<sup>122</sup> En cuanto a las interpolaciones del texto, CUIACIO afirma que en vez de “matrimonium” el texto original de Papiniano diría “manu”, pues en su época la *conventio in manu* habría caído en desuso (*op. cit.*, t. V., col. 2551). Esta interpretación será posteriormente criticada por Köhler (*vid. infra.*). Para BESELER, si bien el inciso *nihil causa esse respondi cur* es auténtico, la expresión *pecuniam adsequi* en lugar de *agere* es propia de un aficionado; a su juicio el texto se leería: *cur “impleta condicione” ex stipulatu “agere denegari deberet”* [–]. Cfr. MITTEIS, L., LEVY, E. y RABEL, E., *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, t. III, Hermann Böhlhaus Nachfolger, Weimar, 1935, p. 392.

<sup>123</sup> Según la traducción de D’Ors, doscientos mil sestercios (*vid. supra*, n.120).

En el fragmento se contempla un contrato formal solemne: *stipulatio*. Habría que distinguir, como Köhler<sup>124</sup>, entre las promesas que se hacen en el ámbito íntimo del matrimonio, aunque revistan la forma de pregunta y respuesta, sin verdadero contenido jurídico, y las que se formulan, como en este texto, mediante una *stipulatio*, con el propósito de ser jurídicamente vinculantes<sup>125</sup>.

El supuesto de hecho sometido a la consideración de Papiniano ha de corresponder necesariamente a un matrimonio *sine manu*<sup>126</sup>. Compartimos la opinión de Köhler, en el sentido de que, de haberse tratado de un matrimonio *cum manu*, la mujer habría quedado bajo el poder –*manus*– del marido, por lo que cualquier estipulación que hubiere podido concertar con su marido sería nula, pues, como se señala en Gai. 3.104<sup>127</sup>, es inútil la estipulación que hiciéramos con una persona sometida a nuestra dependencia.

En este caso la pena<sup>128</sup> asegura una obligación de no hacer, la de no volver a la costumbre de tener concubina. Treggiari<sup>129</sup> ha señalado que no es necesario una renovación formal del concubinato, sino que sería suficiente una reanudación de las relaciones sexuales con una mujer que anteriormente había sido concubina.

También hay que observar que, a diferencia de los contratos greco-egipcios del periodo ptolemáico y de principios de la dominación romana, la pena por incumplimiento del deber de fidelidad está desligada de la dote. Se pacta una cantidad fija, en este caso doscientos. Esto facilita la ejecución de la pena sin necesidad de poner fin al matrimonio, pues, aunque la

---

<sup>124</sup> KÖHLER, J., “Papinian über Liebe und Ehe”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 111-H.3, 1914, pp. 314 ss.

<sup>125</sup> Como ejemplos de estipulaciones vinculantes KÖHLER, *op. cit.*, pp. 314-315 señala los casos en que el marido presta caución en el momento de realizar la estipulación, o cuando escribe un recibo con el importe de esa caución, del que pudiera hacer uso la mujer llegado el caso.

<sup>126</sup> En este sentido discurre la crítica que KOHLER, *op. cit.*, p. 316, realiza a la interpretación que había hecho en su momento Cuiacio sobre este texto, considerando que en el fragmento original en vez de *in matrimonium convenire* –contraer matrimonio– se debía leer *in manum convenire*.

<sup>127</sup> Gai.3.104. *Item inutilis est stipulatio, si ab stipuler, qui iuri meo subiectus est, is a me in mancipio non solum ipsi sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.*

<sup>128</sup> Consideran que el fragmento incorpora una cláusula penal -o estipulación penal, o pena convencional– CUIACIO, *op. cit.*, p. 2551-3, GLÜCK, *op. cit.*, p. 373, GIRARD, G., *De la stipulatio poenae en Droit romain. De la clause pénale en Droit français*, París, 1877, p. 24; KÖHLER, *op. cit.*, p. 371; KNÜTEL, R., *Stipulatio poena. Studien zur römischen Vertragstrafe*, Böhlau Verlag, Köln-Wien, 1976, p. 82, n. 3; BERTOLINI, C. *Della pena convenzionale secondo il diritto romano*, Academia Storico Giuridica, Roma, 1844, p. 23; BIONDI, *op. cit.*, p. 127 y PARRA MARTÍN, *op. cit.*, p. 244. PASTORI, F. *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Giuffrè ed., Milano, 1961 p. 278, señala que la cláusula penal, además de servir como medida de refuerzo del crédito, podía dar sanción jurídica a relaciones desprovistas de tutela por el ordenamiento. La cláusula penal se vincula históricamente a la forma de defensa convencional a la que recurrían antiguamente las partes en ausencia de tutela normativa. La necesidad de referirse en época clásica a formas de autodefensa obedece a eventuales lagunas del ordenamiento, o porque no se consideran merecedoras de tutela. En esta línea DAVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid, 1992, p. 105, señala que la *stipulatio poena* tuvo tres funciones: impeler al deudor a cumplir su obligación; fijar de antemano los daños y perjuicios que podrían derivarse del incumplimiento y servir para dar validez a acuerdos a que el Derecho no reconocía eficacia obligatoria.

<sup>129</sup> TREGGIARI, *Concubinae, cit.*, p. 78.

existencia de la dote no fuera requisito necesario para su existencia, su función era la coadyuvar a sobrellevar las cargas de este – *ad sustinenda onera matrimonii*–.

El análisis de este texto plantea las siguientes cuestiones: 1) validez de la estipulación; 2) compatibilidad entre matrimonio y concubinato; 3) fundamento de la falta de reciprocidad en para el caso de infidelidad de la mujer y 4) posibilidad de establecer un pacto análogo con una concubina.

1) *Validez de la estipulación*. La consulta a Papiniano viene motivada por el deseo de celebrar una estipulación útil –*utiliter*–<sup>130</sup>.

El jurista considera que el carácter de “estipulación útil” de esta cláusula se fundamenta “en ser conforme a las buenas costumbres” –*ex bonis moribus concepta*–. El ordenamiento jurídico romano se encargó de establecer la invalidez de cláusulas penales establecidas sobre conductas inmorales, como las estipulaciones concebidas por causa de cometer o haber cometido un delito –D.45.1.123 (*Pap. l. I def.*)<sup>131</sup>– o sobre condiciones, como la promesa de dar una cantidad “si no me haces tu heredero” –D.45.1.61 (*Iul. l. II ad Urseium Ferozem*)<sup>132</sup>–, pero se consideraban válidas las que tendían a un fin moral, como la estudiada<sup>133</sup>.

No obstante, hay que diferenciar estas estipulaciones de las que de alguna manera atentaran contra la libertad del divorcio, las cuales estaban prohibidas en Roma, como se observa en los siguientes textos jurídicos:

- D. 45.1.134.pr (*Paul. l. XV resp.*)<sup>134</sup>. Se plantea al jurista el problema de resolver si los herederos estaban obligados por la estipulación celebrada por el causante en el siguiente supuesto:

*Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum*

Ticia, que de otro tenía un hijo, se unió en matrimonio con Cayo Seyo, que tenía una hija; y al tiempo del matrimonio convinieron que se desposaría la hija de Cayo Seyo con el hijo de Ticia; y se interpuso un instrumento, y se añadió una pena, si alguno de ellos hubiese sido impedimento para las nupcias; después, durante el matrimonio, murió Cayo Seyo, y su hija no quiso casarse; pregunto, si los herederos de Cayo Seyo estarán obligados en

---

<sup>130</sup> Respecto al término *utiliter* DE LAS CASAS LEÓN, M.E., *De inutilis stipulationibus*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 55-56 advierte sobre el error que supone intentar encasillar el término dentro de nuestras categorías modernas. Concluye que las estipulaciones útiles se contrapondrían a las inútiles porque las primeras cumplen con todos los requisitos que el ordenamiento jurídico les impone para su validez y las inútiles, son las que carecen de algún elemento esencial para desplegar sus efectos. A su juicio es preferible afirmar que en Derecho romano prevalecía un principio de oposiciones privativas, donde habría que estudiar cada uno de los términos manejados por los juristas y sus opuestos y de esta manera estudiar la causa de la falta de validez de la *stipulatio*.

<sup>131</sup> D.45.1.123 (*Pap. l. I def.*) *Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.*

<sup>132</sup> D.45.1.61 (*Iul. l. II ad Urseium Ferozem*) *Stipulatio hoc modo concepta: "si heredem me non feceris, tantum dare spondes?" inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*

<sup>133</sup> BERTOLINI, C. *Della pena convenzionale secondo il diritto romano*, Academia Storico Giuridica, Roma, 1844, p. 23.

<sup>134</sup> Sobre este texto *vid.* SACCONI, G., *Ricerca sulla stipulatio*, Jovene, 1989, p. 136.

*non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstat, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.*

virtud de la estipulación. Respondió, que al que ejercita la acción en virtud de la estipulación que se exponía, como quiera que no habría sido interpuesta conforme a las buenas costumbres, le habrá de obstar la excepción de dolo malo, porque se consideró deshonesto que los matrimonios, o futuros, o ya contraídos, fuesen ligados con el vínculo de una pena.

Paulo respondió que, si se ejercitaba la acción de la estipulación, los demandados podrían oponer la *exceptio doli mali*, al considerar deshonesto que los matrimonios, o futuros o ya contraídos, fuesen ligados con el vínculo de una pena, lo que implica que el matrimonio tanto en su formación como en su pervivencia ha de ser completamente libre, sin que pueda estipularse válidamente una pena respecto de ninguno de dichos momentos<sup>135</sup>.

- D. 45.1.19 (*Pomp. l. XV ad Sab.*) se plantea al jurista el siguiente caso:

*Si stipulatio facta fuerit: "si culpa tua divortium factum fuerit, dari?", nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa.*

Si se hubiere hecho esta estipulación: "¿prometes dar, si por tu culpa se hubiere hecho divorcio?" es nula la estipulación, porque debemos contentarnos con las penas comprendidas en la ley, a no ser que también la estipulación contenga tanta pena cuanta se halle comprendida en la ley.

Pomponio afirma que tal estipulación es nula.

- CJ. 8.38.2<sup>136</sup> transmite la siguiente constitución de Alejandro Severo:

*Imperator Alexander Severus. Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat ALEX. A. MENOPHILO. –A 223 PP. III NON. FEBR. MAXIMO II ET AELIANO CONSS–*

Desde antiguo se determinó que fueran libres los matrimonios. Y, por tanto, consta que no son válidos los pactos de que no sea lícito divorciarse, y que no se tienen por firmes las estipulaciones en que se imponen penas al que se hubiese divorciado. Publicada a 3 de las nonas de febrero bajo el segundo consulado de máximo y el de Eliano (223).

En conclusión, el Derecho romano, contrario a la validez de los pactos que de alguna manera coartaran la libertad de divorcio entre los cónyuges, admitió expresamente la *stipulatio poena* como sanción convencional al deber de fidelidad. Parece ser que no se entendía que las cláusulas penales por infidelidad atentasen contra la facultad de los cónyuges de divorciarse libremente.

La validez de la estipulación también ha sido puesta de relieve por los juristas de la recepción.

<sup>135</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, J. "El divorcio: de Roma a la Edad Media", *REDC*, 48, 1991, p. 160.

<sup>136</sup> *Imperator Alexander Severus. Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat ALEX. A. MENOPHILO. –A 223 PP. III NON. FEBR. MAXIMO II ET AELIANO CONSS–*

A juicio de Baldo de Ubaldis<sup>137</sup> la mujer puede estipular con el varón una pena para el caso de que tenga concubina, pero, además, el obispo puede excomulgar a los hombres que tengan concubina. Si bien considera que nadie puede acusar al marido de adulterio, por no tratarse técnicamente de un adulterio al no haber ocupado el lecho de otro, entiende que, sin embargo, debe permitírsele a la esposa ejercitar la *actio iniuriarum*, pues verdaderamente sufre una injuria al ser ultrajado el matrimonio<sup>138</sup>.

A D.45.1.121.1 se refiere también Paulo de Castro<sup>139</sup> para señalar que el marido se puede obligar en favor de la mujer a una pena para el caso de tener concubina, y esto porque le interesa a la mujer que no la tenga, añadiendo que esta obligación tiende a conservar las buenas costumbres. También afirma que la mujer puede acudir al Juez eclesiástico para que obligue al marido a separarse de su concubina bajo pena de excomunión, y que el Juez secular podrá obligar con penas temporales al marido a que se separe de su concubina, porque a su ministerio toca procurar que los hombres vivan honestamente. Sin embargo, el marido no puede ser acusado por la mujer de adulterio puesto que el marido no viola el lecho de la mujer, no teniendo ella lecho.

Gregorio López sigue el parecer de Paulo de Castro en su glosa a Part.7.17.1<sup>140</sup>, destacando que a la luz de esta ley no puede la mujer formular acusación de adulterio ni ejercitar la acción de injurias, discrepando así de lo afirmado por Baldo; pero le queda la posibilidad de que su marido se haya obligado al pago de una pena (en virtud de lo dispuesto en D.45.1.121.1) o de pedir al Juez eclesiástico que obligue al marido a abandonar a la concubina o incluso acudir al juez secular, quien podrá establecer penas temporales con esta finalidad.

