



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Situaciones especiales de la mujer en el Derecho penal romano

Autora

Andrea Sarvisé García

Directora

Dra. D^a. María Victoria Sesma Urzaiz.

Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza.
Curso 2015/2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN	
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	4
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	4
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	5
II. SITUACIÓN GENERAL DE LA MUJER EN EL DERECHO PENAL ROMANO.....	6
1. DELITOS PRIVADOS O <i>DELICTA</i>	7
2. DELITOS PÚBLICOS O <i>CRIMINA</i>	8
III. SITUACIONES ESPECIALES DE LA MUJER EN EL DERECHO PENAL ROMANO.....	9
IV. LA MUJER EMBARAZADA.....	11
1. PRIVILEGIOS.....	11
2. ABORTO PROVOCADO.....	12
3. SUPPOSITIO PARTUS.....	14
V. LA MUJER EN LAS RELACIONES DE PAREJA.....	17
1. EL ADULTERIO.....	17
1.1 El concepto de adulterio.....	18
1.2 El adulterio antes de la <i>Lex Iulia de adulteriis coercendis</i>	18
1.3 Augusto y la <i>Lex Iulia de adulteriis coercendis</i>	20
1.4 El adulterio después de la <i>Lex Iulia de adulteriis coercendis</i>	23
2. EL SENADOCONSULTO CLAUDIANO.....	24
VI. OTRAS SITUACIONES ESPECIALES.....	25
1. DISMINUCIÓN DE LA PENA.....	25
2. EJECUCIÓN DE LA PENA DE MUERTE.....	26
3. CUSTODIA PREVENTIVA.....	27
4. EL RAPTO Y LA VIOLACIÓN.....	28
VII. CONCLUSIONES.....	29
BIBLIOGRAFÍA.....	32

ABREVIATURAS

a. = año.

a. C. = antes de Cristo.

AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid).

C. = Código de Justiniano.

C. Th. = Código Teodosiano.

D. = Digesto de Justiniano.

d. C. = después de Cristo.

Fr. Vat. = *Fragmenta Vaticana*.

Gayo = Instituciones de Gayo (cuando no va seguido de cita del Digesto).

I. = Instituciones de Justiniano.

Nov. = Novelas de Justiniano.

pr. = *principium*.

RIDA = Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (Bruxelles).

s. = siglo.

S.C. = Senadoconsulto.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO

Este trabajo tiene por objeto el estudio de las “Situaciones especiales de la mujer en el Derecho penal romano”. Nos proponemos trazar una panorámica general de una cuestión excesivamente amplia y compleja, pero en la que necesariamente han de ser tratados aspectos más específicos. Conviene tener presente que la historia de Roma abarca un período extensísimo de aproximadamente trece siglos, dificultad que se ve agravada por el hecho de que el tema que nos ocupa no tuvo un desarrollo lineal ni único. Atendiendo a la consideración social de la mujer en cada etapa del Derecho romano, a partir de los *mores maiorum* y de la Ley de las XII Tablas, se introdujeron diversas modificaciones mediante leyes comiciales y plebiscitos, el edicto del pretor, la legislación matrimonial de Augusto, senadoconsultos y constituciones imperiales que, junto con la interpretación y las resoluciones de los *iurisprudentes*, marcaron la evolución de la situación de la mujer ante el Derecho penal romano.

Nos parece necesario advertir que, nuestro propósito no es hacer una exposición exhaustiva que abarque la muy prolija casuística en que interviene la mujer actuando activa o pasivamente en una relación penal, o en que se le tiene en cuenta, sino sólo proporcionar una visión de conjunto de su situación en esta esfera del derecho que permita una aproximación a un tema de una complejidad que, sin duda, excede el ámbito estricto de lo jurídico, y la finalidad de este trabajo.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Durante el tiempo en el que vengo cursando los estudios de Derecho, me ha interesado especialmente el Derecho penal. Por ello, cuando se me asignó la realización del Trabajo de Fin de Grado en Derecho romano, me pareció muy atractivo y sugerente el tema de la situación de la mujer ante el Derecho penal, porque nos puede ayudar a comprender los logros sociales y jurídicos que han jalonado el lento, difícil y, en mi opinión, todavía inconcluso proceso hacia la plena igualdad jurídica en este tema.

Reflexionando sobre los motivos que han podido causar estas dificultades, me he planteado que la razón última puede encontrarse en el Derecho romano, que tanto ha influido en nuestro Derecho actual.

El motivo que justifica nuestro trabajo es que, si bien el tema de la mujer ante el Derecho penal romano ha sido objeto de preocupación y de exhaustivo estudio, no sólo por parte de los historiadores sino también por nuestra doctrina romanística, como ponen de relieve, entre otros, los trabajos del Profesor Pedro Resina, que hemos seguido muy de cerca, se trata fundamentalmente de trabajos que abordan en profundidad cuestiones específicas. Por ello, nos ha parecido interesante elaborar un trabajo que aborde la cuestión de las “Situaciones especiales de la mujer en el Derecho penal romano”, trazando una panorámica general desde el punto de vista jurídico, pero a un nivel más elemental y divulgativo, teniendo en cuenta su finalidad.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Se trata de un tema que no aparece en los tratados elementales y manuales de Derecho romano acotado en una sede independiente, es decir, no hay en ninguno un capítulo sobre la mujer en el Derecho penal romano –y, a veces, ni siquiera sobre el Derecho penal en general-, sino que aparece disperso a lo largo de la exposición de las distintas Instituciones del Derecho romano. Partiendo de la lectura y estudio de dichas obras elementales y de la bibliografía básica de nuestra doctrina romanística, hemos extraído los aspectos y peculiaridades que atañen a la mujer en este ámbito y que dan lugar a situaciones especiales, centrándonos en las que hemos considerado más relevantes.

Además, hemos consultado algunos textos que sobre este tema nos han llegado a través de las fuentes del Derecho romano, fundamentalmente, las Instituciones de Gayo y el *Corpus Iuris Civilis*, en especial, los fragmentos de las obras de los juristas clásicos compilados en el Digesto de Justiniano.

Por último, hemos recogido todo este material en el trabajo que presentamos, siguiendo la estructura que nos ha parecido más lógica y coherente. En primer lugar, tratamos la situación general de la mujer en los delitos privados y públicos, para a

continuación abordar algunos de los casos en los que circunstancias como el sexo u otras relativas a su condición femenina (embarazo y relaciones de pareja), darán lugar a la tipificación de delitos (*suppositio partus* y adulterio) o a otras situaciones especiales (disminución y ejecución de la pena, rapto y violación).

II. SITUACIÓN GENERAL DE LA MUJER EN EL DERECHO PENAL ROMANO

Es incuestionable que la sociedad romana, como todas, está basada en la desigualdad, girando según los diferentes períodos en torno a libres/esclavos, patricios/plebeyos, *honestiores/humilliores*, dominadores/súbditos, ciudadanos/no ciudadanos y hombres/mujeres; en suma, privilegiados/no privilegiados, en lo que respecta a la participación en la vida de la *Civitas*, tanto en las relaciones jurídicas públicas como en las privadas. En este sentido, podemos afirmar que la mujer en Roma, como en la mayor parte de los pueblos antiguos, no está equiparada al hombre y, desde el punto de vista jurídico, se encuentra en una posición de inferioridad respecto a éste.

Además, ha de añadirse que nos encontramos con un Derecho, el Derecho romano, hecho por y para los hombres, un Derecho eminentemente patriarcal. Los propios romanos eran conscientes de que se trataba de un Derecho que obligaba a todos, hombres y mujeres, pero cuyo origen se encontraba en el elemento masculino, como se desprende de la lectura de este verso de los *Annales* de Ennio, recogido por Cicerón en su *Republica: moribus antiquis res stat Romana virisque* (Cic., *De rep.* 5.1.1). También Papiniano reconoce la inferior condición jurídica de las mujeres respecto de los varones, cuando dice: *In multis iuris nostris articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum* (D.1.5.9). Lo que permite decir a Ulpiano: *maior dignitas est in sexu virili* (D.1.9.1).

