

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA DEL *CONCEPTUS NONDUM NATUS*

EVA MARÍA POLO ARÉVALO
Universidad Miguel Hernández

La configuración del nacimiento en las fuentes como el tiempo que marcaba el inicio para la producción de cualquier efecto jurídico ocasionaba que el concebido, como afirma PAPINIANO en D. 35, 2, 9, 1, *homo non recte fuisse dicitur*¹, siendo considerado más bien una *portio mulieris*². Hasta el nacimiento, por tanto, no se producía la adquisición de derechos por parte del concebido ni la modificación o pérdida de los que ostentaban terceras personas. Sin embargo, lo anterior no debe conducir a pensar que los juristas desconocieran al ser que *in utero fuit*; muy al contrario, numerosos textos consideran al *conceptus* como algo que *quodammodo in rerum natura est* y de ahí que su existencia actual se tuviera en cuenta por la repercusión que iba a ocasionar su futuro nacimiento³.

La esperanza de vida que representaba el concebido⁴ provocó que los juristas establecieran medidas protectoras para salvaguardar los derechos que le corresponderían al nacer, reservando parte de la herencia o la totalidad⁵ —según concurriera con otros o fuera el único heredero del causante—, suspendiendo su reparto⁶, y concediendo, en el

¹ D. 35, 2, 9, 1.- (*PAPINIANUS libro VIII Quaestionum*).- ...*quia partus nondum editus homo non recte dicitur*.

² D. 25, 4, 1, 1.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).- ...*partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum...*

³ Las fuentes se refieren al no nacido como algo que está *in rebus humanis* o *in rerum natura*: así, JULIANO en D. 1, 5, 26 afirma del *conceptus* que *intelleguntur in rerum natura esse*; CELSO en D. 38, 16, 7 que *quodammodo que in rerum natura esse existimatur*; y PAULO en D. 1, 5, 7 que *perinde ac si in rebus humanis esset*.

⁴ Son numerosas las ocasiones que las fuentes se refieren al concebido con expresiones que reflejan la esperanza de nacimiento o la esperanza de vida: entre otras, son comunes las expresiones *qui nasci speratur*, empleada en D. 50, 16, 231; *homo fieri speratur* en D. 7, 4, 14; *spes vitae* en D. 37, 9, 1, pr. y D. 37, 9, 1, 8; *spem nascendi* en D. 38, 16, 1; D. 1, 5, 7 y D. 37, 9, 1, pr.; y *spem animantis* en D. 11, 8, 2.

⁵ D. 5, 4, 3; D. 5, 4, 4; D. 38, 16, 3, 9; D. 38, 16, 3, 10; D. 29, 2, 30, 6; D. 34, 5, 7 (8), pr.

⁶ D. 5, 1, 28, 5; D. 29, 2, 30, 6; D. 38, 16, 3, 9; D. 38, 7, 5, 1 o D. 5, 4, 3.

Eva María Polo Arévalo

sistema pretorio, una *missio in possessionem*⁷ con el fin de proporcionar todo lo necesario para garantizar su nacimiento⁸. El concebido no fue ignorado ni siquiera por el *ius civile*, poniendo de manifiesto numerosos textos que ya en las XII Tablas se efectuaba la *vocatio ab intestato* de aquél que *in utero fuit* al tiempo del fallecimiento del *de cuius*, dentro de la categoría de los *heredes sui*⁹. De ahí que incluso en D. 50, 17, 187 se llegue a afirmar que el *paterfamilias* que muere dejando a su mujer embarazada *non videtur sine liberis decessisse*¹⁰ y que, ya en derecho clásico, juristas como GAYO, PAULO, JULIANO o CELSO formularan, con diversas enunciaciones, la conocida máxima *conceptus pro iam nato habetur*¹¹.

El sistema tutelar que se fue configurando progresivamente para salvaguardar los futuros intereses del concebido lleva a plantear la cuestión acerca de si existió la misma preocupación por proteger el derecho fundamental más preciado para el *nondum natus*: el derecho a nacer; ya que parece evidente que, sin el amparo de la vida, la tutela del resto de derechos que el concebido tenía reconocido resultaría ilusoria y completamente ineficaz. Sin embargo, en las fuentes, la defensa de la vida del *conceptus* no sólo queda relegada a un injustificado abandono regulativo, sino que, además, algunos testimonios literarios ofrecen noticias de que los abortos constituyan una práctica muy extendida en la sociedad romana, sobre todo a partir del siglo I a.C.¹².

Tampoco la concepción de la familia que existió en los primeros tiempos de Roma¹³ favorece demasiado la idea de que la vida del concebido pudiera gozar de una salva-

⁷ Vid., entre otros, D. 5, 2, 6, pr.; D. 29, 2, 30, 1; D. 37, 9, 1, pr.; D. 37, 9, 1, 12; D. 38, 15, 2, 4; D. 38, 17, 2, 11; D. 37, 9, 1, 11; D. 37, 11, 3; D. 37, 9, 7, pr.; D. 38, 17, 1, 5.

⁸ Vid. D. 37, 9, 1, 2, *in fine*; D. 37, 9, 1, 11; D. 37, 9, 1, 5; D. 37, 9, 1, 15.

⁹ Vid. D. 38, 16, 3, 9; D. 38, 16, 6; D. 5, 4, 3; C. 6, 55, 3 y 4; GAYO III, 4.

¹⁰ D. 50, 17, 187 (147).- (*CELSUS libro XVI Digestorum*).- *Si quis praegnantem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse.*

¹¹ Vid. GAYO I, 147; D. 1, 5, 7; D. 50, 16, 231 de PAULO; D. 1, 5, 26 de JULIANO y D. 38, 16, 7 de CELSO.

¹² Vid. a este respecto NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971, pp. 197 y ss., donde se analizan profusamente las fuentes literarias y jurídicas referentes al aborto en Grecia y Roma desde el siglo IV a.C. hasta el VI d.C. En especial, vid. la cita de la doctrina que NARDI realiza en la nota 1 de la p. 200, donde se pone de manifiesto la unanimidad existente en torno al tema de la frecuencia de los abortos que acaeció en la Roma imperial. Por lo que se refiere a los motivos que llevaron a la mujer a interrumpir los embarazos, vid. NARDI, «*La donna antica nel dramma del voluto aborto*», en *Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, LXIX, 1980-1981, pp. 9 y ss. y del mismo autor, «*Aborto e denaro in antichi dati*», en *Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, LXV, 1976-1977, pp. 29 y ss.

¹³ La familia romana constituía un organismo político y, por tanto, contaba con un jefe que aglutinaba a todos los miembros familiares en torno a su *potestas* y unas normas reguladoras de la vida doméstica. Los poderes que ostentaba el *paterfamilias* eran extensos y variados, comprendiendo derechos como el *ius vendendi*, *ius noxae dandi*, *ius vitae et necis*, etc... La autoridad y sumisión única de todos los miembros familiares al *paterfamilias* era la base en la se fundaba la familia y no los vínculos de parentela que pudieran existir entre aquellos, idea que aparece reflejada de forma clara en D. 50, 16, 195, 2: *Familiam dicimus plures personae quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae*. Vid. a este respecto SCHUPFER, *La fa-*

Protección jurídica de la vida del conceptus nondum natus

guarda específica: como pone de manifesto GÓMEZ-IGLESIAS¹⁴, esta protección no se armoniza demasiado bien con los poderes absolutos que ostentaba el *paterfamilias* sobre los hijos ya nacidos¹⁵ y que incluía, como es sabido, el *ius vitae et necis*¹⁶.