Cuiacio<sup>141</sup> se fija en los requisitos para que la estipulación sea útil. No juzga suficiente que la misma resulte conforme a las buenas costumbres, sino que entiende que además el

---

<sup>137</sup> BALDI UBALDI PERUSINI IURISCONSULTI. *In digestum novum commentaria*, Venetiis, 1586, fol. 23 v. ad lex CXXI § mulier ab eo. *Uxor potest stipulari a uiro penam in casu, in quo vir teneat concubinam. Vbicunq, ergo aliquid sit c. bonos mores, potest adiici poena uide per hunc text, et episcopus posset excommunicare uxoratos tenentes concubinas:-*

<sup>138</sup> BALDI UBALDI PERUSINI IURISCONSULTI. *In VII., VIII, IX., X., XI. Codicis libros Commentaria*, Venetiis, 1607, *si maritus alicuius retinen concubinam solutam quod nemo potest eum de adulterio accusare, quia proprie non est adulterium, cum non sit accessus ad alienum thorum (...) Ego dico quoe licet non possit accusare ad poenam leg. Iuliae tunc possit accusare ex generali capite iniuriarum: quia verum est, quod iniuriam patitur; eum matrimonium violatur.*

<sup>139</sup> PAULUS DE CASTRO, *Lectura super Digesto novo, partem 2*, Johannes und Gregorius de Gregoriis, Venedig, 1494, p. 38v. *Potest maritus se obligare uxori ad poenam si tennerit concubinam. Hoc dicit notabiliter quia interest uxoris quod non teneat et intendit ad conservandum bonos mores (...) Sed an poterit uxor compellere maritum ad dimittendum concubinam dic. quia sic per iudicem ecclesiasticum sub poena excommunicationis (...) Posset et iudex secularis apellere remediis secularibus cum ad eius officium pertineat ut homines honeste vivant ut in l. iustitia dei iust. Et iur. Non tamen potest maritus accusari per uxorem de adulterio propter hoc quod maritus non violat thorum uxoris cum thorum non habeat. Licet secus econ verso ut l.i. et ibi plene no. C. de adul.*

<sup>140</sup> *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio López*, t. III, Oficina de Benito Cano, Madrid, 1789, Glosa 5 (*nin deshonra a la suya*) a Part. 7.17.1.

<sup>141</sup> Nov. 22.15 ... (*quod maxime mulieres utpote circa cubile stimulatatas exasperat, et praecipue castas*) ...

estipulante debe tener interés en la estipulación, pues de no ser así, no se le concedería acción. En este caso considera que está claro el interés de la mujer, pues la existencia de *amicas* y *pellices* muchas veces le causa *iniuria*<sup>142</sup>, como, por otra parte, consta en la Nov.22.15, cuando, al enumerar las justas causas de repudio en favor de la esposa se refiere a la vida lujuriosa del marido, afirmando que esto “principalmente exaspera a las mujeres, y singularmente a las castas, como estimuladas en lo que respecta al lecho conyugal”.

En su comentario a la Nueva Recopilación, Alfonso de Azevedo<sup>143</sup> también admite que el marido puede prometer formalmente a la mujer no tener concubina, cuidando de la expulsión de la concubina. Observa, sin embargo, la dificultad que existe a la hora de probar la comisión del adulterio, pues suele hacerse con clandestinidad.

Pothier<sup>144</sup> se ocupa de esta promesa al estudiar la causa de las estipulaciones. A juicio del jurista francés, la estipulación debe estar fundada sobre una causa, sin lo cual no tendría efecto, y la causa debe ser honesta, pues en caso contrario la estipulación sería nula de pleno derecho<sup>145</sup>. Concluye que ciertamente debe considerarse que es honesta la causa de una estipulación que tiene como fin impedir una mala acción, como ocurre en D.45.1.121.

Köhler<sup>146</sup> ha criticado la decisión de Papiniano argumentando que a la fidelidad conyugal sólo puede llegarse a través de un sentimiento de moralidad y de amor, no por el temor a una multa, que destrozaría así la intimidad de la vida matrimonial. Añade que sería contraria a los derechos de la personalidad, especialmente del marido, en el caso de que la esposa, por ejemplo, quisiera regular su conducta y exigirle que rompiera relaciones con una persona determinada.

2) *Compatibilidad entre matrimonio y concubinato*. Respecto a la cuestión de si en Roma matrimonio y concubinato resultaban entre sí excluyentes, existe diversidad de opiniones en la doctrina.

---

<sup>142</sup> CUAICII, *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem, in tomos XIII. distributa*, t. IV., Prati, 1807, col. 2.550: *Et in specie huius §. stipulatio valet, non tam quia honesta est, quam etiam quia conjuncta est utilitati stipulantis... sic es legendum: quae res tiam maxime honestas muleres exasperat, ut est in Nov. 22.*

<sup>143</sup> DE ACEVEDO, A. *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutionis. T. V, Octavum librum novae Recopilationis complectus*, ad l. 8.20. *Nam sicut maritus potest promittere vxori non habere concubinam, et obligare ad hoc, et cauere de eam expellendo ...Quomodo autem probetur adulterium dicendum este, esse difficilis probationis, nam cum clam et occulte fornicationis fiant.*

<sup>144</sup> POTHIER, *Pandectae justinianae, in novum ordinem digestae*, t. XVIII, ex typis Dondey -Dupré, Parisiis, 1823, p. 425.

<sup>145</sup> POTHIER, *op. cit.*, p. 419.

<sup>146</sup> KOHLER, *op. cit.*, p. 314 ss. sostiene que el medio utilizado por la mujer – empleo de la coacción jurídica – convierte la cuestión que se somete a la consideración de Papiniano en inmoral.



Un sector, entre quienes se encuentran Glück, Baudry y Robleda<sup>147</sup>, sin atender a la evolución histórica de la legislación, expresan categóricamente que *matrimonio* y *concubinatio* son figuras excluyentes, por estar vetado por las leyes romanas.

Por el contrario, otros romanistas, entre los que destaca Biondi, consideran que ambas figuras podían coexistir simultáneamente. En general, los partidarios de esta teoría utilizan el fragmento de Papiniano para reforzar sus argumentos. Biondi<sup>148</sup> afirma que el concubinato, indiferente para la ley, permitía en la práctica la poligamia; Castán Pérez-Gómez<sup>149</sup> o Parra Martín<sup>150</sup> destacan que, si bien era contrario a la ley tener dos mujeres legítimas, sí se podía tener una legítima y otra ilegítima. Si la mujer no toleraba esta situación tenía dos opciones: 1) divorciarse o 2) establecer una pena, bien antes del matrimonio, bien durante el matrimonio mismo.

En esta línea, Cristaldi<sup>151</sup> estima que el fragmento estudiado es muy significativo a) porque el temor de la mujer a que el marido constante matrimonio volviese a la antigua costumbre de tener concubina, significa que concubina y mujer podían coexistir a la vez y que el único remedio que tenía la mujer de oponerse a ello era una cautela preventiva mediante una *stipulatio* b) porque de la anotación de Papiniano de que la estipulación era conforme a las buenas costumbres, se deduce que la coexistencia entre concubinato y matrimonio, aunque no prohibida por el *ius civile*, era sin embargo considerada como contraria a las *bonas mores*. Añade unos textos epigráficos en los que la concubina y la mujer son mencionadas conjuntamente<sup>152</sup>. Se trata de lápidas en las que aparecen el nombre de la esposa y de la concubina del difunto.

Lo más conveniente es atender a la evolución de las fuentes para poder responder a esta cuestión.

---

<sup>147</sup> GLÜCK, F.C., *Comentario alle Pandette*, t. XXV, p. 365; BAUDRY, F., s.v. “Concubinage”, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, dir. Daremberg-Saglio, t. I-2, Paris, 1887, p. 1436; ROBLEDA, O. *El matrimonio en Derecho romano*, Universitá Gregoriana, Roma, 1970, p. 280; MCGINN, T., “Concubinage and the *lex iulia* on adultery”, *Transactions of the American Philological Association*, 121, 1991, p. 336, n.8; RAWSON, *op. cit.*, p. 288.

<sup>148</sup> BIONDI, B., *Il Diritto romano-cristiano*, III, Giuffrè ed., Milano, 1954, p. 127.

<sup>149</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “El concubinato en la experiencia jurídica romana”, *Hominum causa omne ius constitutu est. Escritos sobre el matrimonio en jomenaje al Prof. José M.<sup>a</sup> Díaz Moreno*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, p. 1.470-1.471. Puntualiza que la libertad en este campo sería recortada drásticamente por Justiniano, que aplicaría al concubinato el principio rígido de la monogamia.

<sup>150</sup> PARRA MARTÍN, M. D. “Mujer y concubinato en la sociedad romana”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 23, 2005, p. 244-5.

<sup>151</sup> CRISTALDI, A. “Unione non matrimoniali a Roma”, en *Le relazioni affettive non matrimoniale* (coor. Romeo) UTET, Torino, 2014, p. 172.

<sup>152</sup> CIL IX.2255 (IV.4); CIL X.1267(IV.6); CIL VI.1906 y CIL V.1918. Difieren quienes las han estudiado respecto a su significado: mientras unos entienden que se trataba de relaciones simultáneas (BIONDI, *op. cit.*, p. 133) otros consideran que eran sucesivas, al menos en la mayor parte de los casos (TREGGIANI, S. “Concubinae”, *Papers of the British School at Rome*, 49, 1981, p. 77). Para CRISTALDI, *op. cit.* p. 173 estas fuentes, por si mismas, no permiten probar si el concubinato y el matrimonio habían coexistido o no en el tiempo.

De los fragmentos de Aulo Gelio y de Paulo antes citados, se puede concluir que no estaba prohibido tener concubina además de esposa. Hay que convenir con Arces<sup>153</sup> en que la ley de Numa a la que se refieren tanto Festo como Aulo Gellio, no prohibían la coexistencia entre esposa y *pelex*, sino que se limitaba a establecer una sanción para el caso de que la segunda ejerciera un derecho –acercarse al altar de Juno– que sólo correspondía a la primera.

A la misma conclusión lleva la lectura de otros escritores, como Plutarco<sup>154</sup>, quien en su obra *Moralia*, relata lo siguiente:

“Las mujeres legítimas de los reyes persas se sientan, comen y participan de los banquetes juntamente con ellos. Pero cuando ellos quieren divertirse y emborracharse, las mandan retirarse y llaman a las mujeres cantoras y a las concubinas, y esto lo hacen muy bien, porque no permiten que sus mujeres sean partícipes de su libertinaje y su embriaguez. Por tanto, si algún hombre en su vida particular, licencioso y disoluto en relación con los placeres comete alguna falta con alguna concubina o sirvienta joven, conviene que su mujer no se enoje ni se irrite, considerando que su marido, porque siente respeto por ella, hace partícipe a la otra de su embriaguez, libertinaje y desenfreno”.

Cicerón en *De oratore*, 1.40.183 aborda el famoso caso del romano casado con una española, que vuelve a contraer matrimonio con otra mujer en Roma. A partir de aquí Watson<sup>155</sup> ha deducido que, para el ilustre orador, sería posible que un hombre tuviera a la vez una esposa y una concubina, aunque reconoce que, respecto a la mujer romana, habría habido un matrimonio putativo.

En el estudio sobre la compatibilidad entre matrimonio y concubinato, se ha traído a colación un fragmento de Ulpiano recogido en D.24.2.11, que comienza diciendo que la *lex Iulia et Pappia* ordena que no tenga facultad para divorciarse la liberta que está casada con su patrono:

D.24.2.11.pr. (*Ulp. ad lex Iul. et Pap.*) *Quod ait lex: "divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto"*.

Esta prohibición rige “mientras el patrono quiere que ella sea su mujer”. Destaca el jurista Ulpiano que esta expresión se refiere a que el patrono, además de querer que sea su mujer, también ha de continuar siendo su patrono, de tal forma, que, si hubiere dejado o de ser patrono o de querer, no ha lugar a la prohibición de divorciarse que se impone a la liberta, tal como se observa en D.24.2.11.1<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> ARCES, *op. cit.*, p. 9.

<sup>154</sup> PLUTARCO, *Moralia*, Deberes del matrimonio, 16 (*Plutarco. Obras morales y de costumbres*, II, trad. Morales Ota-García López, Biblioteca Clásica Gredos, 98, ed. Gredos, Madrid, 1986, pp. 184-185).

<sup>155</sup> WATSON, A., *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1967, p. 9. Sobre este texto de Cicerón *vid.* ROBLEDA, *op. cit.*, pp. 118 ss.

<sup>156</sup> D.24.2.11.1 (*Ulp. ad lex Iul. et Pap.*) *Ait lex: "Quamdiu patronus eam uxorem esse volet". Et velle debet uxorem esse et patronus durare: si igitur aut patronus esse aut velle desierit, finita est legis auctoritas.*

Respecto a qué actos pueden entenderse como manifestaciones de que el patrono deja de tener la intención de tenerla como mujer, el jurista estima que puede ser cualquier acto voluntario que evidencie esta intención, poniendo, entre otros ejemplos, el que el patrono hubiese celebrado esponsales o solicitado el matrimonio de otra mujer, o se hubiese procurado una concubina.

D.24.2.11.2 (*Ulp. ad lex Iul. et Pap.*)... *Proinde si patronus sibi desponderit aliam vel destinaverit vel matrimonium alterius appetierit, credendus est nolle hanc nuptam: et si concubinam sibi adhibuerit, idem erit probandum.*

Para Bonfante<sup>157</sup>, el fragmento indicado no revelaría nada sobre la compatibilidad entre concubinato y matrimonio; mientras que para Treggiari y Biondi<sup>158</sup>, el hecho de que iniciar un concubinato con otra mujer faculta a Ulpiano deducir la voluntad del patrono de desear que la liberta deje de ser su esposa, permite hablar de incompatibilidad entre concubinato y matrimonio. Para otros, como Cristaldi<sup>159</sup>, el texto únicamente pretende demostrar que el patrono, al dejar de querer tener a la liberta por esposa, permite que esta pueda casarse con otro, recuperando el *conubium* que hasta ese momento le estaba prohibido.