Ahora bien, en lo que se refiere a la esfera penal, a priori y en líneas generales, podemos decir que la mujer se encuentra en el mismo plano que el varón, no influyendo demasiado las limitaciones existentes en cuanto a su capacidad. La posibilidad de hacerse responsable por la comisión de actos ilícitos, esto es, su capacidad delictual, en poco difiere de la del varón; capacidad y responsabilidad, esto es su capacidad para delinquir y legitimación procesal que, sin duda, dan carta de naturaleza a su

responsabilidad, ya que son presupuestos necesarios para poder configurar su situación jurídica en este ámbito del derecho, y de su proceso en particular. Porque, en efecto, una cosa es su capacidad para delinquir, que sin duda la tiene, y otra la facultad para *reum facere* o *ream fiere*, esto es, su legitimación activa o pasiva en un proceso penal, ante los diferentes órganos jurisdiccionales¹.

No obstante, del estudio de las fuentes se desprende que eran múltiples las consideraciones de los jurisconsultos y las disposiciones imperiales, que tenían como destinatarias a la mujer en general, determinados grupos de mujeres, o alguna mujer en particular, dadas unas variables y situaciones concretas.

1. DELITOS PRIVADOS O *DELICTA*

Aunque en este trabajo nos vamos a centrar en el ámbito de los delitos públicos, los *crimina*, nos parece conveniente comenzar con una breve referencia a los delitos privados, los *delicta*, ámbito en el que la posibilidad de hacerse responsable por la comisión de los actos ilícitos, esto es, su capacidad delictual, en poco difiere de la del hombre, no influyendo al respecto las limitaciones en cuanto a su capacidad en razón del sexo.

Así, mientras es infante –menor de 7 años- no es responsable por la comisión de delitos. Sin embargo, en la situación de impúber *infantia maior* es plenamente responsable por la comisión de los delitos contemplados en el antiguo derecho civil (*furtum*: hurto y delitos similares; *iniuria*: daño o lesión en las personas; *damnum iniuria datum*: daño en las cosas); no obstante, en los delitos de derecho pretorio carecen de responsabilidad.

Serán los jurisconsultos de los últimos tiempos del Principado quienes establezcan que los impúberes próximos a la pubertad son responsables de todos los delitos, siempre que tengan conciencia de la ilicitud del acto, adquiriéndose la plena capacidad delictual una vez llegada la pubertad, que en el caso del varón se alcanza al cumplir los 14 años y en la mujer a los 12.

¹ En este sentido, *vid.* RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano* (R. Rodríguez – MJ. Bravo, eds.), Madrid, 2013, p.264.

Además, hay que apuntar que todas las acciones penales, cuando la infracción ha sido cometida por un sometido a potestad (como es el caso de la mujer *alieni iuris*), se podrán intentar contra el padre de familia como acciones noxales, mediante las cuales se le concede al *paterfamilias* la opción entre entregar el autor al ofendido (*noxae deditio*) o pagar la multa delictual, como si él mismo hubiese cometido el delito, por afectarle una responsabilidad personal; responsabilidad que, en el caso de los hijos e hijas de familia, cae en desuso en el siglo IV d.C., si bien ya en la época clásica sabemos que no fue practicada respecto a las hijas por razones humanitarias, y por chocar con el sentimiento de la decencia (*favor pudicitiae*), y por último, es suprimida por Justiniano².

Ahora bien, si la naturaleza de la condena es corporal, sólo responde ella como autora de la infracción, al igual que los hijos de familia. La mujer, por tanto, es capaz, teniendo un carácter pecuniario la intervención del marido o del padre.

2. DELITOS PÚBLICOS O *CRIMINA*

En cuanto a los delitos públicos, e igual que lo dicho para los privados, a la mujer se le reconocía capacidad para delinquir y, por tanto, era susceptible de imputabilidad y penalidad, esto es, se encontraba sometida a la ley penal, rasgo común tanto para el hombre como para la mujer. Ahora bien, en ciertos casos, circunstancias como el sexo u otras relativas a su condición femenina entrarán a formar parte de la tipificación de un determinado delito y dentro del procedimiento criminal correspondiente.

Del estudio de las fuentes se desprende que las mujeres participan en la mayor parte de los actos criminales: de lesa majestad, de falso –testimonio, monetario–, contra las personas, los bienes, la religión, las costumbres. Pero, desde un punto de vista cuantitativo, sus actos criminosos son inferiores a los cometidos por el hombre, dadas variables como su dedicación a la *domus*, la consecuente ausencia de la actividad pública y privada, su escaso papel desempeñado en la vida económica, social y el nulo

² Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo* (A. López – C. Martínez – A. Pociña, eds.), Granada, 1990, p. 113.

en la política, máxime en los momentos en que la organización familiar se hace cargo de su protección y defensa en sus eventuales controversias jurídicas.

En consecuencia, la mujer no aparece en un gran número de casos como autor directo de los crímenes, en que se halla implicada, sino como cómplice o instigadora, siendo posiblemente sus infracciones de menor entidad que las cometidas por los varones; incluso se aprecia cómo los delitos cometidos por ella se llevan a cabo en ámbitos muy concretos, según las diferentes épocas, no incurriendo, por lo general, en infracciones en que se utiliza la fuerza y la violencia. Y ello, con toda posibilidad, como sostiene Resina³, debido no tanto a su *fragilitas sexus/animi* –física o psíquica-, como a esa falta de autonomía en el contexto más amplio de su capacidad de obrar, y a la situación de marginalidad que ocupan, limitándose sus funciones a estar al frente del hogar y al cuidado de éste, de su marido e hijos, y ser ante todo: madres, esposas, viudas, hijas o compañeras.

III. SITUACIONES ESPECIALES DE LA MUJER EN EL DERECHO PENAL ROMANO

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva y activa de la mujer en el proceso criminal romano se aprecia una evolución a lo largo de las diferentes etapas del Derecho romano.

En el proceso penal republicano, la mujer tenía capacidad para *ream fieri* y, en consecuencia, ser *damnata* ante los órganos jurisdiccionales establecidos al efecto (*aediles curules*, el tribunal doméstico, o de forma extraordinaria ante el Senado), pero no tenía, por el contrario, la legitimación procesal activa a la hora de intentar un *iudicium legitimum* ante las *quaestiones*, ya que esta función quedaba reservada en cualquier caso al ciudadano romano de sexo masculino.

Será a partir de Augusto, y a lo largo del Principado, cuando asistamos a una reconsideración de esta situación, al operar sobre ella tanto el legislador como el jurista en su labor de interpretación, contemplándola por vez primera en algunas actuaciones, y

³ Cfr. RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *cit.*, p.267.

haciéndola objeto en algunos supuestos de una especial y excepcional atención en esta esfera del derecho. Estas excepciones se fueron introduciendo paulatinamente a lo largo del Principado, caso por caso, fundamentalmente por vía de senadoconsultos, la *interpretatio prudentium* y de algunos rescriptos imperiales. En algunos casos será contemplada en general como mujer, como madre u otros vínculos personales (*neccesitudo*), o en un determinado ámbito fáctico y normativo (*si quan suorumque iniuriam persequantur*); en otros, el carácter excepcionalísimo es manifiesto⁴.

En lo relativo a la legitimación pasiva *–ream fieri–* se aprecia como, en el decurso del Imperio, se produce una evolución paralela a la que asistimos a propósito de la activa. En efecto, será igualmente bajo la legislación augustea, y en concreto a partir de la *Lex Iulia de adulteriis*, cuando comienza a regularse el *Ius Accusandi*⁵ contra las mujeres, y, por tanto, a resquebrajarse el principio de que las actuaciones procesales fuesen oficios propios de los varones.

Con posterioridad, y de forma progresiva, a través de algunos rescriptos imperiales se vendría a configurar la regulación de su capacidad para ser acusada en un proceso penal público, y, por tanto, llegar a ser *damnata*. En ciertos casos, circunstancias como el sexo u otras relativas a su condición femenina entrarán a formar parte de la tipificación de un delito y dentro del procedimiento correspondiente; sin embargo, se puede afirmar que tenía capacidad para cometer delitos y, por tanto, susceptible de imputabilidad y penalidad, esto es, se encontraba sometida a la ley penal, rasgo común tanto para el hombre como para la mujer.