En este contexto, la escasez de fuentes alusivas a la defensa de la vida del concebido puede parecer justificada, máxime si se tiene en cuenta que los principios derivados de la filosofía estoica propugnaban la inexistencia del ser hasta la completa separación del cuerpo de la madre¹⁷. Ahora bien, la carencia de textos alusivos al aborto no se corres-

miglia secondo il diritto romano, Padova, 1876; FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910; CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano, 1942; LONGO, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano, 1946; VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, Bolonia, 1946; GALLO, «Osservazioni sulla signoria del *paterfamilias* in epoca arcaica», en *Studi de Francisci*, II, Milano, 1956, pp. 193 y ss.; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1958, p. 69 y ss.; DENOYEZ, «Le *paterfamilias* et l'evolution de sa position», en *Synteleia Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, pp. 441 y ss.; CAMACHO EVANGELISTA, «Familia agnática, familia cognática y adopción (s. III d.C.)», en *TEMIS*, XXI, 1967, pp. 157 y ss.; GALLO, «Potes-tas e dominium nell'esperienza giurídica romana», en *LABEO*, XVI, 1970, pp. 1 y ss.; VISMARA, *Famiglia y successioni nella storia del diritto*, Roma, 1975, p. 80; FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alle storia della famiglia romana*, I y II, Napoli, 1976; GUILLEN, *Vida y costumbres de los romanos. I. La vida privada*, Salamanca, 1977.

¹⁴ GÓMEZ-IGLESIAS, «*Nasciturus. El status jurídico del concebido*», en Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid, IX-X, pp. 287 y ss.

¹⁵ GÓMEZ-IGLESIAS, «*Nasciturus. El status jurídico del concebido*», op. cit., pp. 287 y ss. El autor ha puesto de manifiesto que la protección de la vida del concebido se conjuga mal con algunos derechos que el *paterfamilias* ostentaba sobre los hijos ya nacidos, añadiendo que el acto denominado *tollere liberos*, por el que aquél podía rechazar en el seno familiar al hijo recién nacido, abandonándolo a su suerte se conjuga demasiado bien con la protección a la vida del concebido. A este respecto, vid. VOLTERRA, «L'efficacia delle costituzione imperiali emanate per le provincie e l'istituto dell'expositio», en *Studi Besta*, I, 1938, p. 213; CARCOPINO, «Le droit romain de'exposition des enfants et le gnomon de l'idiologue», en *Mémmorie de Società Natural des Antiquaires de Francia*, VII, 1924-1927, pp. 84 y ss.; COSTA, *Storia del diritto romano dalle origini alle compilación giustinianee*, Torino, 1925, p. 128; LANFRANCHI, «Ius exponendi e obbligo di alimentare nel diritto romano clasico», en *SDHI*, IV, 1940, pp. 5 y ss.; GUALANDI, «Tollere liberos in un passo di Petronio», en *RISG*, VI, 1952-1953, pp. 413 y ss.

¹⁶ Vid., entre otros textos literarios, CICERON, *Pro domo*, XXIX; SÉNECA, *De clem.*, I, 15; AULO GELIO, *Noct. Att.*, V, 19; DION. HAL., *Ant. Rom.*, II, 26. Vid. a este respecto ALBANESE, «Note sull'evoluzione storica del *ius vitae ac necis*», en *Scritti Ferrini*, III, Milano, 1948, pp. 343 y ss. Tampoco se debe olvidar la existencia de testimonios literarios que hacen referencia a la eliminación de los denominados *monstrum* —hijos que carecían de apariencia de humanidad—, como relata CICERON refiriéndose a una disposición de la Ley de las XII Tablas: CICERON, *De legibus*, III, 18, 9.- ...cito necatus tanquam ex XII tabulis insisgnis ad deformitatem puer. Vid. también SÉNECA, *De ira*, I, 15, 2.- ...portentosos fetus extinguimus, liberos quoque, si debiles monstrisque editi sunt, mergimus, nec ira, sed ratio est a sanis inutilia secernere; y AULO GELIO, *Noct. Att.*, III, 16, 9.- Antiquos autem Romanos Varro dicit non recepisse huiuscemodi quasi monstruosas ratirales. Sed nono mense aut decimo neque praeter hos aliis partionem mulieris secundum naturam fieri existimasse, ideircoque eos nomina Fatis tribus fecisse a pariendo et a nono atque decimo mense... A este respecto vid. NARDI, *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, Milano, 1980, pp. 47 y ss.

¹⁷ FAGGELLA, «Presunzioni che accompagnano il sorgere e lo sparire del subietto dritto naturale nel Codice Civile Germanico comparato», en *Arch. Giur.*, XI, 1902, pp. 473 y ss., en especial, p. 499.

Eva María Polo Arévalo

ponde con el importante esfuerzo que realizaron los juristas y la rica casuística presente en las fuentes en torno a la salvaguarda de los derechos del concebido —sobre todo, los sucesorios—. Sorprende que los juristas ofrecieran en derecho clásico una prolífica producción de soluciones en cuestiones meramente económicas y que esos mismos juristas, sin embargo, se despreocuparan totalmente de proteger la vida del ser al que estaban preservando los derechos —que precisamente iba a adquirir en el momento de nacer¹⁸.

Igualmente, parece lógico pensar que la propia configuración de la familia romana —pese a los poderes absolutos del *paterfamilias* sobre los hijos ya nacidos¹⁹— habría impedido que la eliminación de una *spes nascendi* hubiera quedado impune, máxime si se tiene en cuenta que con ello se privaba al *pater* y al grupo político de la expectativa de un nuevo miembro y, sobre todo, un sucesor²⁰. Con toda seguridad, el aborto debía infringir el orden moral y los *mores*²¹ mereciendo una sanción que, por la especial configuración social de esa época remota, vendría impuesta por el *pater* sobre la base de la *coercitio* doméstica²². Este castigo de origen sacral indudable —al provenir de la cos-

¹⁸ Vid. MASCHI, «*Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*», en *IUS*, XXII, 1975, pp. 383 y ss. El autor realiza un análisis histórico del aborto desde el derecho arcaico hasta el justiniano, teniendo presente no sólo las fuentes jurídicas, sino también los aspectos éticos, sociales, religiosos y consuetudinarios que existía en Roma para demostrar que, a pesar de la carencia de fuentes jurídicas, siempre existió un rechazo hacia la supresión de la vida del concebido.

¹⁹ En efecto, se debe tener en cuenta, por un lado, que que el *ius vitae et necis* era un derecho socialmente muy reprobable que seguramente no se ejercitó por los jefes de familia, y, por otro, que el ámbito de protección de los intereses del concebido no tienen que confundirse con los poderes que ostentaba el *paterfamilias* sobre los hijos ya nacidos. Estas dos esferas no presentan ninguna conexión y, por tanto, no se pueden confundir: el *conceptus* iba a adquirir unos derechos a su nacimiento y el ordenamiento jurídico debía velar a fin de que los mismos no quedaran en expectativas ilusorias; cuestión distinta es que una vez que el hijo naciera, el *paterfamilias* tuviera reconocidos determinados poderes sobre éste, que podía ejercitarse o no.