Varios textos postclásicos cuestionan la legitimidad de tener concubina además de esposa legítima<sup>160</sup>. Las sentencias de Paulo prohíben, durante el tiempo en que se tiene esposa, tener a la vez concubina, añadiendo que “así pues, la concubina se distingue de la esposa sólo por el amor”<sup>161</sup>.

PS. 2.20.1 *Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur*<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> BONFANTE, *op. cit.*, p. 324, n. 1.

<sup>158</sup> TREGGIARI, “Concubinae”, *op. cit.*, p. 78. BIONDI, *op. cit.*, p. 134, contrariamente a Bonfante, considera que el texto prueba mucho, destacando la comparación efectuada entre esponsales y concubinato: así como los esponsales comportan la voluntad de divorcio por la imposibilidad jurídica de que el nuevo matrimonio coexista con el precedente, también el concubinato comporta la misma voluntad, pues no es posible que exista constante matrimonio. Concluye que, si este es el significado del texto, estamos ya fuera del ámbito de los principios paganos para entrar en la órbita de los preceptos de Justiniano. Según el *Index interpolationum*, III, cit., p. 90, solo afirma la interpolación del inciso final (*et si – fin*) Levy.

<sup>159</sup> CRISTALDI, *op. cit.*, p. 175.

<sup>160</sup> WATSON, *op. cit.*, p. 10 considera que ya en el Derecho clásico estaba prohibido tener concubina además de esposa.

<sup>161</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M.P., *Paulo sentencias. Libro segundo. Interpretatio*, UNAM, 1994, p. 39, n. 106, entiende que el término *dilecto* proviene de *dilectu*, según la acepción que registra Heumanns-Seuckel, por lo que traduce el término como “amor”. PANERO, P., “El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho”, *RIDROM*, 5, 2010, p. 100, traduce el término como “elección”, poniendo el texto en relación con D.25.7.4 (*Paul. l. XIX Resp.*): *concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet*.

<sup>162</sup> Para TOMELESCU, *op. cit.*, p. 322 el texto es una interpolación prejustiniana porque contradice el fragmento de Papiniano (D. 45.1.121.1) que no se podría explicar de haber existido esta prohibición en época clásica, y es contrario a las costumbres paganas, que solo castigarían el adulterio de la mujer.

La *interpretatio* a la sentencia explica que el motivo de esta prohibición es evitar que el amor a la concubina separe al hombre de su esposa<sup>163</sup>.

A continuación, se permite que cualquiera que esté destinado en provincias pueda tener concubina.

PS. 2.20.2. *Concubinam ex ea provincia, in qua quis aliquid administrat, habere potest.*

En el año 320 d.C. Constantino promulga una constitución en la que prohíbe que a nadie se le conceda licencia para tener concubina durante el matrimonio.

CJ. 5.26.1. *Imperator Constantinus. Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere.* CONST. A. AD POP. –A 326 PP. XVIII K. IUL. CAESAREAE CONSTANTINO A. VII ET C. CONSS–.

Esta prohibición es reiterada por Justiniano en una constitución del 531, cuando indica que a los hombres que tienen mujeres *ni las antiguas leyes*<sup>164</sup> *ni las nuestras* les permiten tener concubinas libres o esclavas.

CJ.7.15.3.2. *Omnibus etenim uxores habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere nec antiqua iure nec nostra concedunt.* IUST. A. IOHANNI PP.–A 531 D. K. NOV. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC–.

En conclusión, parece deducirse que hasta época postclásica la conducta de un hombre casado que mantuviese concubina, como mucho, llevaría aparejada una reprobación moral (D.45.1.121.1 *a contrario*) pasando a estar prohibida jurídicamente en el Bajo Imperio, como demuestran las Sentencias de Paulo y la Constitución de Constantino, evolución que culmina en la época justiniana con la constitución de Justiniano del año 531.

Por ello la doctrina<sup>165</sup> afirma que el concubinato en Derecho justiniano es rigurosamente monogámico, prohibiéndose al hombre que tiene esposa tener también concubina y al soltero tener más de una.

3) *Fundamento de la falta de reciprocidad para el caso de infidelidad de la mujer.* En D.45.1.121.1.pr. no se establece ninguna pena que sancione la infidelidad de la mujer en

---

<sup>163</sup> *Qui uxorem habet, eo tempore concubinam habere prohibetur, ne ab uxore eum dilectio separet concubinae.* IRIGOYEN TROCONIS, M.P., *Paulo sentencias. Libro segundo. Interpretatio*, UNAM, 1994, p. 39, n. 106, entiende que el término *dilecto* proviene de la palabra *dilectu*, según la acepción que registra Heumanns-Seuckel y traduce el término como “amor”. Por su parte, PANERO, P., “El concubinato...”, cit. p. 100 lo traduce como “elección”, relacionando el texto con D.25.7.4 (*Paul. l. XIX Resp.*): *concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.*

<sup>164</sup> ROBLEDA, *op. cit.*, p. 281 aclara que la expresión *antiqua iure* no ha de entenderse referida necesariamente al Derecho clásico, sino que puede aludir al Derecho postclásico.

<sup>165</sup> BONFANTE, *op. cit.*, p. 324; VOLTERA, E. *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1986, p. 665, SANDIROCCO, L. *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, “LABEO”, 50, p. 223; TOMULESCO, C. St., “Justinien et le concubinatus”, en *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. I, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1972, pp.321 ss.

correspondencia a la pena que sí se establece para el marido, por lo que se hace necesario indagar la causa que justificaba esta falta de reciprocidad.

La primera explicación en la que cabe pensar es que debía de considerarse que la infidelidad de la mujer casada ya estaba suficientemente sancionada en el conjunto del ordenamiento jurídico, por lo que no tendría mucho sentido establecer, además, una estipulación que obligara al pago de una cantidad de dinero.

Efectivamente, las relaciones extramatrimoniales mantenidas por una mujer casada se entendían constitutivas de adulterio y tipificadas como crimen público desde la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*<sup>166</sup>. En cambio, las relaciones extramatrimoniales del marido no estarían consideradas como adulterio<sup>167</sup>; a salvo su eventual punibilidad como cómplice del adulterio o estupro de otra mujer. Habría que esperar al siglo VIII en Bizancio y a la Ecloga de León III el Isaúrico para la tipificación de los actos sexuales cometidos por el hombre fuera del matrimonio<sup>168</sup>.

Sin embargo, una lectura atenta del precepto puede conducir a otra interpretación más sencilla. Lo que prohíbe la estipulación estudiada por Papiniano es volver, durante el matrimonio, a la costumbre de tener concubina –*si concubinae... consuetudinem repetisset*– es decir, se trata de impedir, bien la reiteración de una infidelidad matrimonial, bien la renovación de un concubinato que se mantuvo antes del matrimonio.

En este sentido la Glosa de Accursio<sup>169</sup> advertía que la *stipulatio* a la que se refiere el fragmento se realizaba entre cónyuges que se reconciliaban: *conveniebant, id est, reconciliabatur*. Llama la atención esta puntualización del glosador, puesto que en la práctica jurisprudencial americana también son, en la actualidad, más frecuentes estos pactos entre esposos que se reconcilian tras la infidelidad de uno de ellos que entre los que contraen matrimonio por primera vez.

---

<sup>166</sup> RIZZELLI, G., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, edizioni del Grifo, 1997, p. 9 observa que se presupone en los textos que tratan sobre el adulterio una infidelidad conyugal exclusivamente femenina; en igual sentido PUGLIESE, *op. cit.*, p. 435. Sobre las penas por adulterio *vid.*, entre otros, HUMBERT-CAILLEMER, s.v. “Adulterium”, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Daremberg-Sanglio, t. I-1, Paris, 1873, p. 87; MOMMSEN, T., *El Derecho penal romano*, trad. P. Dorado, t. II, Analecta, Pamplona, 1999 (ed. facs. de la España Moderna, Madrid, 1905) p. 160 ss. y OSABA GARCÍA, E., *El adulterio uxorio en la lex visigothorum*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 26 ss.

<sup>167</sup> Así, en CJ.9.9.1 los emperadores Severo y Caracalla recuerdan que la *lex Iulia* niega legitimación a la mujer para acusar de adulterio en juicio público a su marido, aunque se quiera querellar de haber sido violado su matrimonio *Imperatores Severus, Antoninus. Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Iulia declarat, quae, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit. SEV. ET ANT. AA. CASSIAE. –A 197 PP. XIII K. AUG. LATERANO ET RUFINO CONSS–*.

<sup>168</sup> Vid. BOTTA, *op. cit.*, pp. 86 ss. donde analiza la Ecloga de León III, en particular Ecl. 17.19 y 17.20.

<sup>169</sup> Vid. FEHI, J., *Digestum novum seu Pandectarum Iuris civilis*, t. III, Lugduni, 1627, col. 1015, gl. d/ *conveniebat ad l. mulier ab eo*.

Por el contrario, la reciprocidad en las obligaciones de ambos cónyuges se contempla por Justiniano en las justas causas de repudio recogidas en las novelas 117.8 y 9<sup>170</sup>.

4) *Posibilidad de establecer un pacto análogo con una concubina*. Godofredo plantea la pregunta para el supuesto de que un hombre no pudiera carecer por más tiempo de una concubina y volviera a la concubina<sup>171</sup>, aunque deja la pregunta sin responder.

A este respecto se ha observado, partiendo de las comedias de Plauto<sup>172</sup>, que, si no prohibido por el Derecho<sup>173</sup>, al menos era reprochable socialmente tener nueva concubina sin haberse deshecho de la anterior<sup>174</sup>.

Para Glück<sup>175</sup> estaba prohibido por las leyes romanas tanto que un hombre casado tuviera una concubina como tener dos o más concubinas simultáneamente, precisamente por afinidad con el matrimonio, con el que presentaba varias notas comunes, como el tratarse de una unión ente personas de distinto sexo, su carácter consensual y monógamo.

En la Nov. 18.5 (año 536) Justiniano dispone que cuando muera intestado un hombre que hubiera tenido hijos de una única concubina, sin tener esposa ni descendencia legítima, corresponderá a los hijos dos *uncias* de la herencia (dos doceavas partes) que habrán de repartir con la madre. Pero para que esto ocurra es preciso que el hombre en cuestión haya tenido en su casa una sola mujer libre en calidad de concubina viviendo con él —o habiendo muerto esta o habiéndose separado de ella, que vivieran con él sus hijos<sup>176</sup>. La novela continúa disponiendo lo siguiente:

<i>Si autem confusa concupiscentia ita fiat, et alias superinducat priori concubinas et multitudinem habeat concubinarum fornicantium (sic enim dicere melius est) et ex eis filios faciens moriatur, multas simul relinquens concubinas: odibilis quidem nobis</i>	Mas si por una concupiscencia desordenada se hiciera de modo que a la primera agregara otras concubinas, y tuviera multitud de concubinas fornicadoras (porque es mejor decirlo así) y muriera teniendo hijos de ellas, y dejando al mismo tiempo
---	---

---

<sup>170</sup> Vid. apdo. II.1.3.b.

<sup>171</sup> GODOFREDO (*op. cit.*, t. III, p. 492) 27/ *Fingamus itaque virum diutius concubina carere non potuisse, et concubinam reduxisse, an ex hac stipulatione cum ea agi poterit?*

<sup>172</sup> PLAUTO, *Miles gloriosus*, 1095. Pirógenes pregunta a su amigo Palestrión qué puede hacer con su concubina, “porque es de todo punto imposible el traer a la otra a casa antes de haberla despedido a ella”: *Quid nunc mi es auctor ut faciam, Palaestrio, de concubina? nam nullo pacto potest prius haec in aedis recipi quam illam amiserim.*

<sup>173</sup> BIONDI, *op. cit.*, p. 127 destaca la inexistencia de prohibición legal de tener más de una concubina.

<sup>174</sup> AMUNÁTEGUI, C.F., “Algunas consideraciones sobre las cortesanas en la comedia de Plauto”, *Estudios Públicos. Revista de Humanidades y Ciencias sociales*, 104, 2006, p. 360.

<sup>175</sup> GLÜCK, *op. cit.*, p. 368. También expresa el carácter monógamo del concubinato MEYER, *op. cit.*, p. 28 precisamente apoyándose en PS. 2.20.1, antes citado.

<sup>176</sup> Nov. 18.5 ...*Nunc enim si quis moriens legitima sibi penitus sobole non existente (filiorum dicimus aut nepotum aut ceterae successionis), neque uxore legitima, proinde moriatur non disposita substantia, et veniat cognatio forsan aut certe manumissor bonorum possessionem movens et insurgens, aut etiam nostrum aerarium (nec enim illi, quantum ad hoc, parcimus), sit autem ei domi, donec vivit, libera mulier in habitu concubinae cum eo degens, et filii ex ea (...) damus eis et intestato parentibus morientibus duas habere uncias paternae substantiae cum matre partiendas, quanticumque fuerint filii, ita ut pro portione unius filii et mater accipiat. Et haec dicimus, si uni concubinae cohabitaverit et filios ex ea habuerit, aut praediscendente concubina morte forsan aut divisione filii domi sint; tunc enim damus eis ab intestato duarum unciarum successionem...*

*iste qui talis est, procul autem omnibus modis ab hac lege expellatur.*

muchas concubinas, este hombre, que es de tal modo, nos es ciertamente odioso, y sea de todos modos repelido de esta ley.