Como sostiene Resina⁶, ya en tiempos de Ulpiano, que escribe bajo los emperadores Severos, se ha generalizado su capacidad procesal pasiva en el ámbito, no sólo de los *iudicia publica*, sino de otros delitos (aborto provocado, *suppositio partus*, envenenamiento, *pudicitia*, etc.); y en algunos casos considerada de forma especial, como en el supuesto previsto a propósito de adulterio, a los que nos vamos a referir en los capítulos siguientes.

⁴ Como pone de relieve en su interesante monografía RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1996, pp. 19 ss. y 135.

⁵ Sobre este derecho, *vid.* la interesante monografía de PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

⁶ Cfr. RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *cit.*, pp. 268 ss.

IV. LA MUJER EMBARAZADA

A continuación, vamos a tratar algunas situaciones especiales de la mujer en el Derecho penal romano, que están relacionadas con la circunstancia de que se encuentre embarazada o parturienta, o incluso llegue a fingir el parto. En estos casos, el Derecho romano adopta medidas, todas ellas sin duda, encaminadas tanto a contemplar la figura del *nasciturus* y la esperanza de vida que entrañaba, como a no defraudar la *spes prolis* del marido.

1. PRIVILEGIOS

En cuanto a la comparecencia, Ulpiano nos proporciona un supuesto que atañe lógicamente sólo a la mujer, al producirse si se encontraba embarazada, en cuyo caso no tendría que comparecer en juicio hasta que se produjera el parto, como indica el jurista en el libro LXXIV de sus *Comentarios al Edicto*: “si una mujer no compareciese en juicio, no por enfermedad, sino por hallarse encinta, dice Labeón que se le ha de dar la excepción; pero si hubiese guardado cama después del parto, habrá de probarse que estuvo impedida como por enfermedad” (D. 2.11.2.4); lo que, si bien viene contemplado a propósito de los procesos privados, sería aplicable de forma análoga a los juicios públicos⁷.

Por lo demás, se trataría de un supuesto que habría que distinguir del de la enfermedad, contemplado como excusa de la incomparecencia en Ulpiano D. 2.11.2.3 así como al final del texto citado se advierte cómo el período de convalecencia *post partum* se considera equiparado a la enfermedad, si bien este extremo habría de ser probado como tal, junto a la consiguiente necesidad de guardar cama⁸.

⁷ Contemplación que encontramos igualmente en el D. 37.9.8, en que Paulo nos transmite el caso de aplazamiento de la acusación de adulterio por encontrarse encinta: “si la mujer fue puesta en posesión a nombre del que va a nacer, dijo Adriano de consagrada memoria, en un rescripto dirigido a Calpurnio Flaco, que debía aplazarse la acusación por adulterio, con el fin de no perjudicar al hijo”.

⁸ En este sentido, *vid.* RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *cit.*, pp. 276 s.

También, en tema de ejecución de la sentencia, asistimos al aplazamiento de la misma, cuando se trata de pena capital y la mujer se halla encinta, hasta que se produce el parto; ahora bien, tras el parto, se exigía el cumplimiento de la pena. Lo que podemos leer en un fragmento de los *Comentarios a Sabino* de Ulpiano, recogido en el título *De poenis* de los *Digesta*, según el cual:

“La pena de muerte de la mujer embarazada se difiere hasta el parto. Yo sé, por lo demás, que en la práctica ni siquiera se la somete a tormento mientras dura el embarazo” (D. 48.19.3)

En referencia a la tortura, ésta no se hacía efectiva hasta que la mujer no se encontraba restablecida del parto.

Todas estas medidas, como sostiene Resina⁹, estaban encaminadas tanto a contemplar la figura del *nasciturus* y la esperanza de vida, como el no defraudar la *spes prolis* del marido¹⁰.

2. ABORTO PROVOCADO

A la disminución de la natalidad, como consecuencia de la gran mortalidad infantil que Roma padecía, hay que añadir la extensión de las prácticas abortivas, particularmente en época imperial, en esta sociedad¹¹.

Por lo que se refiere al aborto voluntario –*abortio partus*–, éste no fue considerado en Roma, durante el período republicano, como un delito; los jurisconsultos no aprecian en el concebido un ser humano, sino una parte integrante de la madre: “pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras”, nos dice Ulpiano: *partus*

⁹ RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *cit.*, pp. 280 s.

¹⁰ Marcelo D. 11.8.2: “Prohíbe una ley regia que la mujer que haya muerto embarazada sea enterrada antes de que se le extraiga el feto, y el que hiciere lo contrario se considera que mató, con la embarazada, una esperanza de vida –*spes animantis*–”; y Ulpiano D. 1.5.18: “El emperador Adriano dispuso en un rescripto a Publicio Marcelo que la libre que, estando encinta, fue condenada a muerte, pare un hijo libre, y que se suele esperar hasta que se da a luz. Pero si es desterrada la que concibió de justas nupcias, pare un ciudadano romano y bajo la potestad de su padre”.

¹¹ Como pone de relieve, DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, Granada, 1976. p.100, es indudable que los romanos practicaron el aborto en gran escala.

*antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*¹², y viene calificado sólo como un acto inmoral. No existía, por tanto, una sanción penal en esta época, sino que competía a la jurisdicción del censor, encargado de velar por las costumbres, valorar los motivos y castigar si así lo estimaba necesario.

En el supuesto de que la mujer lo provocara, ignorándolo el marido, encontraba medios de punición en el tribunal doméstico o en la *manus* del propio marido. No será hasta adentrada la época del Principado cuando la intervención del Estado se dejó sentir, como refieren los jurisconsultos Marciano¹³ y Trifonino¹⁴, trayendo a colación un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala, en el que se establecía como sanción el destierro temporal, y como razón última de la penalidad el interés del marido, al que se le privaba de descendencia. No se penaría, por tanto, el aborto en si mismo considerado, como un atentado al *nasciturus*, sino que el fundamento de la sanción habría que buscarlo precisamente en relación a ese perjuicio ocasionado al cónyuge.

Asimismo, se sancionaba penalmente a quienes proporcionaban pócimas abortivas a instancias de la mujer, incluso sin dolo, por ser un mal precedente, como indica Paulo, en un texto de sus Sentencias, recogido en el Digesto:

“Los que procuran pócimas abortivas o amatorias, aunque no lo hagan con mala intención, sin embargo, como es un pésimo precedente, son relegados, los de la clase más humilde a una mina, y los de mejor condición a una isla, previa confiscación de la mitad de sus bienes; pero si a consecuencia de ello muriera una mujer o un hombre, sufren la última pena”. (D. 48.19.38.5).

El aborto provocado no sería considerado por sí solo un crimen y no sería castigado de hecho; sólo el uso de los *pocula abortionis* podría en determinados casos caer bajo las sanciones relativas al uso de los venenos.

¹² Ulpiano D. 25.4.1.1; Cfr. Papiniano D. 35.2.9.1. Sus herederos quedaban condicionados a que naciera vivo –D. 1.5.7 y 26-.

¹³ D. 47.11.4.

¹⁴ D. 48.19.39.

El aborto provocado se castigaba con diversas penas: destierro, pérdida de bienes o incluso la pena capital, si bien no como atentado al concebido sino como una lesión a la madre¹⁵, ya que el feto antes de encontrarse totalmente desprendido del claustro materno se considera parte integrante de ella –*mulieris portio*-, o bien como defraudación respecto al marido privado de la *spes prolis*. Así, como afirma Resina¹⁶, el consentimiento real o supuesto de marido despenaliza totalmente el hecho; al igual que ninguna pena es posible para el aborto provocado del feto ilegítimo.

Justiniano, aparte de las penas impuestas por el *ius vetus*, incluye el aborto provocado entre las causas de repudio de la mujer por el marido:

“Porque si la mujer estuviera dominada por tanta maldad, que también de intento procurara el aborto, y contristase al marido y le privara de la esperanza de los hijos...se les da por nosotros licencia a sus maridos para enviarles el repudio...”
(Nov.22,16,1).

3. SUPPOSITIO PARTUS

El *crimen falsi* experimenta notables ampliaciones respecto al régimen originario de la *Lex Cornelia testamentaria nummaria* del 81 a. C., en él se incluyen entre otros supuestos, el de la suposición de parto¹⁷. Por lo que respecta a la regulación del ilícito en las fuentes jurídicas romanas, seguimos los trabajos de Torrent¹⁸, pues nos ofrecen

¹⁵ Como afirma DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, cit., pp.100 s. El aumento de la esterilidad entre las mujeres podría ser una de las secuelas del continuo empleo de los métodos abortivos, particularmente cuando eran usados torpemente. Y junto a ello, el hecho de que en Roma no existiese una sanidad convenientemente constituida, debía producir una carencia casi absoluta de conocimientos sobre las condiciones del parto, desconocimiento particularmente sensible en las propias embarazadas.