²⁰ LANFRANCHI, «*Nascituri (Diritto Romano)*», op. cit., p. 14. La eliminación de una *spes nascendi* significaría privar al *pater* y al grupo político de la expectativa de un nuevo miembro y la supresión de un sucesor de la comunidad doméstica, infringiendo el aborto tanto el orden moral —los *mores* y la conciencia social— como el orden religioso —infracción de la *pax deorum*.

²¹ A este respecto, PUGLIESE, (*Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1986, p. 28), ha afirmado que, durante los primeros siglos de Roma, una importante parte del derecho privado estaba conformado por los *mores maiorum*, esto es, costumbres y reglas no escritas pero que en la conciencia de la sociedad romana eran tenidas como normas de obligatorio cumplimiento. En el seno de esta familia, por tanto, los delitos privados venían fijados y castigados sobre la base de estas normas, los *mores maiorum*, pudiéndose distinguir de este modo dos ámbitos distintos en el poder de castigar: el privado y el público. Esta diferencia plasmada en la distinción entre delitos privados y públicos no significa que éstos no tengan idéntico fundamento, ya que, como afirma BONFANTE (*Storia del diritto romano*, I, Torino, 1958, p. 154) cada instituto de derecho público encontraba su correlativo de derecho privado.

²² MASCHI, «*Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*», op. cit., p. 385. Vid. DE DOMINICIS, «*Coercitio*», en *NNDI*, III, p. 417 y ss. El autor entiende que la *coercitio* competencia del *paterfamilias* era muy similar a la que ostentaban los magistrados romanos.

Protección jurídica de la vida del conceptus nondum natus

tumbre familiar— no por esto carecía de relevancia jurídica²³: la estrecha relación entre derecho y religión ocasionaba que las transgresiones morales y religiosas así como los castigos cobrara relevancia en el plano jurídico²⁴. Por ello, y sin negar que hasta el siglo III d.C. el aborto no estuvo sancionado *per se*, a nuestro juicio, con anterioridad ya existía una sensibilidad jurídica hacia la vida del concebido —en su consideración de *spes hominis*— desarrollada en derecho clásico dentro del sistema de protección reconocido al *conceptus* y que constituirá el pilar fundamental para que posteriormente —en derecho justiniano— el aborto pueda ser equiparado al homicidio. Como afirma MASCHI²⁵, no puede decirse que Roma se caracterizara por tener una mentalidad abortista, a pesar de que el aborto fue efectivamente practicado en diversas épocas.

I. La escasez de fuentes que aluden a la defensa de la vida del concebido, como ya se ha tenido ocasión de mencionar, no debe suponer una dificultad en el análisis de ésta materia, porque existen diversos textos que reflejan claramente que las primeras manifestaciones de protección de aquél derecho se reconocieron a través de una vía indirecta, esto es, mediante el establecimiento de medidas protectoras a favor de la *mulier praegnans*, quizás como consecuencia de la consideración del concebido como *portio mulieris*. En este sentido, son dos los textos en los que se observa la existencia de medidas protectoras de la integridad física de la mujer embarazada y, por ende, de la esperanza de vida que custodiaba²⁶: D. 1, 5, 18 y D. 48, 19, 3.

El primer texto —D. 1, 5, 18— se centra en un rescripto de ADRIANO que tenía por objeto principal resolver el *status* jurídico de un hijo nacido de una mujer condenada a la pena capital²⁷, si bien menciona como cuestión incidental la costumbre que existía

²³ DUMEZIL, *La religione romana arcaica*, Milano, 1977, pp. 474 y ss. y GAUDEMUS, «Le problème de la responsabilité pénale dans l'antiquité», *op. cit.*, p. 496.

²⁴ En la época más antigua, el delito no se concibe sólo como un atentado a la colectividad, sino como una ofensa a los Dioses, cosa más grave puesto que podía desatar su ira contra toda la *civitas*. Vid. a este respecto BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, *op. cit.*, p. 219.

²⁵ MASCHI, «Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica», *op. cit.*, p. 384.

²⁶ La mujer era considerada como portadora de un nuevo miembro de la familia ya que, como pone de manifiesto ARCHI (voz «Concepimento (Diritto Romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 1961, pp. 354 y ss.), el *ius civile* se ocupaba del *nasciturus* en cuanto continuador de las sucesivas generaciones familiares. Según el autor, la familia parece ser el instituto en el que el hecho de la concepción cobra sentido y, de ahí que las normas del *ius civile* relativas al concebido tomen en consideración tanto los intereses del *nasciturus* como los del *paterfamilias*. Junto a los intereses del *paterfamilias* y del *nasciturus*, BAlestri FUMIGALLI («Spes vitae», en *SDHI*, XLIX, 1983, pp. 337 y ss.) entiende que también se toman en consideración los intereses de la *mater praegnans*, reservándole el ordenamiento jurídico una posición especial en orden a la salvaguarda de su dignidad, en un momento en el que ésta asume un particular significado para su existencia.

²⁷ A este respecto, como observa BAlestri FUMIGALLI («Spes vitae», *op. cit.*, pp. 344 y 345), el caso del interdicto *aqua et igni* contemplado al final del fragmento, confirma que la cuestión principal de la que trata ULPIANO versa sobre el *status personarum*, siendo secundaria la mención a la postergación de la ejecución de la mujer, referencia que se introduce en el rescripto Adriano para resaltar la conformidad respecto de la costumbre existente anteriormente y refrendarla con la voluntad del soberano. Vid. también BRINI, «Il

Eva María Polo Arévalo

—*et solitum*— de diferir la ejecución de la mujer embarazada hasta el momento de dar a luz²⁸:

D. 1, 5, 18.- (*ULPIANUS, libro XXVII, ad Sabinum*).- *Imperator Hadrianus Publicio Marcelllo rescripsit, liberam, quae praegnans ultimo suppicio damnata est, liberum parere; et solitum esse servari eam, dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit, et in potestate patris.*

La tutela que comenta ULPIANO —producto de una práctica consuetudinaria que, según él, se cumplía asiduamente— aparece reflejada más claramente en D. 48, 19, 3, texto en el que el jurista, tras constatar que en el supuesto de que una mujer embarazada hubiera sido condenada a la pena capital la ejecución se difería hasta el momento del parto, relata su experiencia personal: al final del fragmento afirma que él mismo había podido observar que esa práctica se cumplía también cuando la mujer había sido condenada a padecer torturas:

D. 48, 19, 3.- (*ULPIANUS, libro XIV, ad Sabinum*).- *Praegnantis mulieris consumendae damnatae poena differtur, quoad pariat. Ego quidem, et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnans est*²⁹.

Se debe advertir que, a pesar de que D. 1, 5, 18 y D. 48, 19, 3 se encuentren ubicados en diferentes títulos³⁰, los dos corresponden al mismo jurista —ULPIANO—, se refieren a la misma materia —muestran la salvaguarda de la vida del concebido a través del amparo de la madre— y ambos carecen de fundamentación, limitándose a poner de manifiesto la costumbre que existía de diferir la condena o tormento hasta después del parto. Ahora bien, aunque en los fragmentos no se mencione expresamente, a nuestro juicio, parece evidente que el privilegio se otorgaba teniendo en cuenta el estado de la mujer y, por tanto, la justificación de su concesión no puede ser otra que tratar de evitar que la ejecución del castigo ocasionara lesiones o incluso llegara segar la vida del no nacido.

No cabe duda que la vía de protección que consta en los dos textos de ULPIANO se establece de forma tangencial, pero, en nuestra opinión, vislumbra de forma clara que

presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano», en *Memorie della Reale Accademia di Bologna*, V-VI, 1920-1923, pp. 195 y ss.