Justiniano sigue estableciendo el paralelismo entre el concubinato y el matrimonio:

*Sicut enim si quis legitimae uxori coniunctus alias superinducere non poterit matrimonio consistente et ex eis legitime filios procreare, sic neque post cognitam, quemadmodum diximus, concubinam et ex illa filios dabimus, si et aliud opus libidinis egerit, etiam hoc ad successionem eius introduci, si mortuus fuerit intestatus Nam si hoc non constituimus, erunt indiscretae mulieres, quam maius aut quam minus amaverit, indiscreti etiam filii: et nos non praebemus luxuriantibus, sed caste viventibus legem*

Pues, así como unido alguien a mujer legítima no podrá tomar otras subsistiendo el matrimonio y procrear de ellas legítimamente hijos, así tampoco permitiremos después de reconocida la concubina, según hemos dicho, y los hijos habidos de ella que si hubiere hecho otra obra de liviandad, sea también ella admitida a la sucesión de él, si hubiere fallecido intestado. Porque si no establecemos esto, no se distinguirá entre las mujeres a cuál haya amado más, o a cuál menos, y tampoco habrá distinción entre los hijos, y nosotros no damos esta ley para los lujuriosos, sino para los que viven castamente.

Estas disposiciones serían refrendadas por Justiniano tres años después, a través de la constitución recogida en la Nov. 89.12.4-5, en términos prácticamente idénticos a la Nov. 18.5.

Por consiguiente, si bien tener varias concubinas no llevaba aparejada una sanción penal, sí se trataba de un comportamiento que en determinadas épocas mereció reprobación social, y que Justiniano trata de reprimir.

Ante esta situación no parece que pudiera haber inconveniente en pactar una *stipulatio poenae* para el caso de infidelidad con una concubina, por la misma razón que da Papiniano en D.45.1.121.1: tal pacto no sería contrario a las *bonas mores*, sobre todo en el derecho justinianeo, en el que se tiende a aproximar el régimen del concubinato al del matrimonio.

#### IV. Derecho civil español

Hoy en día, despenalizado el adulterio tras la reforma del Código Penal de 1978 y tras la desaparición del divorcio causal a través de la L. 15/2005, de 8 de julio, se plantea la doctrina la naturaleza que revisten actualmente los deberes de los cónyuges contemplados en los artículos 67 y 68 CC: convivencia, fidelidad, respeto, ayuda y socorro mutuo y actuación en interés de la familia, y, tras la citada reforma, compartir las responsabilidades domésticas.

Un amplio sector considera que son deberes puramente éticos y no jurídicos<sup>177</sup>, al no poder exigir coactivamente su cumplimiento. Las únicas consecuencias derivadas de su violación serían indirectas, como la de ser causa de desheredación y poder generar el derecho a alimentos –sólo en caso de separación–<sup>178</sup>. También parece seguir esta línea nuestro

<sup>177</sup>Vid. BARRIO GALLARDO, *op. cit.*, p. 57; FERRER RIBA J., “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”; *InDret*, 4/200, pp. 14-16, NOVALES ALQUEZAR, *op. cit.*, p. 670 ss. y la bibliografía allí citada.

<sup>178</sup> Observa MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “Artículos 67 y 68”, *Código civil comentado*, Cañizares Laso (coord.), 1.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, p. 440, que se trata de consecuencias más teóricas

Tribunal Supremo, al señalar que “se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe” (STS 629/2018, de 13 de noviembre<sup>179</sup>).

Otro sector sostiene que el hecho de que tales deberes se hayan mantenido en el articulado del CC tras la reforma de 2005, habiendo tenido el legislador ocasión para eliminarlos, acredita su naturaleza de auténticos deberes jurídicos; añadiendo que todo lo que está en el Código civil “es jurídico”<sup>180</sup>.

En este sentido, se ha afirmado que para mantener la calificación de “jurídicos” de estos deberes parece razonable conceder la indemnización por el daño moral que su incumplimiento pueda ocasionar al cónyuge ofendido<sup>181</sup>. De Verda<sup>182</sup> se posiciona a favor del resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los deberes conyugales por la vía del 1902 CC siempre que se produzca un daño resarcible, la constatación de un ilícito civil, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño y el dolo o culpa del infractor.

## 1. La indemnización de los daños morales por infidelidad en España

Antes de la promulgación de la Constitución y en el marco de un pronunciamiento relativo al delito de adulterio, la STS (Sala 2.ª) 573/1959, de 24 de octubre, reconoció que la infidelidad de la esposa producía en el otro cónyuge daños morales susceptibles de ser indemnizados. De este modo, frente a la alegación de la recurrente, que entendía que, siendo el adulterio un delito contra el honor del marido por el incumplimiento de las relaciones matrimoniales, tenía ya su sanción propia en la pena correspondiente, consideró el TS que “la infidelidad de la mujer entregándose carnalmente a un hombre que no es su marido, y la conducta de ese hombre poseyendo a la mujer casada, a sabiendas de que lo es, además de ser una ofensa al sentimiento público de honestidad, ataca directamente la dignidad y honor

---

que reales, pues la causa de desheredación basada en el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales habrá provocado normalmente la separación, aunque sea de hecho, de los cónyuges, desapareciendo así los derechos legitimarios (art. 834 CC en su redacción dada por L.15/2005) o bien habrán seguido viviendo juntos, siendo entonces difícil no identificar en ese mantenimiento de la convivencia una reconciliación, produciéndose la desaparición del derecho a desheredar (856 CC).

<sup>179</sup> RJ 2018, 5158, F.J.4.º.

<sup>180</sup> En este sentido cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.- CHAPARRO MATAMOROS, P., “La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España”; *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4 ter, 2016, p. 247 ss. GARCÍA CANTERO, G. “Comentario al art. 67 CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. Albadalejo), t. II, Edersa, Madrid, 1982, p. 186; GETE ALONSO Y CALERA, M.C., “Comentario al art. 67 CC”, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, vol. I, Madrid, 1984, p. 322; LACRUZ BERDEJO *Elementos de Derecho civil*, IV.1, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, pp. 146-147; LÓPEZ DE LA CRUZ, L., “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *InDret*, 4/2010, p. 15; MENDOZA ALONZO, P., “Daños morales por infidelidad matrimonial. Un acercamiento al Derecho español”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 2, n.º 2, 2011, pp. 45 ss.; NOVALES ALQUEZAR, M.A., *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho comparado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pp. 675 y 701 ss., etc.

<sup>181</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 441; AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, p. 30.

<sup>182</sup> DE VERDA, *op. cit.*, pp. 232 ss.



del marido, que al ver mancillado y deshecho su hogar, ha de sufrir la tortura de tan afrentosa situación”. Por ello, dispone conceder al ofendido una indemnización de 10.000 ptas. aplicando los artículos 104 y 105 CP<sup>183</sup>.

En la actualidad, el Tribunal Supremo niega el carácter de “daño indemnizable” al daño moral ocasionado a uno de los cónyuges como consecuencia del incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte del otro, en concreto, del deber de fidelidad.

Las sentencias del Tribunal Supremo 701/1999, de 30 de julio –RJ 1999, 5726– y 629/2018, de 13 de noviembre, antes citada, consideran que, si bien conductas como las enjuiciadas –mantener relaciones extraconyugales de las que han resultado hijos extramatrimoniales– son susceptibles de causar un daño, niegan, sin embargo, que se trate de un daño indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, “a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar”<sup>184</sup>.

Según el Alto Tribunal, la única respuesta que cabe dar a este tipo de conductas es la separación o el divorcio, pues la normativa reguladora del matrimonio “no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación”<sup>185</sup>. Lo contrario llevaría, a juicio del TS, a estimar que cualquier causa de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización.

Compartimos la opinión de De Verda<sup>186</sup> respecto a que el incumplimiento de los deberes conyugales puede dar lugar a un daño resarcible fundamentado en los siguientes argumentos:

---

<sup>183</sup> SÁNCHEZ REBULLIDA, F., *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, t. II, EDERSA, Madrid, 1978, p. 125, se pronunciaba en favor de la concesión de una acción de daños por transgresión del deber de fidelidad, no solo en casos de adulterio, como en la STS (Sala 2.ª) 573/1959, de 24 de octubre arriba citada, sino en aquellos en que la infracción consistiera en mantener cualquier relación que crease una apariencia lesiva para la dignidad del otro cónyuge.

<sup>184</sup> El TS también abordó el problema de los daños morales derivados de la ocultación de paternidad en la sentencia 687/1999, de 22 de julio (RJ\1999\5721) descartando la responsabilidad de la esposa.

<sup>185</sup> El ATC 140/2001 de 4 de junio rechazó la admisión a trámite del recurso de amparo interpuesto por el marido, negando 1/ la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues el recurrente obtuvo una sentencia congruente, motivada y fundada en derecho, frente a la alegación de este de su pretensión fue desestimada con el argumento de que el daño procedía de la infidelidad de la esposa, cuando en realidad lo reclamado eran los daños morales por la ocultación dolosa de la paternidad y 2/ la violación del principio de igualdad: el recurrente alegaba que, al haberse excluido la responsabilidad civil argumentando que la infidelidad matrimonial solo se sancionaba -en aquel momento- como causa de separación o divorcio, sin que el legislador hubiera previsto ningún otro efecto, si no hubiera estado casado con su esposa no habría habido obstáculo para entender que la persona que produjo el daño, de haber mediado el mismo dolo y engaño, lo hubiera de reparar. Para el TC no se tiene certeza de cuál habría sido la respuesta efectiva de haberse tratado de una relación *more uxorio*.

<sup>186</sup> DE VERDA, *op. cit.*, p. 232 ss.

- 1) consideración de los deberes conyugales como auténticas obligaciones jurídicas, al incluirse entre los efectos del matrimonio y calificarse legalmente como tales por los arts. 67 y 68 CC, al utilizar los términos “deben” o “están obligados” a cumplirlos.
- 2) nulidad del matrimonio si se excluyen los deberes conyugales, pues se estaría excluyendo la causa del negocio jurídico matrimonial, de ahí la relevancia de la simulación y reserva mental como causas de invalidez del matrimonio (73.º CC).
- 3) la supresión del incumplimiento de los deberes conyugales como causa de separación tras la reforma operada por ley 15/2005 no es causa para negar la juridicidad de los deberes conyugales.
- 4) la despenalización del adulterio por ley de 28 de mayo de 1978 no conlleva la privación de tutela civil a través del art. 1902 CC.
- 5) la infidelidad siempre que no sea recíproca, da lugar a un daño resarcible.

En los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales sí se encuentran algunos fallos favorables a otorgar la indemnización; como la SAP de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre, que condena solidariamente tanto al cónyuge infiel como su amante habitual al estimar acreditada la producción de un daño moral como consecuencia del conocimiento de la no paternidad de tres menores que creía sus hijos, con la consiguiente pérdida de contacto y lazos afectivos, incrementando la indemnización acordada por la sentencia de instancia por el daño moral sufrido por el marido resultante del estricto incumplimiento del deber de fidelidad por parte de su mujer, afirmando que “ los padecimientos del demandante no pueden imputarse solo al descubrimiento de su no-paternidad, sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa”; la SAP de Cádiz 125/2008, de 3 de abril que concede indemnización por daño moral por incumplimiento negligente, considerando expresamente que el deber de fidelidad es un deber jurídico cuya violación es susceptible de ser indemnizada por la vía del 1.902 CC<sup>187</sup>. Más recientemente, concedió indemnización por ocultación de paternidad la SAP Madrid 231/2019 de 24 de mayo (JUR 2019, 214532), en un caso en que la infidelidad se había producido antes del matrimonio<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> SAP de Cádiz 125/2008, de 3 de abril (JUR 2008/234675). Respecto de la cuestión del resarcimiento del daño moral proveniente de la infidelidad, expone que las obligaciones conyugales no constituyen “deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser”, por lo que nada puede oponerse al resarcimiento por la infidelidad, ya que “quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquéllos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja”. (DE VERDA, *op. cit.*, p. 252). Para este autor “el hecho de que uno de los cónyuges mantenga una relación sexual con un tercero es, en sí mismo, un incumplimiento grave de la obligación de fidelidad, que puede dar lugar a un daño moral resarcible en quien ve truncada la confianza en que su consorte respetaría el compromiso jurídico de exclusividad sexual, libremente asumido al casarse” (*op. cit.*, p. 253).

<sup>188</sup> También concedieron indemnización por daño moral derivado de ocultación de paternidad, entre otras, la SAP Valencia 467/2007 de 5 de septiembre (JUR 2007/340366); SS. AP León 1/2007 de 2 de enero (JUR

Lopez de la Cruz y Rozalén se muestran a favor de estimar que se genera un daño indemnizable si el incumplimiento del deber matrimonial lesiona un derecho fundamental por tratarse de daños causados a la integridad física y psíquica del cónyuge, su salud, libertad, honor o intimidad, libertad sexual<sup>189</sup> o patrimonio.