¹⁶ RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, cit., p. 295.

¹⁷ Esta extensión del *falsum* a la *suppositio partus* se habría producido “legislativamente en la época imperial de finales del siglo II, y posteriormente contemplada por la Jurisprudencia severiana como tal extensión a lo largo del siglo III”, como indica TORRENT, A., “Suppositio partus- crimen falsi”, *AHDE* 52 (1982), p. 235; incluso, aventura, “desde mediados del siglo II d. C.” (*ibidem*, p.236), y lo hace partiendo fundamentalmente del rescripto de Antonino a Severino (C. 9.22.1), a la vez que apunta la posibilidad de que en un principio se tratara de un tipo criminal autónomo. Por tanto, se manifiesta frente a la opinión de D’ORS, A., “Contribuciones a la historia del crimen falsi”, *Studi in onore di Edoardo Volterra* 2 (Milano, 1969), p. 551, que sitúa dicha extensión en el siglo III.

¹⁸ TORRENT, A., “Suppositio partus- crimen falsi”, cit., pp. 223 ss.

una visión completa del régimen jurídico de la *suppositio partus* así como cuestiones relativas a política criminal, labor jurisprudencial y evolución del proceso penal.

Este delito se comete cuando una mujer casada finge un embarazo y además logra engañar al marido sobre el subsiguiente parto y nacimiento efectivo de un hijo. En este caso, el hecho antijurídico se define por una conducta falsaria dirigida a crear de forma engañosa las condiciones de una supuesta maternidad. La consecuencia inmediata es una falsa filiación –lo que nos ubica de plano en una *quaestio de statu personarum*- y como derivación, una vulneración de los derechos que por vínculos de parentesco, en atención a esa filiación, pueden llegar a tenerse –sobre todo en cuanto a la expectativa de derechos sucesorios-. De esta suerte, el bien jurídico protegido se concreta en los derechos y expectativas que se tienen por pertenecer a una familia¹⁹.

En este sentido, consideramos relevantes las palabras de D. 25.4.1.13 (...) publice enim interest partus non subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit (...), esto es, la salvaguarda de clases y familias es lo que fundamenta un interés de naturaleza pública²⁰ dirigido a evitar que no se cometa suposición de parto.

En definitiva, el bien jurídico protegido es el del *status* personal del hijo del que dependen sus derechos hereditarios y los de otros posibles herederos, cuestión a la que las fuentes jurídicas romanas también dedican o no pocos supuestos²¹.

¹⁹ Sobre este delito, *vid.* el interesante trabajo de LÁZARO, C., “Precedentes jurídicos y doctrinales del delito de los que suponen, y persuaden partos fingidos en la Suma de las Leyes Penales de Francisco de la Pradilla”, *El Derecho penal: de Roma al Derecho actual* (VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho romano), Madrid, 2005, pp. 299 ss.

²⁰ El texto se ubica en el Título IV del libro XXV dedicado a la inspección de embarazo y la guarda del hijo.

²¹ Consideramos oportuna la llamada a D. 25.4.1.10, donde entre las medidas cautelares dirigidas a la *inspectio ventris* para evitar la suposición de parto, se destaca que la mujer está obligada a notificar su embarazo a quienes pudiera interesar. Debemos tener en cuenta que si estas medidas llegan a vulnerarse, no se otorgará, previa cognición de causa, la *bonarum possessio* al nacido ni tampoco las acciones a su favor, pues tal y como aclara D. 25.4.1.12: la mujer debe avisar de su estado de gestación a los que pudiera interesar que no naciera el hijo pensando en que aquéllos serían los efectivos herederos. De igual modo, es evidente el vínculo textual entre la acusación de suposición de parto y la reclamación de herencia en D. 48.18.17.2 en el caso de reclamación de herencia por los hermanos coherederos del supuesto nacido bajo el fundamento de que éste no es su hermano. Al igual que D. 34.9.16 pr: donde los herederos sustitutos del hijo impúber del causante, acusan a la madre de suposición de parto a fin de ser nombrados herederos con fundamento en la consideración del impúber como ilegítimo. Finalmente, la consecuencia para el supuesto nacido, de ser efectiva la falsedad, a tenor de D. 49.14.46, es indudable, dado que si se verifica que el instituido heredero en calidad de hijo respecto de la sucesión paterna, es supuesto, se le priva de la sucesión como a persona indigna.

La mayor parte de los textos de las fuentes romanas contienen precisa indicación de quién puede ejercitar acusación y quién puede ser acusado. En cuanto a la delimitación de la legitimación activa, Resina²² afirma que, a pesar de que la suposición de parto es un crimen perseguido en virtud de los presupuestos del sistema acusatorio, la acusación propiamente dicha quedaba restringida a los perjudicados, es decir, a los padres y a los que tenían un interés directo a defender. En efecto, de D. 48.10.30.1 se desprende que fueron admitidos a promover la acusación sólo los *parentes aut hi, ad quos ea res pertineat*, y no cualquier persona como si ejercitara una acusación pública.

Ahora bien, siendo el sujeto activo del hecho criminal siempre la madre, los hijos no podrían plantear contra ella la *acussatio ex lege Cornelia*, pese a que se trate de la defensa de sus propios intereses, por estar en presencia de una acusación criminal y no poder éstos actuar *criminaliter* contra ella, dados los vínculos de sangre y la *pietas*²³, lo que no impedía que pudiesen querellarse contra ella por otra vía procesal –*civiliter*–, que operaría sólo en el ámbito patrimonial (C. 9.22.5). Sin embargo, no les estaba vedada la *accusatio* a los sobrinos²⁴ (D. 34.9.16 pr.).

La acusación de suposición de parto no está sometida a plazo de prescripción²⁵, aunque haya fallecido la mujer acusada del delito, por lo tanto, es perpetua²⁶.

En cuanto a la determinación de la pena (D. 48.10.1.13), nos encontramos con dos posiciones doctrinales: una la que defiende que la pena aplicable en un principio era la de muerte, fue a finales de la República cuando se admitió la alternativa entre ésta y el exilio y por fin, en la época de Marciano y Ulpiano, se impone la pena de deportación; y otra la que defiende que ya a fines de la República, la pena de muerte fue sustituida por la deportación²⁷.

²² RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, cit., pp. 37 ss.

²³ En este sentido, TORRENT, A., “Suppositio partus- crimen falsi”, cit., pp. 237 s.

²⁴ Cfr. TORRENT, A., “Suppositio partus- crimen falsi”, cit., pp. 239.

²⁵ Cfr. RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, cit., p. 272.

²⁶ D. 48.10.19.1: la acusación de suposición de parto no puede ser excluida por plazo de prescripción alguno, y lo mismo da que haya muerto la mujer que se pretende hizo la suposición de parto.

²⁷ Sobre estas controversias doctrinales, vid. LÁZARO, C., “Precedentes jurídicos y doctrinales del delito de los que suponen, y persuaden partos fingidos en la Suma de las Leyes Penales de Francisco de la Pradilla”, cit. pp. 309 s., n.35.

V. LA MUJER EN LAS RELACIONES DE PAREJA

El último siglo a. C. produjo unos cambios, que por otra parte tenían su fermentación tiempo atrás, los cuales van a dar al traste con las ideas que anteriormente predominaban en la sociedad romana. Las mujeres romanas estaban tomando clara conciencia de su propio papel. Hasta finales de la época republicana, los adulterios efectuados por el sexo masculino fueron algo natural, cosa normal en una sociedad que casaba a sus miembros con el único y exclusivo fin de producir descendencia y donde el afecto no contaba en gran medida; debido a ello, los hombres habían de buscar, fuera del matrimonio, las satisfacciones que éste era incapaz de darles.

No obstante, parece indudable que las mujeres se encontraban en parecida situación, soportando callada y humildemente el problema. La mujer, finalmente, había comprendido la situación y se había adaptado a ella, se sintió igual al hombre y, por esta razón, se vio con el mismo derecho a buscar, fuera de la unión conyugal que las dejaba insatisfechas, la realización de sus propias necesidades.