²⁸ Tal y como señala GÓMEZ-IGLESIAS («*Nasciturus. El status jurídico del concebido*», *op. cit.*, p. 303, n. 34), aunque en el texto tan sólo consta que *et solitum esse servari eam*, parece lógico pensar que siempre se procedía así, puesto que de otra forma el rescripto carecería de sentido, aparte de ir contra la arcaica *lex regia* contenida en D. 11, 8, 2.

²⁹ Cfr. *Pauli Sent.*, I, 12, 5.- *Praegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt.*

³⁰ D. 1, 5, 18 se encuentra en el título «*De status hominum*» y, sin embargo, D. 48, 19, 3, en el título «*De poenis*».

Protección jurídica de la vida del conceptus nondum natus

aquel derecho era objeto de tutela, quizás por la consideración que tenían los juristas clásicos del *conceptus* como *spem nascendi*, *spem vitae* o algo que *quodammodo in rerum natura est*³¹. Ello se corrobora por la existencia de una *lex regia*³², mencionada en D. 11, 8, 2³³, que prohibía enterrar a una mujer embarazada sin que previamente se le hubiera extraído al hijo, considerando al infractor homicida de una *spem*³⁴:

D. 11, 8, 2.- (*MARCELLUS, libro XXVIII. Digestorum*).- *Negat lex Regia, mulierem, quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animalis cum grava peremisse videtur.*

Se debe advertir que, esta vez, la tutela de la vida del *conceptus* no tiene su base en una práctica consuetudinaria sino en una prescripción normativa a la que MARCELO añade una interesante justificación: la imposición del castigo se fundamenta en la consideración de que el infractor había matado una esperanza de vida. Esta justificación, que pone de manifiesto que la vida del concebido ya se protegía en derecho clásico, ha sido cuestionada por LANFRANCHI³⁵ y JOBBE-DUVAL³⁶, quienes han sostenido que el principio genérico de protección al concebido no podría haber sido formulado en esta norma arcaica, de carácter más religioso que político. Para estos autores, la antigua disposición pontifical habría estado revestida de un simple carácter religioso, teniendo como única finalidad liberar a la mujer del peso eterno que hubiera soportado de no existir dicha Ley³⁷; el resto, por tanto, no sería original sino una adición posterior.

³¹ Vid. notas 3 y 4.

³² Como pone de manifiesto GAUDEMEL, («Le problème de la responsabilité pénale dans l'antiquité», en *Etudes de droit romain*, III, 1979, p. 495) resulta muy difícil conocer la naturaleza de las *leges regiae*, aunque probablemente tendrían carácter sacral al estar prescritas por los *reges*, no como jefes políticos, sino como intérpretes de la voluntad de los Dioses. Presumiblemente emanaban del rey en su doble función de Pontífice y soberano, respetando casi con toda seguridad los *mores maiorum* y, por ello, numerosos autores han visto en las *leges regiae* la formalización de los preceptos consuetudinarios y dictados sacarles de la época y no una verdadera normativa estatal. Vid. a este respecto, entre otros autores, BURDESE, *Diritto privato romano*, Torino, 1975, p. 18 y sobre todo NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, op. cit., p. 23, n. 53, donde el autor expone las opiniones más relevantes que se han ofrecido respecto de las *leges regiae*.

³³ En torno a esta *lex*, vid. DE LAS HERAS SÁNCHEZ, «*Ollus benedictus quiris leto datus est. Una prohibición de inhumar*», en Estudios Reimundo Yanes, I, Burgos, 2000, pp. 443 y ss.

³⁴ Incluso FALCHI ha llegado a afirmar que quien contraviniere la norma sería castigado por un delito de aborto. Vid. FALCHI, *Diritto penale romano*, I, Padova, 1932, p. 158, n. 1.

³⁵ LANFRANCHI, «*Nascituri (Diritto Romano)*», en *NNDI*, XI, Torino, 1968, pp. 14 y ss.

³⁶ JOBBE-DUVAL, «*Les morts malalsants larvæ lemures d'après les droits et les croyances populaires des Romaines*», en *Reviu Historique. de Droit Francais et Etranger*, II, Paris, 1926, pp. 356 y ss.

³⁷ LANFRANCHI, «*Nascituri (Diritto Romano)*», op. cit., p. 14, siguiendo la interpretación de JOBBE-DUVAL («*Les morts malalsants larvæ lemures d'après les droits et les croyances populaires des Romaines*», op. cit., p. 356) señala que el principio de salvaguarda del *nasciturus* sobre la base de la defensa de los intereses de éste y del *pater* conjuntamente, o sólo de éste último, es tomado por Marcelo de una época más evolucionada. La existencia de un principio de protección genérico de protección, que según este autor, exis-

Eva María Polo Arévalo

Igualmente, BAlestri Fumigalli³⁸ —ya sin dudar de la clasicidad del texto— también ha entendido que el objeto de protección en esta *lex* no era el concebido considerado por si mismo sino en cuanto prolongación de la *mulier quae praegnans mortua sit*: puesto que nada se podía hacer por la vida de la madre³⁹ se debería salvaguardar la del hijo, que suponía la perpetuación de su espíritu. De esa forma, según la autora, cobra sentido la justificación ofrecida por MARCELO: la esperanza de vida que se estaría matando no sería la del concebido, sino la de la madre que acababa de fallecer, que aseguraba su continuación a través de ese hijo.

En defensa de una postura contraria, esto es, que la norma refleja la tutela del *nasciturus* se ha pronunciado MASCHI⁴⁰ que inserta esa *lex* en el cuadro de la costumbre y la concepción popular arcaica reflejada en textos literarios que entendía el aborto como supresión de una vida humana⁴¹. En efecto, a nuestro juicio, los motivos religiosos que seguramente se encontraban tras la arcaica *lex regia* —como a buen seguro ocurriría con las múltiples finalidades accesorias que podían derivarse de la postergación de las penas impuestas a la mujer embarazada—, no pueden oscurecer el fundamento principal de la norma: proteger la vida del concebido. Como afirma DE LAS HERAS⁴², la interpretación

tente sin duda en derecho clásico, no se puede afirmar con seguridad en la época antigua. De ahí que la norma arcaica de carácter pontifical podría haberse debido al simple intento de liberar a la mujer de la carga eterna que debía portar eternamente. En el mismo sentido se muestran BUSSI, «*La rappresentanza negli atti "inter vivos" dei nascituri non concepiti e delle persone assenti secondo il diritto comune*», en *Rivista di Diritto Privato*, III, 1933, p. 6 y GANDOLFI (voz «*Nascituro (Storia)*», en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, p. 534), quiénes también encuentran un fundamento religioso en el intento de salvaguardar la vida del nasciturus contenido en el arcaico precepto: la finalidad sería no privar a la familia de un *caput*.

³⁸ BAlestri Fumigalli, «*Spes vitae*», op. cit., p. 347.