En la jurisprudencia del TS la indemnización por daño moral se ha venido solicitando mediante el ejercicio de la acción de nulidad matrimonial al estimar que se trata de una conducta dolosa que genera una clara reserva mental como vicio de la declaración de voluntad al contraer matrimonio, habiendo sido estimada por STS de 26 de noviembre de 1985, en la que se concede esta indemnización por daño moral, basándose en que se habría frustrado en la mujer la idea de asistencia material que comporta el matrimonio y la esperanza de fundar una familia legítimamente constituida.

En España se carece de un precepto similar a los contenidos en el Código civil francés y en el CC portugués tras la reforma de 2008. En el *Code* francés, el art. 266, tras la reforma introducida por la ley 2004-439 de 26 de mayo de 2004<sup>190</sup>, reconoce el derecho del cónyuge a ser indemnizado por las consecuencias dañosas que le ha ocasionado el divorcio. Esta indemnización es compatible con la pensión compensatoria establecida para necesidades alimenticias en el art. 270 *Code* civil francés.

En el CC portugués el art. 1792<sup>191</sup> consagra el derecho del cónyuge lesionado de solicitar la reparación de daños causados por el otro cónyuge según las normas generales de responsabilidad civil lo que permite exigir el resarcimiento de daños morales provocados por el incumplimiento de deberes conyugales.

## 2. Pactos indemnizatorios por infidelidad

---

2007/59972) y 39/2009 de 30 de enero (JUR 2009/192431); SAP. Cádiz de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014/203955); SAP Barcelona 27/2007 de 16 de enero (JUR 2007/323682); SAP Murcia 262/2009 de 18 de noviembre (AC 2010/60); SAP Cantabria 138/2016, de 3 de marzo (AC 2016/799); SAP Ciudad Real 112/2018 de 23 de abril (AC 2018/1384).

<sup>189</sup> LOPEZ DE LA CRUZ, *op. cit.*, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *InDret*, 4/2010, pp. 15 y 32-34, seguida por ROZALÉN CREUS, L., *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*, 2018, p. 140 (<https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/66581/Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

<sup>190</sup> Art. 266 CC francés: “Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270, puede acordarse una indemnización de daños y perjuicios a favor de uno de los cónyuges, en reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio, ya cuando hubiera sufrido una demanda de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal sin haber formulado, a su vez, ninguna demanda de divorcio, o cuando el divorcio se hubiera declarado por culpa exclusiva de su cónyuge. Esta petición sólo podrá formularse con ocasión de la acción de divorcio” (NÚÑEZ IGLESIAS, A., *Código civil francés. Edición bilingüe*, Domingo Osle (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2005).

<sup>191</sup> Artigo 1792. *Reparação de danos. 1.O cónjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cónjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns. 2.O cónjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cónjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.*

## 2.1. *Status quaestionis*

Ante esta situación jurisprudencial, cabe preguntarse si los cónyuges pueden obtener, por vía convencional, una indemnización o compensación derivada de esa infracción del deber de fidelidad<sup>192</sup>.

Por lo que se refiere a la validez de los acuerdos relativos al cumplimiento de los deberes matrimoniales, en concreto los que prevén una indemnización como consecuencia de una infidelidad matrimonial, la doctrina se encuentra dividida:

1. Un primer sector doctrinal, en el que se encuentran Pérez González, Castán<sup>193</sup>, Pinto Andrade<sup>194</sup>, Medina Alcoz<sup>195</sup> o Ginés Castellet<sup>196</sup>, entre otros<sup>197</sup>, niega la validez de los acuerdos que versan sobre los deberes personales del matrimonio, incluida la fidelidad, por las siguientes razones:

a) La acción indemnizatoria coartaría la libertad sexual de los cónyuges, produciendo un grave atentado al principio de libertad personal consagrado en el art.10.1 CE.

---

<sup>192</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, p. 259 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *op. cit.*, p. 364 subrayan que son cosas distintas la posibilidad de reclamar un daño moral por incumplimiento de los deberes conyugales por el cauce de la responsabilidad extracontractual y los pactos matrimoniales que fijan una pena por incumplimiento del deber de fidelidad.

<sup>193</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, B. y CASTÁN TOBEÑAS, J, en sus anotaciones al *Derecho de familia*, t. I. de KIPP y WOLFF, 2.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1953, p. 204, consideran inmoral el aseguramiento de los deberes conyugales mediante penas convencionales.

<sup>194</sup> PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 64-65.

<sup>195</sup> MEDINA ALCOZ, M., “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del Derecho civil común”, *Cuestiones actuales de Derecho de familia*, Echebarría de Rada (dir.), La ley, Madrid, 2013, p. 308.

<sup>196</sup> GINÉS CASTELLET, N. “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña, *RCDI*, n.º 727, p. 2.605.

<sup>197</sup> BARRIO GALLARDO, A., *Autonomía privada y matrimonio*, Reus, Madrid, 2016, p. 66, sin negar rotundamente la validez de los pactos de cláusulas penales encaminadas a asegurar la eficacia de los deberes personales, muestra dudas en cuanto a su admisibilidad y afirma que es probable que la incoercibilidad que se predica respecto a la ejecución -directa o indirecta- de los deberes conyugales se extienda a su eventual desarrollo convencional; aunque reconoce que la corriente opuesta cuenta cada vez con más respaldo doctrinal, cuya razón de ser encuentra en la necesidad de una certidumbre, de saber qué sucederá en caso de que una de las dos partes no respete la alianza matrimonial. PUEYO PUENTE, G. “Pactos en previsión de ruptura”, *25 años impulsando el Derecho de Familia. Ponencias del XXV encuentro de la AEAFA*, Sepín, Madrid, 2018, si bien niega la validez del pacto que prohíbe a uno de los cónyuges mantener relaciones de pareja con cualquier otra persona en general o con alguna en particular por coartar la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE (p. 117), entiende posible establecer pactos que fijen una indemnización por el incumplimiento de los deberes conyugales, asumiendo de forma voluntaria la obligación de resarcir en caso de incumplimiento de un deber; es decir, de pactos que contemplan la culpa con relevancia contractual fijandopara ello una indemnización por daño moral o que sirva para concretar la cuantía de una prestación o pensión compensatoria (p. 111).

b) La incoercibilidad de los deberes conyugales, sería contraria a la configuración del matrimonio como comunidad de vida asumida y mantenida voluntariamente; argumento íntimamente ligado a la naturaleza de los deberes recogidos en los arts. 67 y 68 CC.

c) Al prescindir nuestro ordenamiento del criterio de la culpabilidad en las crisis matrimoniales, la admisión de una acción indemnizatoria por los daños derivados de la infidelidad o de la vulneración de otros deberes conyugales, aparte de encarecer los costes del matrimonio, reintroduciría por una puerta trasera un sistema de separación o divorcio culposos, con la consecuencia, de aumentar la conflictividad en las crisis matrimoniales<sup>198</sup>.

d) Estos acuerdos podrían atentar contra la libertad de los cónyuges a disolver el matrimonio.

2. Un segundo grupo de autores, entre los que se encuentran Rams Albesa<sup>199</sup>, Pérez Hereza<sup>200</sup>, Gaspar Lera<sup>201</sup>, Paz Ares<sup>202</sup>, Echevarría de Rada<sup>203</sup>, Rodríguez Guitián<sup>204</sup>,

---

<sup>198</sup> FERRER RIBA, *op. cit.*, pp. 14 ss.

<sup>199</sup> RAMS ALBESA, J., “La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 82, admite dentro del contenido de los pactos prematrimoniales el asegurar los contenidos de conceptos jurídicos indeterminados, como “respetarse”, “ayudarse mutuamente” o “guardarse fidelidad”, fijando económicamente el daño que su incumplimiento genere. Cree incluso posible el pacto de resarcir en una cantidad al otro cónyuge por el hecho de ejercitar el derecho al divorcio, aunque no el pacto de comprometerse a no instarlo.

<sup>200</sup> Aunque PÉREZ HERESA, J. “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales”, *AAMN*, 2009, p. 590 indica que los acuerdos indemnizatorios son, en general, dudosos y que plantean una abundante casuística que dificulta dar soluciones globales, considera admisibles los “acuerdos indemnizatorios con causa subjetiva” en los que se imponga el deber de indemnizar a cargo del cónyuge causante de la ruptura o aquel que ha incumplido deberes conyugales legales o convencionales, poniendo como ejemplos los deberes de confidencialidad y de fidelidad.

<sup>201</sup> GASPAR LERA, S. “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *ADC*, 2011, p. 1051.

<sup>202</sup> Citado por GASPAR LERA, *op. cit.*, p. 1052.

<sup>203</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, T., “Responsabilidad civil por infidelidad conyugal”, *La Ley. Derecho de familia*, 5941/2015, n. 8. 2015.

<sup>204</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 261 ss.

Martínez Escribano<sup>205</sup>, Aguilar Ruiz<sup>206</sup>, Serrano de Nicolás<sup>207</sup>, Antón Juárez<sup>208</sup>, Santos Fumero<sup>209</sup> etc., ha admitido la validez de los acuerdos en los que se fija una indemnización a cargo del cónyuge incumplidor de los deberes matrimoniales<sup>210</sup> esgrimiendo entre otros los siguientes argumentos:

-No contradicen el orden constitucional<sup>211</sup>.

-Necesidad de distinguir entre el pacto prematrimonial de sanción por infidelidad con acuerdo indemnizatorio y el hecho de que la infidelidad por sí sola no sea causa generadora de responsabilidad para el incumplidor<sup>212</sup>.

-La autonomía de la voluntad incluye la posibilidad de pactos sobre aspectos personales que no atentarian contra los artículos 66 a 68 CC; lo que no cabría es excluir los deberes personales<sup>213</sup>.

-Proporcionan seguridad jurídica<sup>214</sup>.

A estos argumentos favorables, hay que añadir que estos pactos,

---

<sup>205</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho catalán”, *RJCat.*, 110, n.º 2, 2011, pp. 363-364.

<sup>206</sup> AGUILAR RUIZ, L., “Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de la pareja”, *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Aguilar Ruiz, Arjona Guajardo-Fajardo, Cerdeira Bravo de Mansilla (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 30.

<sup>207</sup> SERRANO DE NICOLÁS, A., “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barrada Orellana, Garrido Melero y Nasarre Aznar (coord.), Bosch, Barcelona, 2011, p. 337. Con relación a los conocidos en EEUU como “covenant marriage” (contratos por los que se limita la posibilidad del divorcio o se restringe la posibilidad de instarlo a unas causas concretas previamente determinadas), recuerda que el derecho al divorcio es inderogable por virtud de mero pacto. Cosa distinta son, a su juicio, las cláusulas sancionadoras por las que se establecen indemnizaciones pecuniarias o patrimoniales para el cónyuge que incurra en determinadas causas que facultan al otro para pedir el divorcio. Afirma que una cosa es que no sea necesaria la prueba de la culpabilidad y otra bien distinta que sea irrelevante, es decir, que se le puede dar relevancia contractual para fijar una indemnización por daño moral o para concretar la cuantía de la pensión compensatoria a determinadas causas.

<sup>208</sup> ANTÓN JUÁREZ, *op. cit.*, p. 101 y “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 7, n.º 1, 2015, pp. 40.

<sup>209</sup> SANTOS FUMERO, M.E., *Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura*, pp. 19-20 (<https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/7128?show=full>).

<sup>210</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, *ADC*, vol. 56, n.º 4, 2003, p. 1.669.

<sup>211</sup> GARCÍA RUBIO, *loc. ult. cit.*; MARTINEZ CALVO, *Los pactos prenupciales en previsión de ruptura*, 2013, pp. 47 y 48 (<https://zaguan.unizar.es/record/11407?ln=es>).

<sup>212</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, *op. cit.*, n. 7

<sup>213</sup> ANTÓN JUÁREZ, *loc. ult. cit.*

<sup>214</sup> RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 83.

1) Constituyen una vía alternativa a la reclamación por daños morales por parte del cónyuge víctima de la ruptura, lo que reduciría la litigiosidad en los tribunales<sup>215</sup>.

2) Permiten una configuración del matrimonio adaptada a las convicciones personales de cada pareja, lo que resulta conforme con la idea de libertad en las relaciones familiares<sup>216</sup>, sin olvidar la preponderancia que a partir de 2005 se confiere a la autonomía de la voluntad en el seno de las relaciones familiares.

Analizadas ambas posturas, a los argumentos contrarios a la validez de estas cláusulas se podría objetar lo siguiente:

1) Vulneración de la libertad personal de los cónyuges. Ha de tenerse presente que la aceptación de la cláusula penal por infidelidad se realiza precisamente en ejercicio de su libertad personal, convirtiéndose en una obligación contractualmente asumida, sin perjuicio de los vicios que pudieran acreditarse en la formación de la voluntad.

La libertad personal es un derecho fundamental lo mismo que el derecho a la dignidad personal y a la integridad física y moral, que igualmente son merecedores de protección constitucional. El descubrimiento de la infidelidad y de la ocultación de la filiación no matrimonial generan graves daños psicológicos que son susceptibles de ser indemnizados además de daños emergentes y lucro cesante derivados del proyecto de vida en común.

2) Estos acuerdos no afectan al sistema de divorcio no causal, compartiendo la opinión de Perez Hereza<sup>217</sup> al aclarar que “una cosa es que el legislador haya optado por un sistema de divorcio remedio y otra que sea contrario al orden público el establecimiento vía convencional de efectos sancionadores al incumplimiento de deberes conyugales”.