Augusto se vio obligado a tomar enérgicas medidas, debido a un creciente aumento de las relaciones extra-matrimoniales, que no producían descendencia, por cuanto eran producto de la ilicitud y que no permitían la natalidad dentro del matrimonio, puesto que ambos cónyuges tenían sus necesidades completamente saturadas fuera de éste, influyendo directamente sobre la natalidad romana de forma catastrófica²⁸.

1. EL ADULTERIO.

Se da bajo la legislación augustea, y en concreto a partir de la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* (18 a. C), cuando comienza a regularse el *Ius Accusandi* contra las

²⁸ Sobre estas posibilidades, *vid.* DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, *cit.*, pp. 82 s.

mujeres, y a romperse el principio de que las actuaciones procesales fuesen oficios propios de los varones.

1.1 EL CONCEPTO DE ADULTERIO.

El adulterio era considerado, ya en época antigua como la unión sexual de una mujer casada, libre, de condición honorable –*matrona*-, con un hombre distinto de su marido. La adúltera es la mujer que comete adulterio y el adúltero es el tercero, con quien se lleva a cabo la relación.

La adúltera siempre será la mujer, ya que la violación de la fe conyugal por parte del marido no se consideró adulterio, o no tuvo las consecuencias jurídicas que se derivan de la traición femenina. Así, no se consideraba como adulterio las relaciones que un hombre casado podía mantener con otras mujeres distintas de su esposa²⁹.

Como pone de manifiesto Osaba³⁰, una de las características del adulterio es la *pollutio* –contaminación-, que corrompe y deshonra a la mujer, porque le impide ostentar la condición de *pudica*; convirtiendo en incierta a la prole, ya que el hijo nace *ex altero*, y supone una afrenta a la dignidad del marido. Por ello, la *corruptio* de la *nupta* se identifica con la contaminación de la sangre, y destruye la integridad de la *domus*.

1.2 EL ADULTERIO ANTES DE LA *LEX IULIA DE ADULTERIIS COERCENDIS*

Durante todo el período republicano, el adulterio no fue sancionado con una pena pública, sino que tuvo el carácter de delito privado y correspondió al Derecho penal doméstico castigarlo³¹. Así, en épocas anteriores a la *Lex Iulia*, el *Ius Occidendi* del que disponen el padre y el marido de la adúltera, es muy amplio y aquél y éste pueden matar impunemente tanto a la hija o mujer adúltera como al varón que con ella cometió el adulterio, sin apenas ningún tipo de limitación.

²⁹ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit.p.28.

³⁰ OSABA, E., *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid, 1997, p.26.

³¹ Sobre los antecedentes de la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, vid. DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, cit., pp. 83 ss; con mucho detalle, PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. pp.100 ss.

El padre antes de la *Lex Iulia* puede matar al adúltero y también a su hija. El matar a ésta es un derecho que le compete y que, como tal derecho, puede o no ejercitar, aunque de ningún modo tiene obligación de hacerlo y que aún ejercitándolo, no implica que deba matar también al adúltero. La muerte de los adúlteros no está sometida a ninguna limitación de tiempo y de lugar, siendo la única condición que se exige, para que el padre pueda matarlos impunemente, que les haya sorprendido en flagrante delito, es decir, durante la comisión del acto mismo de adulterio.

Respecto al marido, la impunidad de éste, anterior a la *Lex Iulia*, tiene la misma extensión que la paterna, es decir se concedía al marido la facultad de matar, impunemente a su mujer adúltera, facultad que a partir de la *Lex Iulia* se concede exclusivamente al padre.

Esta facultad del marido la encontramos atestiguada en un texto de Dionisio de Halicarnaso³² en el que, además de la mencionada facultad de la que dispone el marido de poder matar a su mujer- *Ius Occidendi*- el texto nos informa: por un lado, de los distintos casos en los que puede ser ejercida- cuando la mujer cometa adulterio o beba vino-; por otro, de la situación en la que ella deba encontrarse *-in manu-*; y por último, de que la sanción queda supeditada al examen no sólo del *paterfamilias*, sino también de sus *cognati*.

La única limitación establecida antes de la *Lex Iulia* con respecto al *Ius Occidendi* del marido, para que éste resulte impune, es la flagrancia en el adulterio de su mujer, como se desprende del siguiente texto recogido en las Noches Aticas, en el que afirma Aulo Gelio³³ que: *...in adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine iudicio impune necares...* Como resulta de un texto de Horacio³⁴, esta impunidad se extiende también a la muerte del adúltero.

³² Dionisio de Halicarnaso, *Rom. Ant.* 2.25.6.

³³ Aulo Gelio, *N. Att.* 10.23.5.

³⁴ Horacio en la II Sátira del I libro, (46-47).

Parte de la doctrina ha considerado una práctica generalizada el que en vez de castigar a la adúltera con la muerte se mitigue su pena con el exilio³⁵.

1.3 AUGUSTO Y LA *LEX IULIA DE ADULTERIIS COERCENDIS*

Será en el Principado cuando el adulterio se convierta en delito perseguible a través de una pena pública y se regule por un procedimiento a cargo de lo que hoy calificaríamos como el Estado, y es Augusto, en su propósito de moralizar las costumbres, el que, junto a este nuevo *iudicium*, promulga la *Lex Iulia de adulteriis*, alrededor del año 18 a. C, convirtiendo el *adulterium* en *crimen*³⁶, y sometiéndolo, además a la *cognitio extra ordinem*, que será sustituida en época de los Severos, por la *quaestio de adulteriis* siendo perseguible –a partir de este momento- no sólo a iniciativa del padre o del marido, sino también de cualquier ciudadano.

Los presupuestos exigidos por la *Lex Iulia* para el ejercicio del *Ius Occidendi* del padre de la mujer que ha cometido adulterio³⁷ son:

- 1) Que el padre sea *sui iuris* y ejerza sobre su hija la patria potestad o, como se deriva de los textos recogidos en la *Collatio*³⁸, haya sido *auctor de la conventio in manum* de su hija adúltera. La ausencia de esta posibilidad en las fuentes justinianas se debe, probablemente, a que en el Digesto³⁹ se suprime por los compiladores toda alusión a la *conventio* por tratarse de una institución ya desaparecida.
- 2) Que el padre sorprenda a los adúlteros durante la comisión del delito, en su propia casa, o en casa del marido de la hija adúltera. Debe entenderse por *domus* el lugar donde el padre y/o el marido estén domiciliados, y la razón de este presupuesto, es considerarse una injuria mayor el que la hija se atreva a introducir al adúltero en el domicilio paterno o marital.
- 3) Que el padre mate a los dos adúlteros y que lo haga a la vez, es decir, *in continenti*. Razón de ello, es, además de equiparar a los autores del crimen, el evitar, en lo posible, que se ejerza este derecho. Así, si el padre tiene que matar a

³⁵ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit.p.111.

³⁶ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. p.35; RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, cit., pp. 268 ss. y 286 s.

³⁷ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. pp.128 ss.

³⁸ Coll. 4.2.3 (*Paul. L. s. de Adult.*); Coll. 4.7.1 (*Pap. L. s. de Adult.*).

³⁹ D. 48.5.21 (20) (*Pap. 1 de Adult.*); D. 48.5.22 (21) (*Ulp. 1 de Adult.*).

su hija junto con el adúltero, tal vez se abstenga de hacerlo, y al perdonar a aquella, automáticamente, perdonará a éste. Si sólo mata a uno de los dos, independientemente de quien sea, el padre será culpable de homicidio y quedará sometido a la *Lex Cornelia de sicariis*, a menos que por su actuación demuestre su *voluntas occidendi* respecto al adúltero superviviente, ya sea por herirlo gravemente, perseguirlo en caso de que huyera, u otras conductas similares⁴⁰.

A la luz de los presupuestos exigidos por la *Lex Iulia de adulteriis* para el ejercicio del *Ius Occidendi*, nos damos cuenta de que el padre no siempre podrá castigar a su hija adúltera y al adúltero con la muerte. Sin embargo, debe advertirse, como en su momento veremos, que aún en el caso de que no se dieran tales presupuestos, al padre le quedará la posibilidad –que le concede la ley- de interponer la *accusatio iure mariti vel patris* contra la hija, con preferencia sobre las demás personas, exceptuando al marido de ésta⁴¹.