³⁹ BAlestri Fumigalli («*Spes vitae*», op. cit., p. 346) opina, sin embargo, que el sujeto protegido es la madre, basándose sobre todo en la ubicación del texto de MARCELO en el título «*De mortuo inferendo et sepulcro aedificando*». Según la autora, «*la tetra visione che accompagna la morte e i riti della spoltura viene rischiarata dal richiamo a quel tenue filo di speranza che si confida anima ancora il corpo della madre (spes animantis cum gravida...) quasi che la defunta potesse continuare fisiologicamente la propria esistenza proiettandola nel destino del figlio. Soltanto lo spegnersi dell'ultimo anelito vitale che si annida nel nascituro segna il definitivo ventre meno della madre. Marcello, per la verità, non esprime apertis verbis tale concetto e si limita a censurare il comportamento di chi, non ottemperando al dettato della norma (qui contra fecerit), spellisce la donna senza avere provveduto al preliminare distacco dell'embrione. Ma l'interprete, a prescindere dal risultato di un'analisi grammaticale del periodo, non può non constatare che il soggetto u cui si accentra il maggiore interesse —da parte del legislatore prima (*lex regia*) e del giurista poi— va identificato con la *mulier quae praegnans mortua sit*, in funzione di una speranza che va oltre la sua vita».*

⁴⁰ MASCHI, «*Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*», op. cit., p. 386.

⁴¹ MASCHI pone como ejemplo de la concepción del aborto como supresión, no del feto, sino de un niño, un texto de PLAUTO: *Truculentus*, 202.- ...ut *abortioni operam daret puerumque ut enicaret...* Texto que, según el autor, «*non significa che attraverso l'aborto si uccide il feto (rilevo che sarebbe ovvio, però anche equivoco per la possibilità di intendere il feto qualitativamente diverso nei vari momenti della sua vita intrauterina) ma che l'aborto causa la morte del bambino (puer) come usa dire anche oggi nel linguaggio comune*». MASCHI, «*Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*», op. cit., p. 386.

⁴² DE LAS HERAS, «*Ollus benedictus quiris leto datus est. Una prohibición de inhumar*», op. cit., p. 448.

Protección jurídica de la vida del conceptus nondum natus

de MARCELO debe inscribirse en el marco de la idea genérica de protección del *nasciturus* que existía ya en derecho clásico, como *spes animantis* o *spes vitae*, aunque la finalidad originaria de la norma religiosa fuera intentar evitar que el cuerpo de la embarazada fallecida quedara contaminada⁴³.

En nuestra opinión, poniendo en relación los textos citados hasta ahora que constatan la existencia de una norma que prohibía enterrar a la mujer embarazada —D. 11, 8, 2— y una costumbre consistente en diferir la condena capital o la tortura de ésta hasta el momento del parto —D. 1, 5, 18 y D. 48, 19, 3— se puede concluir que existía una tendencia general encaminada a la tutela de la vida del concebido a través de medidas que protegían a la mujer embarazada hasta el momento del parto. Esta vía de protección estaría fundamentada en la consideración del concebido como esperanza de vida⁴⁴, cobrando en este sentido especial relevancia la motivación de MARCELO en D. 11, 8, 2, al conceptualizar al no nacido como *spem animantis* y, como tal, merecedor de tutela para asegurar su futura existencia.

II. La tutela jurídica de la vida del concebido examinada hasta ahora, como se ha tenido ocasión de comprobar, se lleva a cabo a través de una vía tangencial, sin castigar directamente —a excepción de la *lex regia*— la posible eliminación de la *spes vitae*. Y es que, a pesar de que en la sociedad romana siempre existió un rechazo moral hacia el aborto⁴⁵, lo más seguro es que hasta el rescripto de SEVERO y ANTONINO este hecho se habría configurado como delito privado castigado en virtud de la *coercitio* del *paterfamilias*⁴⁶, no revistiendo caracteres públicos, según opinión unánime de la doctrina⁴⁷, hasta el siglo III d.C. con el citado rescripto⁴⁸.

⁴³ DE LAS HERAS, «*Ollus benedictus quiris leto datus est. Una prohibición de inhumar*», *op. cit.*, p. 449.

⁴⁴ BALESTRI-FUMIGALLI, «*Spes vitae*», *op. cit.*, p. 351, opina que ya desde la ley de las XII Tablas existió protección al concebido. En contra, BARTOSEK, «*La spes en droit romain*», en RIDA, II, 1949, p. 30 y ss. [=Mélanges de Visscher, I, 1949] y recientemente GÓMEZ-IGLESIAS, «*Nasciturus, el status jurídico del concebido*», *op. cit.*, pp. 303 y ss., para quienes no existió protección desde la época arcaica, sino que el concebido fue recibiendo amparo jurídico de una forma progresiva. Para el último autor, el hecho de que una *lex regia* prohibiera enterrar a la mujer embarazada sin extraer primero al hijo o que la ley de las XII Tablas se reconocieran derecho al hijo póstumo, no significa que hubiera un concepto de *spes* elaborado; de hecho, sigue fundamentando el autor, la protección al concebido se armonizaría mal con el *ius vitae et necis* que tenía el *pater familias* sobre los hijos ya nacidos, puesto que los concebidos tendrían así una situación de privilegio sobre los que ya están en el mundo.

⁴⁵ TACITO, *Annales*, XIV, 63.

⁴⁶ MARONGIU, voz «*Aborto (diritto romano)*», en *Enciclopedia del Diritto*, I, p. 126.

⁴⁷ MARONGIU, voz «*Aborto (diritto romano)*», *op. cit.*, p. 126; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955, pp. 636 y ss.; HARTMANN, voz «*Abortio*», en PWRE, I-1, p. 108; BRECHT, voz «*Partus abactio*», en PWRE, XVIII-4, p. 2046; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 487; NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, *op. cit.*, p. 310, (vid. sobre todo la nota 4, donde se expone la discusión en torno al tema del tiempo en se puede afirmar la verdadera punición del aborto); MENTXACA, «*El aborto en el derecho romano: consideraciones sobre las fuentes jurídicas clásicas*», en Estudios Deusto, XXXI, Enero-Junio 1983, pp. 307 y ss.

⁴⁸ El delito privado, según ARANGIO-RUIZ (*Historia del Derecho Romano*, *op. cit.*, pp. 207-208), era aquél en el que se tomaba en consideración únicamente el daño causado por un individuo a otro y, por tanto,

Eva María Polo Arévalo

No obstante lo anterior, a nuestro juicio se debe tener presente que no se puede predicar la existencia de un verdadero derecho penal con anterioridad al siglo III d.C.⁴⁹ y que incluso en esa época los delitos públicos tenían un ámbito muy restringido⁵⁰. Hasta entonces, como ya se ha mencionado, la familia era la sede en que se resolvían todos los conflictos⁵¹, sin que la *civitas* interviniera para limitar los poderes del *paterfamilias*⁵². De ahí que, en nuestra opinión, el aborto no podía quedar impune en este ámbito privado porque la eliminación de un descendiente no nacido habría significado, en el seno familiar, la privación de un sucesor⁵³.

El paso de la esfera privada a la pública, efectivamente, se produce con el rescripto de SEVERO y ANTONINO, pero, a nuestro juicio, este rescripto no surge como innovación en el campo jurídico, sino que responde a una demanda que la sociedad venía reclamando con anterioridad. La inclinación hacia esta línea de pensamiento vendría moti-

debía perseguirse y juzgarse bajo formas procesales privadas y daba; sin embargo, el delito público era aquel que ofendía a la sociedad y no sólo al individuo y, por tanto, debía ser perseguido por la ciudad. En este sentido, la desaparición de la venganza privada contribuyó a precisar la distinción entre delitos públicos y privados, separación que no se produjo hasta que la época republicana se encontraba bastante avanzada, cuando la *civitas* se reservó el poder exclusivo de juzgar y de imponer la pena. Como pone de relieve KUNKEL (*Historia del Derecho Romano*, trad. por MIQUEL, Barcelona, 1982), la nota diferencial que separaba la acción privada existente en las XII Tablas del procedimiento penal público era la legitimación para interponer la acusación: en el delito privado correspondía únicamente al ofendido —o a su *gens* en caso de que éste hubiera muerto—; en el público podía acusar cualquier ciudadano de buena conducta.