3) Carácter moral o jurídico de los artículos 67 y 68. Compartimos la opinión de Aguilar Ruiz y Rams Albesa quienes afirman que estos acuerdos pueden contribuir a seguir sosteniendo su calificación como jurídicos, una vez desaparecido el sistema de divorcio-sanción<sup>218</sup>.

4) Restricción de la libertad para instar el divorcio. Este argumento solo sería aceptable frente a determinados pactos, como aquellos que impongan un deber de indemnizar a cargo del cónyuge que inste la separación o el divorcio<sup>219</sup>, o que establezcan una indemnización cuyo importe aumente en función del número de años de duración del matrimonio. Por el contrario, esta objeción no sería aplicable en el caso de acuerdos que establezcan una pena por infidelidad sin llegar a vincularla con la separación o divorcio.

---

<sup>215</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *op. cit.*, p. 364.

<sup>216</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *op. cit.*, p. 364; SANTOS FUMERO, *op. cit.*, p. 20.

<sup>217</sup> PÉREZ HEREZA, *op. cit.*, p. 591, quien considera que de la STS de 30 de junio de 1999 parece deducirse que nada impide crear una sanción convencional por ruptura del deber de fidelidad.

<sup>218</sup> AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, p. 30; RAMS ALBESA, *loc.ult.cit.*

<sup>219</sup> PÉREZ HEREZA, *op. cit.*, p. 590.

5) Respecto a su validez, como destaca Gaspar Lera<sup>220</sup> el pacto no comporta una alteración del contenido indisponible del matrimonio a diferencia de los acuerdos de supresión de los deberes conyugales, por lo que no cabe cuestionar la misma.

6) A los argumentos favorables a la admisibilidad de estos acuerdos indemnizatorios, cabría añadir el argumento histórico (art. 3.1 CC) expresado en las páginas precedentes.

Nuestro ordenamiento jurídico reproduce actualmente la misma situación respecto al divorcio existente en la época clásica del Derecho romano, que era la de libertad de divorcio, sin necesidad de la concurrencia de causa justificativa.

En Roma se consideraban nulas las estipulaciones que pudieran coartar de alguna manera dicha libertad de divorcio<sup>221</sup>. Y, sin embargo, en ese contexto se admitió la *stipulatio poena*, es decir, que se fijase una cantidad por el incumplimiento de uno de los deberes del matrimonio, en este caso, el de fidelidad (D.45.1.121.1), declarando dicho pacto conforme a las *bonas mores*.

En definitiva, es un acuerdo conforme ley, que recoge el deber de fidelidad entre los cónyuges y no es contrario a las *bonas mores*.

Ha de tenerse presente que estos acuerdos indemnizatorios convencionales son los que existieron en la época ptolemaica, clásica romana y bizantina, indicándose detalladamente en muchos de ellos los comportamientos o conductas personales de los cónyuges que se entendían daban lugar a la indemnización o sanción<sup>222</sup>.

La invalidez de los acuerdos que coartan la libertad de divorcio ha sido ya destacada en los tribunales españoles en un supuesto concreto en relación con una cláusula recogida en escritura pública de capitulaciones en la que se dice “en caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año D. ... asume la obligación de indemnizar a Dña. ... en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de 83.333 pesetas por mes transcurrido de convivencia”. En este caso, la SAP de Almería 44/2003 de 17 de febrero (AC 2003\623) declaró la nulidad de la misma por ser contraria al orden público matrimonial, pues supone penalizar el cese de la convivencia conyugal para el obligado a su abono siendo contraria al art. 1.328 CC y 32.2 CE<sup>223</sup>.

7) El CC en el artículo 1.255 faculta a las partes para acordar estipulaciones con los límites que la ley, la moral o el orden público establezcan, autorizando el 1.323 la celebración de

---

<sup>220</sup> GASPAR LERA, *op. cit.*, p. 105.

<sup>221</sup> D.45.1.134.pr. (*Paul. l. XV resp.*), D.45.1.19 (*Pomp. l. XV ad Sab.*) y CJ.8.38.2.

<sup>222</sup> *Vid.* apdos. II.1.3 y II.2.

<sup>223</sup> Criterio contrario se ha seguido en la SAP Tenerife 312 /2008 de 7 de julio, en la que se recoge una cláusula similar a las conocidas como *escalator clauses*: “En caso de divorcio, sea cual fuere la parte contratante que lo solicite, Dña.... recibirá una suma de un millón de pesetas en compensación para cada año matrimonial transcurrido”. Existía conformidad respecto a la validez de la cláusula, centrándose el asunto en la interpretación del *dies a quo* para el cómputo de la cuantificación de la indemnización.



todos los contratos entre los cónyuges, y permitiendo el 1.325 el establecimiento de cualquier otra disposición que no sea relativa al régimen económico matrimonial, dotando el 1091 a las obligaciones derivadas de los pactos plena fuerza vinculante entre los cónyuges.

En definitiva, lo que permitirían estos acuerdos indemnizatorios es el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual, en la que, en principio, no es preciso entrar a valorar la medida del perjuicio causado, pues las partes lo han cuantificado anticipadamente en el momento de la celebración del pacto.

Cosa distinta es que el juez, en su caso, pueda proceder a moderar equitativamente la pena en virtud del art. 1.154 CC<sup>224</sup>; o que en el otorgamiento del pacto haya mediado algún vicio del consentimiento o de la voluntad, en cuyo caso se podrían impugnar por los cauces establecidos al efecto por el ordenamiento.

## 2.2. Problemas que presentan

Los pactos indemnizatorios derivados de la infidelidad presentan los siguientes problemas:

1- ¿Qué conductas son constitutivas de infidelidad? La respuesta podemos encontrarla en el Derecho histórico, en el que, de forma detallada, se concretaban las conductas generadoras de indemnización: no tener concubina o amante, la violencia, traer otra mujer a casa al lado de su esposa, engendrar hijos con otra mujer en vida de la esposa legítima, vivir en otra casa, obedecer al marido, abstenerse de cualquier acto que pueda avergonzarle, ausentarse del hogar conyugal sin permiso del marido, mantener relaciones con otro hombre, etc. En la mayoría de los documentos las partes detallaban estas conductas evitando el problema de su determinación.

Los operadores norteamericanos recomiendan que las conductas se precisen con claridad.

La doctrina española ha distinguido dos acepciones referentes al deber de fidelidad<sup>225</sup>:

a/ Una estricta, que comportaría la obligación de cada cónyuge de abstenerse de mantener relaciones sexuales con terceros (adulterio)<sup>226</sup>.

b/ Otra amplia, que impediría además aquellas conductas que permitan entender la existencia de estas relaciones o incluso de cualesquiera hechos que socialmente puedan ser considerados

---

<sup>224</sup> En igual sentido PÉREZ HERESA, *op. cit.*, p. 592.

<sup>225</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE (p. 442).

<sup>226</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español. Común y foral*, V.1, 11.ª ed., Reus, Madrid, 1987, pp. 245-246; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, IV, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 97; VEGA SALA, F. *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Praxis, Barcelona, 1981, pp. 92-94.

como lesivos a la exclusividad de la relación conyugal y a la lealtad debida entre los esposos<sup>227</sup>.

2-La segunda cuestión afectaría al carácter unilateral o bilateral del acuerdo, desde el punto de vista de las obligaciones que nacen para los cónyuges. Es decir, si han de establecer obligaciones recíprocas, o también serían válidos los que contengan la obligación de indemnización para uno sólo de los cónyuges.

El art. 1.328 CC, relativo a las capitulaciones matrimoniales, establece que “será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”. Suele considerarse que la igualdad no ha de entenderse en términos absolutos cuando afecta a cuestiones patrimoniales, pero que en el caso de los derechos personales sí debería exigirse la reciprocidad<sup>228</sup>.

En este sentido, el art. 231-20 CCCat. exige, en su apartado 3.º, que los pactos en previsión de ruptura matrimonial que contengan una exclusión o limitación de derechos tengan carácter recíproco y precisen con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.

En el Derecho histórico se admite la validez de ambos tipos de acuerdos: los bilaterales con obligaciones recíprocas, como se observa en los documentos del Egipto greco-romano o en la época bizantina, y los unilaterales como la *stipulatio poena* contemplada por Papiniano en D.45.1.121.1.

3- En cuanto a la forma que han de revestir los acuerdos indemnizatorios, no parece que haya de resultar exigible una forma especial, al menos en el derecho común, aunque se recomienda que consten en escritura pública<sup>229</sup>.

Nuestra doctrina ha venido distinguiendo entre el contenido “típico” de las capitulaciones matrimoniales –esto es, el relativo al régimen económico del matrimonio– y “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio” a las que se refiere el artículo

---

<sup>227</sup> SÁNCHO REBULLIDA, F. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (coord. Albadalejo), EDERSA, Madrid, 1978, p. 125. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Los deberes conyugales”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N.º 14-15, 1996-1997, pp. 302, etc. Para una revisión del *status quaestionis* sobre el concepto de infidelidad en la doctrina española, NOGALES ALQUÉZAR, *cit.*, p. 734 ss.

<sup>228</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.*, p. 14, considera que probablemente el ámbito propio de la prohibición del art. 1.328 CC sean los pactos que regulan las relaciones personales (por ejemplo, el que atribuye a uno de los cónyuges con carácter irrevocable la decisión sobre la fijación del lugar del domicilio familiar, o aquellos que tras el divorcio prohíban a un ex esposo fijar su residencia en un determinado sitio). También señala que “parece sensato mantener la necesidad de respetar un cierto equilibrio entre las cláusulas del pacto, de modo que la igualdad en el patrimonio y en las circunstancias personales de los cónyuges debería conducir a una cierta similitud en sus acuerdos. Cfr. DE AMUNÁTEGUI, C., ‘Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja’, *La autonomía privada en el Derecho Civil*, dir. Parra Lucán, M.A., Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 226.

<sup>229</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario a la STS de 30 mayo 2018 (RJ 2018/2358)”, *CCJC*, 109, 2019, p. 267; AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, p. 26.

1325 CC, siendo únicamente a las primeras a las que habría que aplicar la exigencia de escritura pública del artículo 1327<sup>230</sup>.

En el Derecho histórico se observa la necesidad de una formalidad en la convención, tanto en los documentos egipcios que eran redactados por escrito, con intervención de testigos, y en ocasiones con depósito ante el *hyerotai*, y en el Derecho romano al tenerse que realizar a través de un contrato formal y solemne de carácter oral como era la *stipulatio*.

4- Por último, cabe plantearse la posibilidad de insertar una cláusula de estas características en las uniones de hecho, no siendo pacífica la doctrina en este punto.

De un lado se argumenta que los derechos y deberes personales de los compañeros solo podrán surgir espontáneamente, quedando excluidas estas cuestiones de los pactos convivenciales<sup>231</sup> y que los aspectos personales del matrimonio solo se originan como deberes jurídicos por imperativo legal y al amparo del art. 32.2 CE mediante el contrato de matrimonio, siendo nulos los pactos de las uniones de hecho sobre dichos derechos por contrarios al 1271 y 1275 CC, sobre el objeto y la causa de los contratos<sup>232</sup>. Por ello resultaría estéril cualquier penalización para el caso de incumplir los deberes pactados<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> Cfr. PÉREZ SANZ, A., “Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales”, *AAMN*, 26, 1985, pp. 12-13, seguido por PÉREZ VALLEJO, A.M., *La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2000, pp. 124-125) cuando señala que “las capitulaciones matrimoniales tienen una marcada vocación a convertirse en un verdadero estatuto de la familia matrimonial” si bien “dentro de este complejo estatuto habrá que distinguir las estipulaciones propiamente capitulares, relativas al régimen económico matrimonial y reguladas por los arts. 1.325 y ss. CC, de los demás pactos y disposiciones matrimoniales que aun cuando tengan su ubicación en las capitulaciones no siguen el régimen de aquellas, sino el suyo propio”; ANGUITA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 310, aclara que los acuerdos prematrimoniales pueden figurar en las capitulaciones matrimoniales, aunque no solo allí; en cambio, la parte de los acuerdos prematrimoniales relativos al régimen económico matrimonial habrán de figurar necesariamente en escritura pública.

<sup>231</sup> ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extrmatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1986, p. 155; GONZÁLEZ POVEDA, *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, CGPJ, 1997, p. 528; MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho*, 3.<sup>a</sup> ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 88, entre otros.

<sup>232</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Parejas de hecho, pactos de convivencia y en previsión de posible ruptura en España: status quaestionis”, en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Aguilar Ruiz-Arjona Guajardo-Fajardo-Cerdeira Bravo de Mansilla (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 71.

<sup>233</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *loc. ult. cit.* Para la autora diverso es que producida la ruptura esta provoque algún perjuicio o daño reparable o compensable ex 1901 ó 1902 CC; sólo como equivalente a tal indemnización o como tal compensación cabría admitir la validez de tal pacto penal, mas jamás previéndose la pena como consecuencia inmediata del mero hecho de ruptura de la pareja. También BALLESTRA, L. “Convivencia *more uxorio* y autonomía contractual”, *ibid.*, p. 179, niega la posibilidad de considerar jurídicamente vinculante un acuerdo entre convivientes con cláusulas que disciplinen intereses inherentes a la esfera estrictamente personal, ni siquiera cuando adquiere relevancia indirecta a través de cláusulas penales del tipo “te daré una suma x si te soy infiel o si te abandono antes o después de una determinada fecha”.