En base a todo lo que hemos afirmado respecto al *Ius Occidendi* del padre de la adúltera, resulta claro que la finalidad de la *Lex Iulia* es tratar de limitar lo más posible el ejercicio de dicho derecho, y dispone para ello de un complejo sistema de normas.

La diferencia más notable que existe entre el padre y el marido respecto al *Ius Occidendi* atañe a la persona frente a la que cabe ejercitarlo, porque a tenor de las fuentes⁴², al marido –a diferencia del padre- sólo se le concede la posibilidad de matar al adúltero, no pudiendo matar, en ningún caso, a la mujer adúltera⁴³.

La razón de ello es, presumiblemente, la distinta reacción de uno y otro frente al adulterio que les afecta. El padre, movido por el amor filial y la *pietas paterna*, instintivamente intentará salvar la vida de su hija atribuyendo la culpa de la infidelidad al cómplice, por eso, para matarlo deberá también hacerlo con su hija. El marido, ofendido en su orgullo viril imputará directamente la culpa a su mujer y por eso, a

⁴⁰ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. pp. 164 s.

⁴¹ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. p. 130.

⁴² D. 48.5.23 (22) 4 (*Pap. I de Adult.*; Coll 4.10.1 (*Papinianus, eodem libro singulari*)).

⁴³ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. p. 169.

diferencia del padre, sólo podrá matar al adúltero y nunca a su esposa. Si mata a la mujer, será considerado reo por la Lex Cornelia, si bien cometerá un homicidio aunque atenuado (por su estado emocional incontrolable) y, por tanto, será sancionado con una pena más leve que en un homicidio en el que medie dolo⁴⁴.

De acuerdo con el testimonio de las fuentes⁴⁵, los casos en los que el marido puede matar a quienes cometen adulterio con su mujer, son mucho más limitados que en relación al padre de la adúltera. Al marido se le permite matar al adúltero de su mujer, pero no en todo caso o fuera quien fuera como se le permite al padre, sino sólo a ciertos adúlteros, los que pertenezcan a una determinada categoría de hombres, que son enumerados a continuación: cuando éste sea alcahuete, cuando hubiera ejercitado el arte cómico (hubiera sido actor) o hubiera salido a escena para cantar y saltar (como cantante o bailarín); cuando haya sido condenado en juicio público siempre que no hubiera obtenido la *restitutio in integrum*, cuando sea liberto, ya sea del propio marido o de la mujer, del padre de la adúltera, o de la madre, o del hijo o de la hija, o sea liberto de ambos. Y finalmente, el marido también puede matar al adúltero si este es esclavo⁴⁶.

Los presupuestos o limitaciones establecidos en la *Lex Iulia* respecto a la impunidad del marido por matar al adúltero de su mujer son:

- 1) Que el marido sorprenda, a los adúlteros durante la comisión del delito – flagrancia del adulterio-, y además en la propia casa marital y no en la del padre de la adúltera.
- 2) Que el adúltero sea de condición social inferior a la suya.
- 3) Que tras matarlo repudie inmediatamente a la mujer y en el plazo de tres días notifique la muerte del adúltero al magistrado, para que éste corrobore que se han dado todas las condiciones necesarias para que el marido quede impune. En caso de que el marido no repudie a la mujer, será acusado de lenocinio. (panero 181)

⁴⁴ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. p. 183.

⁴⁵ D. 48.5.25 (24) pr.

⁴⁶ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. p. 176.

- 4) Que siendo la situación familiar del marido irrelevante (*sui iuris o alieni iuris*) no lo es –y sí se exige– que el marido tenga carácter de tal, goce de *conubium* y no sea de malas costumbres⁴⁷.

Si el marido no quiere o no puede matar al adúltero, ya sea por descubrirlo fuera del domicilio conyugal, ya sea por pertenecer aun rango social elevado, puede retenerlo durante veinte horas para atestiguar el adulterio⁴⁸.

A la luz de los presupuestos exigidos por la ley, se aprecia que el marido no siempre podrá castigar al adúltero, y menos aún a la adúltera. Sin embargo, y al igual que ocurre con el padre, en caso de que no se dieran tales presupuestos, al marido aún le queda la posibilidad de interponer, con preferencia sobre las demás personas, la *accusatio iure mariti* contra su mujer infiel⁴⁹.

En cuanto a la pena establecida por el adulterio, parece fuera de toda duda que se trataba de la *relegatio in insulam*, unida a confiscación de la mitad de la dote y la tercera parte de los bienes. Ahora bien, ello llevaba aparejado, en lo que a la mujer se refiere, algo probablemente más severo, el hecho de que todo nuevo matrimonio le será absolutamente prohibido desde ese momento. Y aquél que la desposase era perseguido por la ley; de esta manera, la única salida que se dejaba a la condenada por adulterio era el concubinato, en el que no era castigada⁵⁰.

1.4 EL ADULTERIO DESPUÉS DE LA *LEX IULIA DE ADULTERIIS COERCENDIS*

Tras la *Lex Iulia de adulteriis* el *Ius Occidendi* sufrirá no pocas alteración, aunque no como consecuencia de disposiciones legislativas, sino por una serie de paulatinas adaptaciones de la propia ley a las nuevas estructuras que terminarán por modificar substancialmente su contenido⁵¹.

⁴⁷ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. p. 183.

⁴⁸ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. p. 175.

⁴⁹ Cfr. PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. p. 168.

⁵⁰ Cfr. DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, cit., p. 88.

⁵¹ *Vid.*, con detalle, PANERO ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, cit. pp. 113 ss.

Así, la impunidad marital se extiende, pudiendo el marido matar a cualquier adúltero sin tener en cuenta la clase social a la que pertenece, si bien, Justiniano vuelve a restringir el ámbito de esa impunidad.

Antonino Pio excluye la pena de muerte del marido por el homicidio de la mujer adúltera y establece una pena más leve según la clase social –*ultimum supplicium*– a la que pertenezca el marido homicida. Esta regla viene confirmada por Marco Aurelio y Cómodo, los cuales también en un rescripto establecen que el marido hubiese matado al cómplice de su mujer si falta a las condiciones de lugar, tiempo y persona establecidas en la *Lex Iulia* es sometido a una pena más leve que la prevista normalmente para el homicidio.

Justiniano, en su Novela 117, establece nuevos límites a la impunidad del marido. Así, el marido sólo podrá matar al adúltero de su mujer, siendo irrelevante la posición social de éste y quedando, en todo caso, la propia mujer excluida de dicha sanción. Además, para que el marido resulte impune, deberán concurrir algunas condiciones que quedan incluso fuera de lo contemplado en la ley de Augusto: en primer lugar, el marido deberá enviar al adúltero tres denuncias por escrito y firmadas por testigos fidedignos, y en segundo lugar, deberá sorprender a su mujer y al adúltero durante la comisión del delito. También nos dice Justiniano dónde deberá el marido sorprenderles: en casa propia, en casa de la mujer, en una taberna, o incluso en una casa en los suburbios.

2. EL SENADOCONSULTO CLAUDIANO

La esclavitud aumentaba las facilidades para no casarse, puesto que promocionaba en gran medida las uniones extramatrimoniales: una mujer unida a un esclavo tenía en sus manos todas las ventajas del matrimonio, sin tener que soportar ninguna de sus responsabilidades⁵².

⁵² Como pone de relieve DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, cit., p. 25.

Por este motivo, en virtud de un *senatusconsultum Claudianum*⁵³, propuesto en el año 52 d. C. por el emperador Claudio, la mujer libre y ciudadana que tiene una relación sexual con un esclavo de otro contra la voluntad de su dueño y la mantiene, a pesar de haber sido advertida tres veces (*invito et denunciante dominio*), se convierte en esclava de ese mismo dueño⁵⁴. Sin tal prohibición la mujer no se hacía esclava.

De todas formas hay que aclarar que perteneciendo el esclavo a la propia mujer, la ley estaba totalmente indefensa; aunque el intento de parar estas relaciones es claro.

Por otra parte, de algunas fuentes se desprende que la mujer podía establecer un cierto acuerdo con el dueño del esclavo, por medio del cual ella permanecía libre, mientras que sus hijos –nacidos de la unión con el esclavo– pasaban a esclavitud; o bien pasar ella a liberta, mientras que sus hijos pasarían a ser ciudadanos romanos⁵⁵.