⁴⁹ Vid., entre otros, ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 207 y DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, 1962, pp. 432 y ss.

⁵⁰ En épocas anteriores al siglo III d.C., los juristas se preocupaban más de ofrecer soluciones jurisprudenciales a casos concretos, castigando cada hecho singularmente, que en crear una serie de normas generales que tipificaran hechos fijando la sanción correspondiente. La mentalidad pragmática romana llevaba a los juristas a resolver los casos concretos; su única preocupación era conceder medios de defensa individuales frente a los supuestos específicos que se les iban presentando: faltan normas penales preexistentes a los hechos que sancionen de forma general los delitos. De esa manera, la acción surgía anteriormente al derecho subjetivo, existiendo así no sólo una dependencia entre derecho penal y derecho procesal, sino más bien una superposición entre ambos que impedía su distinción. Vid. a este respecto, BRASIELLO, «*Diritto penale (diritto romano)*», en *NNDI*, V, p. 961.

⁵¹ Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ BAQUERO («*La familia en Roma: entre los “mores maiorum” y la norma escrita*», en «*El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)*», Huelva, 2001, pp. 103 y ss.), hasta la legislación matrimonial de AUGUSTO, existen casi ocho siglos en que la familia es por medio del *pater*, autónoma para el desenvolvimiento y resolución de conflictos que surgen en el ámbito privado.

⁵² MASCHI afirma que durante la monarquía y la república el aborto no estaba bien visto en la sociedad, debido a la severidad de las costumbres, la religión y la sagrada de la vida y de la concepción. Por ello, según el autor, el ordenamiento jurídico dotaba de poderes punitivo, sagral y patrimonial al *paterfamilias*.

Vid. MASCHI, «*Il concepito e il procurato aborto nell’esperienza antica*», *op. cit.*, p. 384 y 385.

⁵³ Afirma FERNÁNDEZ BAQUERO («*La familia en Roma: entre los “mores maiorum” y la norma escrita*», *op. cit.*, pp. 103 y ss.), que en la antigua Roma, la elevada natalidad habría sido indispensable para asegurar la fortaleza del grupo familiar.

Protección jurídica de la vida del conceptus nondum natus

vada por entender que el aborto fue un delito que no sólo afectaba a la familia, sino que también interesa a la *civitas* por lo que debía castigarse en el ámbito público. Este cambio de concepción se observa nítidamente en un texto de CICERON, en el que se cita, como caso modélico de punición de todos aquellos que con *medicamenta* hubieran intentado abortar, una sentencia dictada en Mileto que condenaba a la pena capital a una mujer que se había provocado un aborto para recibir una gran cantidad de dinero que le ofrecían los herederos segundos⁵⁴:

Pro Cluentio XI, 31.- Neque est hoc satis; tametsi in ipso fraterno parricidio nullum scelus praetermissum videtur, tamen, ut ad hoc nefarium facinus accederte, adtum sibi aliis sceleribus ante munivit. Nam cum esset gravida Auria, fratri uxor, et iam appropinquare partus putaretur, mulierem veneno interfecit, ut una iullud, quod erat ex fratre conceptum, necaretur. Post fratrem aggressus est; qui sero, iam exhausto illo poculo mortis, cum et de suo et de uxoris interitu clamaret testamentumque mutare cuperet, in ipsa significatione huius voluntatis est mortuus. Ita mulierem, ne partu eius ab hereditate fraterna excluderetur, necavit; fratri autem liberos prius vita privavit, quam illi hanc a natura (propriam) lucen accipere potuerunt; ut omnes intellegerent nihil ei clausum, nihil sanctum esse posse, a cuius audacia fratri liberos ne materni quidem corporis custodiae tejeré potuissent. 32.- Memoria teneo Milésima quamdam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus (secundis) accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis ab egisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset.

En su oración a *Pro Cluentio*, CICERON acusa a *Oppianico* de haber instigado el aborto que se había provocado su cuñada *Aurea* —y que había ocasionado también la muerte de ella— al haberle pagado una gran cantidad de dinero para que no diera a luz al hijo póstumo de su difunto hermano, heredero universal de todos sus bienes según el testamento de éste⁵⁵. En efecto, el testador, *Gneo Magio*, había instituído heredero a su hijo concebido, dejando un legado de dinero a su mujer para el supuesto de que éste naciera y, por tanto, adquiriera la herencia. Sin embargo, para el caso de que el hijo no llegara a nacer, se había previsto en el testamento que la mujer no percibiera cantidad alguna y entrara en la herencia como *heres secundus* el hijo de su hermano *Oppianico*. En este contexto, CICERON recuerda que cuando él visitaba Mileto, una ciudad de Asia Menor, fue condenada por crimen capital una mujer por haberse provocado un aborto con medicamentos, justificando a continuación este castigo: *nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset*.

⁵⁴ COSTA, *Cicerone giurisconsulto*, II, Bologna, 1927, p. 125.

⁵⁵ Vid. también NARDI, «Aborto e denaro in antichi dati», en *Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, LXV, 1976-1977, pp. 29 y ss., en especial pp. 31 y 32.

Eva María Polo Arévalo

El texto citado resultan indispensables para comprender el giro que se estaba produciendo en cuanto a la percepción del aborto como un delito que afectaba no sólo a intereses privados sino también a los públicos. En efecto, el ejemplo de Mileto que utiliza CICERON, a nuestro juicio, no constituye un mero recurso retórico, porque éste no se limita en su oración a citar aquél recuerdo que le vino a la memoria, sino que justifica la punición del aborto para demandar implícitamente un tratamiento similar en el derecho romano.

El hecho de que CICERON en su discurso se vea obligado a acudir a un caso extranjero para exemplificar la punición del aborto indudablemente evidencia que en Roma este delito no estaba sancionado en el ámbito público. Pero se debe advertir a este respecto que el orador no se limita a citar el ejemplo de forma aséptica, sino que valora de forma positiva el castigo y justifica su imposición, poniéndose así de manifiesto claramente que en Roma la sanción del aborto debería traspasar la esfera privada, por interesar también a la *civitas*.

Con independencia de lo significativo que resulta que CICERON resalte la eliminación del feto empleando el verbo *necare*, especialmente relevante resulta la justificación que se ofrece respecto de la condena a la mujer: con el aborto no sólo se ha suprimido la esperanza de vida que ésta debía custodiar —*corporis custodia*— sino que se ha eliminado también la esperanza del padre —*spem parentis*—, su recuerdo —*memoriam nominis*—, un heredero de la familia —*subsidiū generis, heredem familiae*— y un futuro ciudadano del estado —*rei publicae civem*—. Por tanto, la punición del aborto para CICERON se fundamenta en la destrucción de una esperanza de vida; esperanza que no sólo significaba un heredero de la familia —y esto es lo que trasluce el cambio de mentalidad respecto al aborto— sino también un ciudadano del estado.

En definitiva, el orador está situando junto a los intereses privados que han sido transgredidos con el aborto —del padre y de la familia— intereses públicos que también se han visto afectados —privación de un ciudadano—, con lo que, implícitamente, está mostrando su opinión desfavorable respecto a que la punición del aborto permaneciera en Roma en el ámbito privado, incitando con el ejemplo de Asia Menor a que también la *civitas* romana interviniere para sancionar el delito de aborto en el ámbito público.