Otros autores defienden la posibilidad de que las parejas de hecho se obliguen convencionalmente a los deberes propios del matrimonio<sup>234</sup>, admitiendo la licitud del pacto de una indemnización para el supuesto de ruptura de las obligaciones contraídas.

En cualquier caso, es preciso observar, como Cerdeira Bravo de Mansilla<sup>235</sup> que la legislación de algunas comunidades autónomas declara la nulidad de los pactos entre convivientes de naturaleza puramente personal<sup>236</sup>, mientras que en otras se permiten<sup>237</sup>.

## V. Derecho norteamericano

En EE. UU. son famosas las cláusulas de los contratos matrimoniales con alguna previsión de infidelidad en el caso de las estrellas de Hoollywood; la jurisprudencia trasluce su empleo tanto en contratos prenupciales como en contratos postnupciales, si bien la discusión acerca de su validez está abierta, con pronunciamientos diferentes en los diversos estados.

Los acuerdos prematrimoniales que suponían una alteración en los derechos de las partes en caso de divorcio eran generalmente rechazados antes de la década de los 70 y de los 80, si bien actualmente se admite como punto de partida que las partes deben tener libertad para elegir los aspectos patrimoniales de su matrimonio, teniendo como límites un debido proceso en la formación del contrato y unos estándares mínimos de justicia sustantiva<sup>238</sup>.

Como una de las causas de la proliferación de las cláusulas que establecen alguna sanción a la infidelidad –denominadas “bad boy” o “bad girl clauses”; “moral turpitude clauses”, “anti-cheating clauses”, “lifestyle clauses” o simplemente “infidelity clauses”– se apunta el cambio operado en muchos de los estados hacia un sistema de divorcio no causal, en el que haber sido la parte no culpable de la infidelidad no constituye ninguna garantía de obtener una pensión más elevada o una adjudicación más favorable de los bienes del matrimonio en un proceso de divorcio.

---

<sup>234</sup> PARRA LUCÁN, citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *op. cit.*, p. 71; PÉREZ VALLEJO, A.M., *Autorregulación en la convivencia de hecho*, S.P.U. Almería, 1999, p. 76; GALLEGO DOMÍNGUEZ, L. *Las parejas no casadas*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, p. 68.

<sup>235</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *op. cit.*, p. 71.

<sup>236</sup> Como ocurre, por ejemplo, con el art. 8.3 de la L. 1/2005 de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria o el art. 6.3 de la L. 5/2003 de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

<sup>237</sup> Por ejemplo, el art. 7.1 de la L. 5/2003 de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; el art. 5.1 L. 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco o el art. 5.1 de la L. 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables de Asturias.

<sup>238</sup> “Uniform Premarital and Marital Agreements Act”, *Family Law Quaterly*, vol. 46, Issue 3, 2012, p. 345. Sobre la paulatina admisión de los pactos prematrimoniales, incluso de aquellos que contienen previsiones de ruptura en USA y en Gran Bretaña, ANGUITA VILLANUEVA, *op. cit.* p. 278 ss. y ANTON JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 8 ss.

Se indican como dificultades más importantes que entrañan estas cláusulas contractuales:

- 1) Definir las conductas constitutivas de infidelidad. Se insiste en que los acuerdos que incorporen este tipo de cláusulas describan con claridad qué constituye infidelidad y cómo probarla.
- 2) La dificultad de la prueba. Se plantea el problema del *standard* de prueba exigible: el que implica una certeza moral –*beyond moral certainty*– o el que considera suficiente una demostración hasta una duda razonable –*beyond a reasonable doubt*–.

Como ventajas de estos pactos se destaca el hecho de que, al margen de que el acuerdo sea o no jurídicamente exigible, la inclusión de una cláusula de este tipo, además de aclarar los sentimientos de la persona que solicita su inclusión sobre una posible infidelidad, puede disuadir a aquél de los cónyuges que, según el contrato, debería indemnizar en caso de infidelidad.

La *Uniform Premarital and Marital Agreements Act*<sup>239</sup> sigue el criterio de no conferir eficacia a los acuerdos matrimoniales que afecten a las causas del divorcio, de acuerdo con los *Principles of the Law of Family Dissolution*, Section 7.08(1) (2002). La sección 10.<sup>a</sup> no contempla expresamente las cláusulas personales entre las cláusulas de los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales que no son susceptibles de ejecución, y ello pese al consenso general que parece existir en el *case law* de que los tribunales no admitirán las cláusulas de los acuerdos que vayan más allá de las obligaciones puramente patrimoniales de las partes<sup>240</sup>, pues, a veces, sí se ha dado efectividad a cláusulas que contemplan determinados comportamientos<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Comentario a la Sección 10 de la *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* (2012), (<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=f5d36125-9433-c7d8-28ec-6244f4a316e6&forceDialog=0>), p. 19.

<sup>240</sup> Comentario a la *Uniform Premarital and Marital Agreements Act*, cit., p. 18. FIELDS, J. E., “Forbidden provisions in prenuptial agreements: legal and practical considerations for the matrimonial lawyer”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 21, n.º 2, 2008, p. 428, señala que los tribunales no suelen tomar en consideración y raramente hacen cumplir aquellas cláusulas que regulan el comportamiento de los esposos durante el matrimonio, manteniendo que no es propio de los tribunales intervenir en los asuntos domésticos de la vida diaria de los cónyuges; en igual sentido STEIN, E., “Adultery, infidelity and non monogamy”, *Wake Forest Law Review*, vol. 55, 2020, p. 163.

<sup>241</sup> El comentario a la *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* cita como ejemplo de cláusulas que se han admitido aquellas que prevén la cooperación de los cónyuges para someterse a la decisión de algún tribunal religioso en caso de divorcio; también dice que de manera esporádica se han admitido ciertos acuerdos de separación en los que se tratan de evitar la aplicación de los motivos de divorcio culpable. En cambio, se menciona el reclazo a cláusulas que sancionaban el abuso de drogas con atribuciones de propiedad, así como a las denominadas *escalator clauses* o *sunset provisions* en las que se hace depender los derechos de propiedad de las partes de la duración del matrimonio, por considerarlas contrarias al orden público.

Entre los pronunciamientos de los Tribunales norteamericanos relativos a la validez de cláusulas que establecen alguna sanción como consecuencia de la infidelidad en contratos matrimoniales, cabe destacar los siguientes:

1. Asunto *Laudig v. Laudig*, resuelto por la sentencia del *Superior Court of Pennsylvania* de 28 de abril de 1993. El supuesto sometido a la consideración del Tribunal fue el siguiente:

-El matrimonio Laudig contrajo matrimonio en 1972.

-En 1987, tras descubrir el marido la infidelidad de su mujer, los cónyuges se separaron y la mujer abandonó el hogar familiar.

-Tras haberse reconciliado, el marido solicitó a su esposa celebrar un acuerdo post-nupcial en el que se limitaban sus derechos de propiedad sobre los bienes del matrimonio en caso de verse envuelta en otra aventura extramatrimonial durante los siguientes quince años. Si el divorcio tenía lugar por otro incumplimiento matrimonial distinto de la infidelidad, se aplicarían las leyes y procedimientos “normales” para el caso de divorcio.

-El acuerdo se firmó el 17 de agosto de 1987 y la esposa se mantuvo fiel hasta diciembre de 1988, fecha en la que renovó la relación con su antiguo amante.

-En el curso del procedimiento de divorcio que siguió a estos hechos, la esposa alegó la invalidez del acuerdo por varios motivos, entre ellos, infracción del orden público.

La Corte de Pennsylvania admitió la validez del acuerdo, al entender que uno de los propósitos reconocidos de los acuerdos matrimoniales es permitir a las partes evitar la operación de la distribución equitativa, permitiéndoles disponer de sus derechos de propiedad independientemente de las razones que estén detrás de la terminación de su matrimonio. Si de tales derechos de propiedad se puede disponer sin proporcionar ningún motivo para la transferencia, no debería haber ninguna razón por la que dicha disposición fuera inválida si se condiciona a la concurrencia de una determinada conducta.

2. Asunto *Diosdado v. Diosdado*<sup>242</sup>, resuelto por sentencia de la *Court of Appeal* de California de 4 de abril de 2002. Los hechos eran los siguientes:

-Donna y Manuel Diosdado se casaron en 1988. En 1993 Manuel tuvo una aventura con otra mujer.

-Los cónyuges se separaron, pero sin llegar a divorciarse, llegando poco después a un acuerdo matrimonial que intentaba “preservar, proteger y asegurar la longevidad e integridad de una relación matrimonial amistosa y beneficiosa entre ellos”.

-En la Sección 2.<sup>a</sup> del acuerdo, titulada “Obligación de fidelidad” se decía: “Se reconoce que el matrimonio de las partes está destinado a ser una relación exclusiva entre marido y mujer cuyas premisas son los valores de fidelidad emocional y sexual hacia el otro. Se considerará

---

<sup>242</sup> <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1076075.html>.

ruptura de tal obligación de fidelidad comprometerse intencionalmente en conductas como besarse en la boca o tocamientos con cualquier otra persona fuera de la mencionada relación conyugal, determinada por el juzgador. Las partes reconocen haber entendido que cualquier ruptura de la fidelidad de este tipo puede causar un serio daño emocional, físico o financiero al otro”.

-La Sección 3.<sup>a</sup> del acuerdo llevaba por título “Daños y perjuicios”, y rezaba así: “En el caso de que se demuestre por la fuerza de la prueba ante un tribunal competente que cualquiera de las partes ha incurrido en una ruptura de la obligación de fidelidad sexual tal y como se ha definido en el apartado precedente, y que, además, cualquiera de las partes ha elegido ejercitar acción para disolver el matrimonio por razón de dicha ruptura, se aplicarán las siguientes condiciones:

- a) La parte que haya incurrido en el incumplimiento abandonará la residencia familiar inmediatamente tras la demostración del incumplimiento.
- b) La parte que haya incurrido en el incumplimiento será la única responsable de todos los gastos de abogado y costas judiciales que resulten o estén relacionadas con el litigio de cualquier cuestión que esté relacionada con dicho incumplimiento.
- c) La parte que haya incurrido en incumplimiento pagará a la otra (de aquí en adelante, “el receptor”) daños y perjuicios por dicho incumplimiento por importe de 50.000 dólares, suma que será pagadera además e independientemente de cualquier acuerdo sobre la propiedad o pensión compensatoria que resulte del procedimiento de divorcio. Dichos daños se considerarán vencidos y exigibles en una fecha que no sea superior a los seis meses posteriores a la entrada del juicio de divorcio en un tribunal competente. Dicha indemnización será de la exclusiva propiedad del receptor, excepto si dicho receptor se vuelve a casar en cualquier momento posterior al pago, esa indemnización será íntegramente devuelta a la parte que haya incurrido en el incumplimiento. Dicha devolución será vencida y exigible en fecha no posterior a los seis meses posteriores al matrimonio del receptor.
- d) Ambas partes cooperarán en la negociación y ejecución de un acuerdo matrimonial para la resolución de dicho divorcio para minimizar el coste financiero y emocional de dicha litigación”.

-En 1998 Manuel tuvo una nueva aventura con otra mujer. Los esposos Diosdado se separaron, divorciándose poco después.

-En febrero de 2000 Donna ejercitó una acción para exigir los daños y perjuicios contemplados en el acuerdo.

El Tribunal consideró que la cláusula era contraria al orden público derivado de las leyes sobre divorcio no causal de California. Partiendo de que un Tribunal de familia no debe aplicar la culpa en la disolución del matrimonio, en la división de la propiedad o en el establecimiento de obligaciones de alimentos, afirma que el acuerdo “trata de penalizar a la

parte que es culpable por haber roto su obligación de fidelidad sexual y cuya ruptura sirvió de base para la terminación del matrimonio”<sup>243</sup>.

En consecuencia, niega la validez del acuerdo por considerar que su objeto es ilícito, lo que contravendría el §1550.3 del Código Civil.

3. Asunto *In re Marriage of Cooper* (S. Court of Appeal de Iowa de 24 de julio de 2009)<sup>244</sup>.

-El matrimonio Cooper llevaba casado desde 1972.

-En el año 2000 la esposa descubre que su marido mantiene una relación extramatrimonial. Deseando continuar su matrimonio, el sr. Cooper realiza varias promesas para conseguir la reconciliación que cristalizan en un acuerdo que incluye la siguiente cláusula: “si cualquiera de mis indiscreciones lleva o es causa de separación o divorcio... aceptaré todas las responsabilidades de mi actuación”. Para el caso de ruptura permanente del matrimonio, el marido aceptó pagar 2.600 dólares mensuales para gastos domésticos, incrementado en un porcentaje de sus subidas anuales; los seguros de vida, cuentas de jubilación y seguro de salud familiar, la universidad de su hija menor y la mitad de toda la jubilación futura.

-En el verano de 2005 Bernard Cooper alquila un apartamento, recoge sus pertenencias y abandona la residencia familiar, sin comunicarlo a su esposa y continúa con su previa aventura extramatrimonial.

-Iniciados los trámites de divorcio, el tribunal de instancia aceptó la validez del acuerdo matrimonial, entendiéndolo que, si bien eran generosos hacia la esposa, no habían sido aceptados de forma inconsciente.