VI. OTRAS SITUACIONES ESPECIALES

Por último, nos parece conveniente hacer una breve referencia a ciertos aspectos –peculiaridades, privilegios o excepciones de que es objeto la mujer–, como la disminución de la pena, la ejecución de la pena de muerte, la custodia preventiva y el rapto y la violación, en la medida en que es considerada de forma especial.

1. DISMINUCIÓN DE LA PENA

Por lo que se refiere a las penas, hay que indicar que a la mujer le es de aplicación la normativa general. En efecto, sobre la mujer pueden recaer las mismas penas que sobre los hombres; y así ella viene sometida a la pena de deportación, confiscación de todos o parte de sus bienes, al servicio de las minas a perpetuidad o temporalmente, a las salinas⁵⁶ y, por último también a la pena máxima. Es decir, no existen sanciones

⁵³ Sobre el senadoconsulto Claudiano, *vid.* MURGA, J.L., “Una nueva versión del contubernio Claudiano en el Codex Teodosiano”, *RIDA*, 28 (1981) pp.163 ss.; “Una extraña aplicación del senadoconsulto Claudiano en el Código de Teodosio”, *Studi Sanfilippo*, 1 (1982) pp. 415 ss.

⁵⁴ Cfr. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1986, p.88; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990, p.130.

⁵⁵ Sobre estas posibilidades, *vid.* DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, *cit.*, p. 26.

⁵⁶ Ulpiano D.48.19.8.8.

específicas femeninas, aunque se dan modalidades particulares de ejecución, al menos por lo que se refiere a la pena capital.

También encontramos algunas disposiciones especiales donde se da, en razón de su sexo, un tratamiento diferente respecto al varón, que afectaría a una disminución de la pena –se le castigaba con menos severidad que a los hombres-, más que a una menor imputabilidad, al menos en la *cognitio extra ordinem*, al suponersele menos firme y seguro el propósito criminal, es decir, una menor capacidad de intencionalidad criminal, causa de esta mitigación⁵⁷.

En este sentido, se aprecia disminuida la pena impuesta a la mujer en los casos de: sacrilegio⁵⁸, incesto⁵⁹ y falsificación de moneda⁶⁰, entre otros. De manera que, donde no debe hacerse diferencia alguna, se hace necesario enunciarlo expresamente: *citra discretionem sexus* (sin distinción de sexo), u otras expresiones análogas⁶¹.

2. EJECUCIÓN DE LA PENA DE MUERTE

Por lo que se refiere a la ejecución de la pena de muerte, en los primeros tiempos y en la República, cuando se trataba de ejecutar la sentencia dictada por un magistrado contra una mujer, era muy frecuente, o quizá fuese la regla general, el dejar la forma de dicha ejecución al arbitrio del padre de familia bajo cuya potestad se encontrara sometida o bien al arbitrio de los parientes más próximos, si se trataba de una mujer independiente (*sui iuris*)⁶².

Si, por excepción, la misma condena debiera ejecutarse por parte de la autoridad pública, ésta se ejecutaba en la cárcel de la Ciudad: o por hambre o por estrangulamiento, con seguridad las mismas formas de la ejecución doméstica.

⁵⁷ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *cit.*, pp.113 s.

⁵⁸ Ulpiano D.48.13.7 pr.

⁵⁹ Papiniano D.48.5.39.7.

⁶⁰ C. Th.9.21.1. Cfr. También, sobre el mismo crimen *de falsa moneta*, respecto de las viudas en particular, C.9.24.1.4.

⁶¹ Sobre estas expresiones *vid.* RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *cit.*, p.279 s.

⁶² Cfr. RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *cit.*, pp. 283 ss.

En la primera, por privación de alimentos, se seguirá el mismo procedimiento que tiene lugar para el caso de las Vestales que violan su voto, y constituiría la regla general en la época primitiva. Ahora bien, en el caso de la *virgo Vestalis* culpable de *probum* – violación del voto-, acto considerado como *crimen incesti*, se procederá con el agravante de la reclusión en un subterráneo a modo de tumba y ejecutada bajo las órdenes de quien tiene la *potestas* sobre ella, o sea, el sumo pontífice, una vez despojada de sus insignias sacerdotales y sin poder tributarle honras fúnebres; esto es, la pena de enterramiento viva⁶³; y siendo el cómplice castigado a muerte, mediante flagelación.

Más tarde, y regularmente, por estrangulamiento por el lazo a manos del verdugo, en secreto –forma que viene prohibida en el Imperio⁶⁴–.

En el período imperial, la ejecución suele acaecer en público sin hacerse excepción alguna para las mujeres. Éstas vienen sometidas a la pena del saco, de la decapitación, de la cremación y de la condena a las fieras. Por el contrario, no vienen condenadas a la cruz, reservada a los hombres, tal vez por motivos de *pudicitia*. Y la flagelación, implícita en toda sentencia capital, generalmente, tampoco les es aplicada, como ya venía sucediendo en época republicana.

3. CUSTODIA PREVENTIVA

Otro privilegio, también sugerido por razones morales (*pudicitia*), tiene relación con la cárcel preventiva. Frente al principio general que establece su encarcelamiento para los casos de crímenes más graves, hasta que se sustancia el proceso, quedan exceptuadas las mujeres, al menos en el Derecho justiniano⁶⁵.

Justiniano sustituye la prisión de las mujeres por una custodia preventiva de que podían ser objeto las mujeres en cuanto reos. En el supuesto de que el juez de la causa la estimara conveniente, tras considerar la gravedad de la acusación, el sexo y la personalidad de quien intentaba la acusación criminal, en el caso de la mujer optaría, en vez de por la cárcel preventiva, por la vía de la *satisdatio o fideiussio*, el arresto privado,

⁶³ PLUTARCO, *Numa* 10,7-13; LIVIO 22,57,4-7.

⁶⁴ Ulpiano D.48.19.8.1.

⁶⁵ Nov.134, 9 in fine.

o, en su caso, su consignación en una institución religiosa, ya que, a diferencia de lo que sucedía con los hombres, eran tenidas en una consideración especial⁶⁶.

4. RAPTO Y VIOLACIÓN

Encontramos una serie de medidas protectoras en esta esfera del Derecho referidas al rapto y la violación, aunque se darán en época tardía y bajo influjo del Cristianismo, como son una serie de constituciones de época postclásica recogidas en el Código Teodosiano que contemplan a las doncellas y viudas (*de raptu virginum vel viduarum*)⁶⁷ y otras *de raptu vel matrimonio sanctimonialium virginum vel viduarum*⁶⁸, a las que, en línea de continuidad seguirá en su contemplación la del propio Justiniano, sobre la misma materia⁶⁹.

Ha de decirse a este respecto que tanto el crimen de rapto como la violencia carnal ejercitada contra cualquiera, si bien no contemplados de forma especial, caían bajo las disposiciones relativas al crimen *de vi*, contenidas en las leyes *Plautia* y *Iulia de vi*. La pena consistiría en la confiscación de la tercera parte de los bienes del autor, añadiendo Paulo la *relegatio* para los *honestiores* y la condena temporal *ad metalla* para los *humilliores*. Para Ulpiano, la violencia sexual constituía acto de violencia pública⁷⁰, al igual que para Marciano, junto al rapto, estableciéndose para éste la pena máxima⁷¹.

Será Constantino quien considere el rapto como delito *sui generis*, suceda con fines de matrimonio o libidinosos. No importa si hay consenso de los padres u otros cuando la raptada resiste; ni el consenso de ésta cuando ellos no quieren. Las penas,

⁶⁶ Cfr. RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *cit.*, pp. 281 ss.

⁶⁷ C. Th. 9, 24, del 320, 349 y 374, de Constantino, Constancio, y la tercera de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano.

⁶⁸ C. Th. 9, 25, de los años 354, 364 y 420, de Constancio, Joviano, y la tercera de Honorio y Teodosio.

⁶⁹ C. 9.13.

⁷⁰ D. 48.5.30 (29).9: no hay duda de que puede acusarse sin límite de tiempo al que cometió estupro por violación, en un hombre o una mujer, pues está fuera de duda que cometió un acto de violencia pública.