La demanda que CICERON efectúa en su oración se verá cumplida siglos después con el rescripto de SEVERO y ANTONINO, que, como ya se ha tenido ocasión de mencionar, constituye la plasmación jurídica y el reflejo del pensamiento que existía ya con anterioridad y que es transmitido de forma ejemplar por CICERON. Por ello, no debe resultar extraño que casi tres siglos después, TRIFONINO, antes de aludir al rescripto de los emperadores en D. 48, 19, 39, recoja el caso asiático citado en *Pro Cluentio* con las mismas palabras que el orador utilizó en su discurso⁵⁶:

⁵⁶ Para la comparación entre el texto de CICERON y el de TRIFONINO, vid. MENTXACA, «El aborto en el derecho romano: consideraciones sobre las fuentes jurídicas clásicas», *op. cit.*, pp. 309 a 311.

Protección jurídica de la vida del conceptus nondum natus

D. 48, 19, 39.- (*TRYPHONINUS, libro X. Disputationum*).- *Cicero in oratione pro Cluentio Avito scripsit, Milesiam quandam mulierem, quem esset in Asia, quod ab hereditibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatum...*

La única diferencia que existe entre el texto de CICERON y el de TRIFONINO es que en éste último se omite la justificación de la punición del aborto que el jurisconsulto realizaba en su oración a *Pro Cluentio*, pero esta omisión no puede llevar a la conclusión de que TRIFONINO no asumiera la justificación que ofrecía el orador, sino más bien lo contrario. En efecto, se debe tener en cuenta que la motivación que CICERON ofrece en su discurso tendía a justificar la punición del aborto en el ámbito público; sin embargo, TRIFONINO ya no tiene la necesidad de fundamentar la condena pública del aborto ni tiene que acudir a un caso del extranjero, porque en derecho romano existía una norma que lo castigaba: el rescripto de SEVERO y ANTONINO. Este rescripto imponía la pena de *relegatio*⁵⁷ a la mujer divorciada que se hubiera provocado un aborto⁵⁸ y, según la doctrina mayoritaria⁵⁹, constituye la primera sanción pública ofrecida por el ordenamiento jurídico romano al delito del aborto⁶⁰.

A) El texto del rescripto de SEVERO y ANTONINO se encuentra presente, aparte del fragmento de TRIFONINO —citado parcialmente con anterioridad—, en dos textos más del Digesto, correspondientes a ULPIANO y MARCIANO:

D. 48, 19, 39.- (*TRYPHONINUS, libro X. Disputationum*).- ... *Sed et si qua visceribus suis post divorrium, quod praegnans fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis Imperatoribus nostris rescriptum est.*

⁵⁷ MARONGIU, «*Aborto (Diritto romano)*», *op. cit.*, p. 126; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955, p. 637.

⁵⁸ En contra MARONGIU («*Aborto (Diritto romano)*», *op. cit.*, p. 126), para quién el texto de CICERON y el de TRIFONINO no son prueba suficiente de la existencia de la punición penal del aborto en la época republicana.

⁵⁹ Entre otros, NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, *op. cit.*, p. 427; ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 313-314; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, *op. cit.*, p. 637; MARONGIU, «*Aborto (Diritto romano)*», *op. cit.*, p. 126.

⁶⁰ A partir del rescripto, el aborto será considerado como *crimen extraordinarium*. Vid. en cuanto a la distinción entre los términos *delictum* y *crimen*, entre otros autores, ALBERTARIO, «*Delictum e Crimen*», en *Studi*, III, pp. 141 y ss.; VOLTERRA, «*Delinquere nelle fonti giurididiche romane*», en *RISG*, V, 1930, pp. 117 y ss.; *Idem*, «*Flagitium nelle fonti giurididiche romanae*», en *Arch. Giur.*, CXI, 1934, pp. 39 y s.; BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 42; KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römisches Kriminalverfahrens in vorsullanisches Seit*, Munich, 1962, pp. 53 y ss.; LONGO, «*Delictum e crimen*», Milano, 1976.

Eva María Polo Arévalo

D. 47, 11, 4.- (*MARCIANUS, libro I. Regularum*).- *Divus Severus et Antoninus rescripserunt, eam, quae data opera abegit, a Praeside in temporale exilium dandam; indignum enim videri potest, impune eam maritum liberis fraudasse*⁶¹.

D. 48, 8, 8.- (*ULPIANUS, libro XXXIII, ad Edictum*).- *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium Praeses provinciae exiget.*

La referencia al estado de la mujer —divorciada— que consta en D. 48, 19, 39 así como la expresa mención del fundamento de la imposición de la pena en D. 47, 11, 4, con base en la indignidad que resultaba que la mujer *impune eam maritum liberis fraudasse*, ha ocasionado que numerosos autores⁶² hayan limitado el sujeto de protección del rescripto a la figura del marido, llegando incluso a sostener que, en caso de inexistencia de *iustis nuptiis*, el aborto habría quedado impune por carencia de sujeto pasivo del delito⁶³.

No obstante, y sin negar la evidente protección que el rescripto concede al marido, a nuestro juicio, no se debe olvidar que el mismo está respondiendo, como ya se ha tenido ocasión de mencionar, a la sensibilidad que existía con anterioridad respecto al concebido considerado no sólo como heredero familiar sino como *spes civis*; la tutela que la norma está dispensando a la vida del *nondum natus*, por tanto, no puede desconocerse. Que el aborto era un delito que interesaba a la *civitas* fue una idea latente en la sociedad mucho antes de que se dictara el rescripto de SEVERO y ANTONINO, como se ha podido comprobar en la oración a favor de *Cluentio* de CICERON, como se constata en la literatura de siglos precedentes —donde se emplea el verbo *necare* para referirse a la elimi-

⁶¹ LEVY-RABEL, *Index interpolationum*, I, Weimar, 1929, p. 522. El uso de la palabra *indignum* utilizada en D. 47, 11, 4 en vez de *iniquum*, así como la expresión *videri potest* en vez de *videri debet*, según el autor demuestra que el texto se encuentra interpolado. En contra de esta opinión, vid. KASER, «Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im Klassischen romischen Recht», en ZSS, 1940, LX, p. 108. KASER entiende que las mutaciones citadas se tratan de glosemas sin ningún valor.

⁶² MARONGIU, «Aborto (Diritto romano)», op. cit., p. 126; ARCHI, voz «Concepimento (Diritto Romano)», op. cit., p. 354; FUENTESECA, *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 15; LANFRANCHI, «Nascituri (Diritto Romano)», op. cit., p. 14; GANDOLFI, «Nascituro (storia)», op. cit., p. 534; PLESCIA, «The development of the doctrine of boni mores», en RIDA, pp. 287 y ss.; MENTXACA, «El aborto en el derecho romano: consideraciones sobre las fuentes jurídicas clásicas», op. cit., p. 311 y ss. Para una exposición de los autores que defienden la opinión de que el interés tutelado es el del marido exclusivamente, vid. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, op. cit., p. 310, n. 4.