La Corte de Apelación revoca parcialmente la sentencia, disponiendo que los bienes del matrimonio han de ser objeto de una distribución equitativa, al considerar nulo el acuerdo de reconciliación entre los cónyuges. Considera que dicho acuerdo tiene como condición previa la conducta sexual de una de las partes dentro de la relación conyugal. Según el *case law* del estado de Iowa, los contratos que intentan regular la conducta de los esposos dentro del matrimonio no son vinculantes. El Tribunal no ve razones para apartarse de estos precedentes:

“La relación entre los esposos no puede regularse por contratos que son esgrimidos y aprobados en los Tribunales como si el asunto afectara a la puntual entrega de una caja de naranjas. No deseamos crear un ambiente de regateo donde la fidelidad sexual o las relaciones armoniosas son variables clave. Es más, como nuestros predecesores, rechazamos la idea de introducir los Tribunales en la compleja telaraña de las relaciones interpersonales y las inevitables batallas ‘él dijo-ella dijo’ que aparecerían en los contratos, que solo podrían ser aplicados mediante la prueba de la naturaleza de la relación conyugal. Nuestro sistema de divorcio no culpable está diseñado para

---

<sup>243</sup> El Tribunal afirma que el acuerdo intenta imponer un premio por la “angustia emocional” causada por la ruptura de su promesa de fidelidad sexual, al haber intentado probar la esposa los daños emocionales que le habría provocado la ruptura.

<sup>244</sup> *In re Marriage of Cooper*, 769 N.W.2d 582 (Iowa 2009).



limitar procedimientos amargos. Es más, un enfoque distinto facultaría a los esposos a buscar una forma de soslayar nuestro sistema de divorcio no culpable a través de contratos privados”.

4. Asunto *Parker v. Green* (sentencia del *Supreme Court of the State of Nevada* de 25 de junio de 2018)<sup>245</sup>, relativo a un acuerdo convivencial firmado por una pareja de hecho.

-Antes de comenzar su convivencia, Bryan Parker y Mary Green firmaron un acuerdo notarial en virtud del cual el primero pagaría a la segunda 2.500 dólares mensuales hasta la muerte o hasta que contrajera nuevo matrimonio si las partes terminaban su relación debido a la infidelidad o falta de honestidad de Brian. El acuerdo precisaba que los pagos cesarían si las partes se reconciliaban.

-Tras haber infringido Bryan el convenio, las partes dieron por terminada su convivencia. En el acuerdo en que se documentaba la finalización, se incluyó una novación por la que Bryan consentía continuar pagando a Mary 2.500 dólares mensuales como daños y perjuicios hasta que muriera o se volviera a casar, precisándose que los pagos continuarían incluso si las partes se reconciliaban.

- Las partes inician una nueva convivencia.

-Dos años después, Bryan insta la modificación de la pensión, alegando que, pese a los términos del contrato en los que se hablaba de daños y perjuicios –*tort damages*– en realidad lo pactado era una pensión de alimentos.

Dicho argumento fue aceptado por el Tribunal, por cuanto que de los términos del contrato se infiere que esta era la verdadera intención de las partes<sup>246</sup>.

También tomó en consideración el hecho de que el segundo contrato se redactó presuntamente como consecuencia de la exposición de Mary a la enfermedad de transmisión sexual de Brian y bajo el miedo de esta de no poder vivir de acuerdo con el momento de la vida en la que se encontraba. Según el Tribunal este era un motivo que, sin ser frecuente, no era del todo desconocido para el otorgamiento de una pensión.

Por último –y lo más relevante en relación con el tema que nos ocupa– se estimó que la calificación del contrato como de daños y perjuicios contrariaba el orden público: “Un acuerdo que regula los detalles de la vida diaria de una persona para prevenir la infidelidad y posteriormente penaliza dicha infidelidad con una indemnización excesiva. vinculándola a motivos de acción no reconocidos en este estado, no es un contrato legalmente exigible. Nevada es un estado con divorcio no culpable y no contempla una norma que permita el resarcimiento de daños por la transmisión de una enfermedad de transmisión sexual<sup>247</sup>”.

---

<sup>245</sup> <https://www.casemine.com/judgement/us/5b51f1352dc9b050423c8a15>.

<sup>246</sup> El acuerdo inicial indicaba que los pagos se realizarían “durante el resto de la vida de la mujer, o hasta que contrajera matrimonio en el futuro”; o que los pagos cesarían “en caso de reiniciarse la relación”, términos propios de una pensión de alimentos, según el Tribunal.

<sup>247</sup> *An agreement which regulates the details of a person’s daily life in order to prevent infidelity, and then penalizes that infidelity with excessive “damages” stemming from causes of action not recognized within this*

Por ello, se consideró que lo pactado fue una pensión de alimentos, sujeta a modificaciones, recomendando el cese de los pagos que, en el caso concreto, tenían una naturaleza más punitiva que alimenticia. Si no hay que tomar en consideración la infidelidad para un divorcio, tampoco es adecuado tenerla en cuenta como motivo determinante de una pensión.

5. Asunto *Crowford v. Adachi* <sup>248</sup> (Sentencia del *intermediate Court of Appeal* de Hawaii de 30 de diciembre de 2020).

-Adachi y Crowford contrajeron matrimonio en 1999.

-Tras descubrir varias infidelidades de su marido, Adachi anuncia su propósito de divorciarse, pero Crowford propone realizar un contrato post-nupcial, redactando dos borradores y llegando a un acuerdo sobre un *Addendum* que firman en marzo de 2013.

-En el *Addendum* Crowford incluía esta cláusula: “Pido a mi mujer perdón por todos mis pecados y me atendré a mi promesa verbal y ahora escrita relativa a acceder a dejar este matrimonio con honor y dignidad y sin compensación económica si no soy capaz de abandonar mis costumbres pecaminosas. Específicamente, tener otra aventura, tanto emocional como consumada, o causar daño físico a Kristi”.

-El documento se refería, además, a la asignación automática a la esposa de ciertas propiedades (como-el yate “Spartan Queen”) si Crowford fuera infiel o causara malos tratos. También preveía una distribución diferente de las propiedades si el divorcio venía provocado por una causa distinta de la infidelidad o de los malos tratos.

-En septiembre de 2013 el matrimonio se separa tras los comportamientos agresivos del marido. En el proceso de divorcio el Tribunal de familia, pese a reconocer que el *Addendum* se firmó sin violencia ni intimidación y que Crowford había violado las condiciones de fidelidad del acuerdo, lo declaró nulo por considerar que violaba los principios de divorcio no culpable y de distribución equitativa de los bienes del matrimonio.

La *Court of Appeal* discrepa de la decisión del tribunal de instancia, aceptando la validez del acuerdo. Considera que el *case law* de otros estados no es de aplicación en Hawai, cuya Corte Suprema ha reconocido el derecho de las personas casadas a celebrar contratos relativos a sus derechos de propiedad. El tribunal de instancia no había especificado qué parte del acuerdo era contrario a los principios o política de divorcio no culpable. Y aunque el estado de Hawai hubiera implantado el sistema de divorcio no culpable, señala la Corte que “no hay ley alguna que invalide un acuerdo matrimonial por el hecho de que proceda a una distribución de las propiedades del matrimonio basadas en la conducta de las partes”. Por el

---

*state, is not an enforcezble contract. Nevada is a no-fault divorce state and does not have a statute allowing for damage recovery for transmisión of a sexually transmitted disease.* A continuación, se cita el asunto Diosdado v. Diosdado, antes estudiado. Resulta llamativa en este caso la referencia al divorcio no causal, puesto que, según se desprende de los hechos, las partes no estaban casadas.

<sup>248</sup> NO. CAAP-16-0000365 (Haw. Ct. App. Dec. 30, 2020) <https://casetext.com/case/crofford-v-adachi>.

contrario, debe aplicarse el HRS § 572-22<sup>249</sup>, cuyo apartado “c” dispone que todos los contratos entre esposos, en cualquier momento que se hayan celebrado, y que no resulten inválidos en virtud de otra ley, serán válidos.

En la mayoría de los casos reseñados se establece una cláusula por infidelidad solo a cargo de uno de los esposos. No obstante, en otros supuestos la penalización es recíproca, como en *Diosdado v. Diosdado* o en el asunto *Bedrick v. Bedrick*, en el que, si bien la cláusula de infidelidad no llegó a ser objeto de debate, el acuerdo –post-nupcial– incluía las siguientes previsiones<sup>250</sup>:

-En caso de disolución del matrimonio, Deborah tendrá derecho a un pago en efectivo. Su importe será revisado periódicamente.

-En el caso de que la disolución del matrimonio se cause por infidelidad por parte de Deborah, no habrá pago en efectivo. La infidelidad por parte de Bruce dará lugar a que se duplique el monto del pago en efectivo.

No puede dejar de observarse el paralelismo de estas cláusulas con las previsiones indemnizatorias establecidas en los contratos greco-egipcios analizados en este trabajo.

## VI. Conclusiones

I. En el Derecho histórico estos acuerdos eran perfectamente válidos y productores de efectos establecidos por vía convencional, siendo una práctica relativamente frecuente. En muchas ocasiones parece deducirse el empleo de formularios para su redacción.

II. El incumplimiento del deber de fidelidad en el Derecho histórico se consideraba productor de un daño, y así era reclamado mediante la inserción de la cláusula *καθάπερ ἐκ δίκης* y, en aquellos en los que no se incluía, se disponía de la acción de daños *diké blabés*, dada la estructura del ordenamiento jurídico de la época. También Justiniano hablaba del “daño que podía sufrir la mujer por tal *iniuria*” –Nov.117.9.5–, término que está presente en otros juristas de la recepción, como Baldo o Cuiacio.

III. Teniendo en cuenta que no existe una regulación legal en el CC que prohíba la celebración de estos acuerdos indemnizatorios consecuencia de la infidelidad o infracción de otros deberes personales, se evidencia la posibilidad de considerar válidos los acuerdos indemnizatorios que pudieran establecer los cónyuges, siempre que se determinen las conductas específicas que para ambos se consideren como infracción de los deberes personales, entre los que se encuentra la fidelidad, por cuanto no existe norma en el CC que lo prohíba de forma expresa y, por el contrario, los artículos 1.255, 1.323, 1.325, 1.328 y 1091 CC reconocen legalmente la autonomía de los cónyuges para pactar estas cuestiones;

---

<sup>249</sup> Section 572-22 – Haw. Rev. Stat. (c) *All contracts made between spouses, whenever made, whether before or after June 6, 1987, and not otherwise invalid because of any other law, shall be valid.*

<sup>250</sup> Su texto puede consultarse en CUADRA, B. G., “All good things might come to an end: postnuptial agreements in Connecticut”, *Western New England Law Review*, vol. 34 (2012) 1, p. 82.

argumentación que se refuerza si acudimos a los antecedentes históricos a los que remite el art. 3.1 CC como criterio hermenéutico dirigido a la búsqueda del sentido de las normas jurídicas.

IV. Si bien la infidelidad por sí sola no da lugar, según la jurisprudencia del TS, a un daño moral indemnizable para el cónyuge perjudicado, en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad sí podría ser indemnizables ciertos daños morales y patrimoniales que derivaran del acuerdo que estableciera esa indemnización.

V. Si media un acuerdo de las consecuencias indemnizatorias de la infidelidad, se estima que la vía adecuada para reclamar los daños de las conductas pactadas sería la responsabilidad en el ámbito contractual, o, si se dieran los requisitos de la indemnización prevista en el artículo 98 CC para los supuestos de nulidad matrimonial, también podría acudir a esta vía.

VI. Estos acuerdos deberán de redactarse de forma que no atenten contra el principio de igualdad, el principio de libertad y libre desarrollo de la personalidad recogidos en el art 10, 14 y 32 CE., debiendo encontrar el equilibrio entre estos derechos y el derecho que todo cónyuge tiene también a su integridad física, moral y a la seguridad jurídica.

VII. Tampoco pueden atentar contra la libertad del divorcio, tal como ha declarado la SAP de Almería 44/2003 de 17 de febrero y tal y como era contemplado en el Derecho romano clásico. La validez de estos acuerdos exigiría desvincular la posibilidad de reclamar la indemnización pactada del divorcio –lo que muchas veces no sucede en la práctica norteamericana– para no coartar, de esta manera, la libertad del divorcio.

VIII. Los acuerdos deben especificar detalladamente qué conductas se entiende que darán lugar a la indemnización, tal como se encuentran detallados, a título de ejemplo, en los documentos greco-egipcios o bizantinos e incluso en los documentos americanos en los que, se recogen también, entre otros, supuestos de malos tratos. Este detalle de las conductas evitaría problemas al quedar definido el hecho causante de la indemnización.

IX. En el Derecho histórico se admiten tanto los acuerdos bilaterales con obligaciones recíprocas que se observan en los documentos del Egipto greco romano y en la época bizantina como los unilaterales reflejados en la *stipulatio poena* recogida por Papiniano en D. 45.1.121.1.

En nuestro ordenamiento jurídico, para respetar el principio de igualdad entre los cónyuges que se consagra en los artículos 14 y 32.2 CE y 1.328 CC, estimamos que las obligaciones que se acuerden habrán de ser recíprocas.

X. Respecto a los requisitos de forma, se estima recomendable que tengan forma escrita como en los documentos greco-egipcios o bizantinos. Pueden incluirse en capitulaciones matrimoniales otorgadas en escritura pública ante notario tanto en Derecho común (art. 1325 CC), como en el Derecho catalán (art. 231-19). Para las parejas de hecho, al carecer de capitulaciones matrimoniales será más necesario la realización en escritura pública, de admitirse estos acuerdos, aun cuando no se trate de un requisito *ad solemnitatem*.