⁷¹ D. 48.6.3.4 -5: el que raptó una mujer, casada o no, es castigado con la última pena, y aunque el padre de aquélla hubiera perdonado el crimen movido por los ruegos, sin embargo, podrá presentar la acusación otra persona extraña sin tener que esperar el plazo de cinco años, ya que el crimen de rapto excede del ámbito de aplicación de la ley Julia sobre los adúlteros.

extremadamente severas –está previsto hasta la ingestión de plomo fundido-, alcanzan no sólo al raptor, sino también a la raptada que voluntariamente le haya seguido, y a los eventuales cómplices⁷². De modo especial es mencionado el rapto de la mujer consagrada a Dios –vírgenes y viudas “santinomiales” con voto de castidad-, e incluso el cortejarlas con la finalidad de casarse con ellas. Su consentimiento no excluye el crimen, y la pena será de muerte agravada con la confiscación de los bienes para los reos principales. No se permitían, en ningún caso, las bodas reparadoras⁷³.

VI. CONCLUSIONES

1ª Podemos afirmar que, en la esfera penal, la mujer se encuentra en el mismo plano que el varón, no influyendo demasiado las limitaciones existentes en cuanto a su capacidad. La posibilidad de hacerse responsable por la comisión de actos ilícitos, esto es, su capacidad delictual, en poco difiere de la del varón. Así pues, era susceptible de imputabilidad y penalidad, esto es, se encontraba sometida a la ley penal, rasgo común tanto para el hombre como para la mujer.

No obstante, del estudio de las fuentes se desprende que eran múltiples las consideraciones de los jurisconsultos y las disposiciones imperiales, que tenían como destinatarias a la mujer en general, determinados grupos de mujeres, o alguna mujer en particular, dadas unas variables y situaciones concretas.

2ª En lo relativo a la legitimación pasiva de la mujer –*ream fieri*-, se aprecia como, en el decurso del Imperio, se produce una evolución paralela a la que asistimos a propósito de la activa. En efecto, será igualmente bajo la legislación augustea, y en concreto a partir de la *Lex Iulia de adulteriis*, cuando comienza a regularse el *Ius Accusandi* contra las mujeres, y, por tanto, a resquebrajarse el principio de que las actuaciones procesales fuesen oficios propios de los varones.

Con posterioridad, y de forma progresiva, a través de algunos rescriptos imperiales se vendría a configurar la regulación de su capacidad para ser acusada en un

⁷² C. Th. 9, 24, 1.

⁷³ Cfr. RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *cit.*, pp. 291 ss.

procesa penal público, y, por tanto, llegar a ser *damnata*. En ciertos casos, circunstancias como el sexo u otras relativas a su condición femenina entrarán a formar parte de la tipificación de un delito y dentro del procedimiento correspondiente. Ya en tiempos de Ulpiano, que escribe bajo los emperadores Severos, se ha generalizado su capacidad procesal pasiva en el ámbito, no sólo de los *iudicia publica*, sino de otros delitos (aborto provocado, *suppositio partus*, envenenamiento, *pudicitia*, etc.); y en algunos casos considerada de forma especial, como en el supuesto previsto a propósito de adulterio.

3ª Algunas situaciones especiales de la mujer en el Derecho penal romano están relacionadas con la circunstancia de que se encuentre embarazada o parturienta, o incluso llegue a fingir el parto. En estos casos, el Derecho romano adopta medidas, todas ellas sin duda, encaminadas tanto a contemplar la figura del *nasciturus* y la esperanza de vida que entrañaba (privilegios de la mujer embarazada), como a no defraudar la *spes prolis* del marido (aborto provocado), y en general, a la protección de la familia y de las expectativas hereditarias de sus miembros (*suppositio partus*).

4ª En otras situaciones especiales se contempla a la mujer en las relaciones de pareja, haciendo que la *matrona* sea depositaria de la salvaguarda de la integridad de la *domus* y responsable en exclusiva de la violación de la fe conyugal. En estos casos, se adoptaron enérgicas medidas para reprimir el creciente aumento de las relaciones extra-matrimoniales, que no producían descendencia, por cuanto eran producto de la ilicitud y no permitían la natalidad dentro del matrimonio. Esta era la finalidad perseguida por toda la legislación de Augusto, en especial, por la *Lex Iulia de adulteriis* (18 a. C), y por el senadoconsulto Claudiano (52 d. C).

5ª Por lo que se refiere a las penas, hay que indicar que a la mujer le es de aplicación la normativa general. En efecto, sobre la mujer pueden recaer las mismas penas que sobre los hombres; es decir, no existen sanciones específicas femeninas, aunque se dan modalidades particulares de ejecución, al menos por lo que se refiere a la pena capital.

También encontramos algunas disposiciones especiales donde se da, en razón de su sexo, un tratamiento diferente respecto al varón, que afectaría a una disminución de

la pena –se le castigaba con menos severidad que a los hombres-, más que a una menor imputabilidad, al menos en la *cognitio extra ordinem*, al suponersele menos firme y seguro el propósito criminal, es decir, una menor capacidad de intencionalidad criminal, causa de esta mitigación.

6ª Por todo ello, y concluyendo, sin duda el *sexus* no es *per se* una causa de irresponsabilidad penal, y la mujer es castigada como el hombre; ahora bien, si no una discriminación o un *status* diferente ante el derecho penal, sí encontramos ciertas peculiaridades: procesales, elección de la pena, modalidades de ejecución, aplazamiento de la misma, etc.; delitos en particular en que se le considera en cuanto tal, o que le son propios; contemplación de situaciones especiales en cuanto casadas, viudas, vírgenes, vestales, hijas de familia; presencia relevante de la costumbre: *pudicitia*, papel desempeñado, etc.. Peculiaridades que responden y, en última instancia, ponen de manifiesto la diferente situación jurídica de la mujer en general, y una especial consideración ante el Derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS RAMOS, J. – TULACÓN, J. A., *Derecho Romano*, 18ª ed., Tercera reimpresión, vols. I y II, Madrid, 1991.

DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, Granada, 1976.

D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Pamplona, 1991.

D'ORS, A., “Contribuciones a la historia del crimen falsi”, *Studi in onore di Edoardo Volterra 2* (Milano, 1969), pp. 527-558

GAGO DURÁN, M., *La emancipación de la mujer romana en la Bética del Alto Imperio*, Córdoba, 2012.

GARAY CLAUSSEN, G., *Condición de la mujer en Roma*, Santiago de Chile, 1956.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990.

LÁZARO, C., “Precedentes jurídicos y doctrinales del delito de los que suponen, y persuaden partos fingidos en la Suma de las Leyes Penales de Francisco de la Pradilla”, *El Derecho penal: de Roma al Derecho actual* (VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho romano), Madrid, 2005, pp. 299-313.

LÓPEZ-AMOR, M., “La mujer romana a través de la sátira VI de Juvenal”, *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, vol. III, Madrid, 1988, pp. 1475-1485.

LOZANO CORBÍ, E., *Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Mira editores, Zaragoza, 1999.

MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1992.

MURGA, J.L., “Una nueva versión del contubernio Claudiano en el Codex Teodosiano”, *RIDA*, 28 (1981) pp.163 ss.

MURGA, J.L., “Una extraña aplicación del senadoconsulto Claudiano en el Código de Teodosio”, *Studi Sanfilippo*, 1 (1982) pp. 415 ss.

OSABA, E., *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid, 1997.

PANERO, R., *Derecho Romano*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PANERO, ORIA, P., *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo* (A. López – C. Martínez – A. Pociña, eds.), Granada, 1990, pp. 97-119.

RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1996.

RESINA, P., “La mujer ante el Derecho penal romano”, *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano* (R. Rodríguez – MJ. Bravo, eds.), Madrid, 2013, pp.263-296.

SANTALUCIA, B., *Derecho penal romano*, trad. por J. Paricio y C. Velasco, Madrid, 1990.

SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, trad. por J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960.

THOMAS, Y., “La división de los sexos en el Derecho romano”, *Historia de las mujeres*, vol. 1, La antigüedad, editorial Taurus, Madrid, 1991, pp. 115-179.

TORRENT, A., “Suppositio partus- crimen falsi”, *AHDE* 52 (1982), pp. 223-242.

VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1986.