⁶³ FERRINI, *Comentarios a comentario alle pandette*, I, de Glück, Milano, s.f., p. 482; BUSSI, «La rappresentanza negli atti “inter vivos” dei nascituri non concepiti e delle persone assenti secondo il diritto comune», op. cit., p. 6; PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (reimp. Aalen, 1963), p. 197; FAGGELLA, «Presunzioni che accompagnano il sorgere e lo sparire del subietto diritto naturale nel Codice Civile Germanico comparato», en Arch. Giur., XI, 1902, pp. 473 y ss., en especial, p. 498; MENTXACA, «El aborto en el derecho romano: consideraciones sobre las fuentes jurídicas clásicas», op. cit., p. 311 y ss.

Protección jurídica de la vida del conceptus nondum natus

nación del feto⁶⁴— y como queda reflejado en los textos jurídicos, en los que se califica al concebido como *spes*, noción técnica que, de acuerdo con BARTOSEK⁶⁵, llegó a su culminación con la obra de ULPIANO en D. 37, 9, 1, pr.⁶⁶.

Igualmente, como es sabido, en el siglo I a.C. se hizo insostenible en Roma la degeneración de las costumbres, entre las que se encontraba la práctica de interrumpir el embarazo⁶⁷ a la que indudablemente se debía poner fin. Como afirma MASCHI⁶⁸, la difusión del aborto, sobre todo entre las mujeres de la alta sociedad y entre las prostitutas, va acompañada de un fuerte rechazo en los autores de esa época⁶⁹; quizás por todo ello, como afirma FERNÁNDEZ BAQUERO⁷⁰, entre la época de CICERON y la de los ANTONINOS se produjo un intervencionismo del poder público⁷¹ en la regulación de cuestiones reservadas con anterioridad al ámbito familiar⁷². Todo lo anterior permite concluir que el rescripto de SEVERO y ANTONINO no supondría una nueva orientación respecto de la concepción que se tenía en cuanto al aborto sino un respaldo público a un hecho reprobable en la sociedad desde hacía tiempo⁷³.

⁶⁴ CICERON también emplea el verbo *necare* al referirse a la eliminación del feto, en *Pro Cluentio XI*, 32.-...*in uno corpore pluris necaret...*). Vid. también OVIDIO, *Amores*, II, 14, 15-16.- ...*ilia si tumido geminos in ventre necasset...*; JUVENAL, *Satire*, IV, 596.- ...*homines in ventre necandos...*; PLAUTO, *Truculentus*, I, 2.^a- ...*ut abortioni operam darte puerumque ut enicaret...*

⁶⁵ BARTOSEK, «*La spes en droit romain*», op. cit., pp. 19 y ss.

⁶⁶ D. 37, 9, 1, pr.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte Edicti eos tutius est, dum ventrem mittir in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

⁶⁷ ROSTOVTEFF, *Historia social y económica del Imperio romano*, Madrid, 1982, p. 431.

⁶⁸ MASCHI, «*Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*», op. cit., p. 387.

⁶⁹ MASCHI cita, entre otros textos literarios, JUVENAL, *Sat.*, II, 32 y ss. y VI, 592 y ss.; y a OVIDIO, *Amores*, II, 14, 35 y ss., añadiendo que la jurisprudencia clásica comienza a considerar al concebido como *spes hominis*, tal y como reflejan, entre otros, D. 50, 16, 231; D. 1, 5, 7; y D. 37, 9, 1, 17. Vid. MASCHI, «*Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*», op. cit., pp. 388 y 389.

⁷⁰ FERNÁNDEZ BAQUERO, «*La familia en Roma: entre los “mores maiorum” y la norma escrita*», op. cit., p. 123.

⁷¹ FERNÁNDEZ BAQUERO, «*La familia en Roma: entre los “mores maiorum” y la norma escrita*», op. cit., p. 123. La autora sigue en este aspecto la opinión de VEYNE («*La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain*», en *Annales E.S.C.*, XXXIII, 1968, pp. 36 y ss.) que entiende que «*entre la época de Ciceron y el siglo de los Antoninos tuvo lugar en Roma una metamorfosis moral en el ámbito social y familiar de tal magnitud que el cristianismo encontró el terreno bastante abonado, por la influencia que fue ejerciendo en tiempo atrás la filosofía estoica, y, en suma, la moral cristiana no hizo más que retomar la existente en la etapa tardo-pagana*».

⁷² El *paterfamilias* encontró limitaciones al inmenso poder que tenía en el seno familiar, provocando así que los *antiqui mores maiorum* dejaran paso a las leyes dictadas por los emperadores. Vid. FERNÁNDEZ BAQUERO, «*La familia en Roma: entre los “mores maiorum” y la norma escrita*», op. cit., p. 123.

⁷³ Cuando un rescripto establecía una sanción pública para algún hecho es porque la sociedad ya consideraba con anterioridad que ese hecho era digno de punición oficial. Los rescriptos, que nacen como constituciones imperiales de valor particular, a partir de ADRIANO asumen un papel relevante y prueba de ellos es

Eva María Polo Arévalo

Las referencias al estado de la mujer de D. 48, 19, 39 y en D. 47, 11, 4, que son expresas en el primero —alude a la mujer divorciada— e implícitas en el segundo —ya que de otra forma no tendría sentido la justificación que figura en su parte *in fine*⁷⁴—, no pueden extrañar porque éstos casos serían precisamente los que originarían conflictividad: tanto si la mujer era divorciada como si era casada, la demanda se presentaría por el marido reclamando los daños ocasionados por el aborto, que no serían otros que la privación de su expectativa a tener un descendiente que pudiera sucederle. Resulta lógico, por ello, que tanto en D. 48, 19, 39 como en D. 47, 11, 4 se ofrezca como fundamento del castigo de la mujer la frustración de la *spes prolis* del marido, ya que esa frustración habría sido la causa del litigio que motivaría el rescripto imperial. Por el contrario, parece bastante claro que los supuestos de *illegitime* o *vulgo conceptus* no generarían reclamaciones, en primer lugar, porque el aborto sería más fácil de ocultar por parte de la mujer y, en segundo lugar, porque el padre sería desconocido en la mayor parte de casos.

Quizás por ello, en las fuentes exista un tercer texto —D. 48, 8, 8, ya transscrito— correspondiente a ULPIANO, en el que las referencias al estado de la mujer se omiten, aludiendo de forma genérica al aborto e imponiendo igualmente la pena de exilio⁷⁵. Con esta omisión también se elimina cualquier justificación de la punición del aborto relativa a la privación de descendencia o basada en evitar un hijo del *inimico marito*, castigándose el aborto de forma genérica. Puede parecer que D. 48, 8, 8 se encuentre en contradicción con los otros dos textos que contienen el rescripto de SEVERO y ANTONINO, pero, a nuestro entender, ese fragmento sería más bien un complemento de los mismos, en el que quedaría plasmada la idea de tipicidad y punición abstracta del aborto reclamada ya desde el discurso de CICERON. Esta abstracción del tipo penal que aparece en D. 48, 8, 8 no permite concluir que el aborto resultara sancionado tan sólo en el supuesto de que la mujer hubiera estado casada, sino que refleja, cuando menos, la existencia de una tendencia a su punición con independencia del estado civil de la mujer⁷⁶. Parece lógico, pues, concluir que, junto a los intereses del marido —que de forma patente e ineludible

que algunos de ellos dieron lugar reformas generales en el Imperio, como ponen de manifiesto, entre otros autores, TALAMANCA («*Rescripta, epistulae, decretalia*», en *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1979, p. 465) o CORIAT («*La technique du rescrit à la fin du Principat*», en *SDHI*. LI, 1985, p. 343).

⁷⁴ En efecto, el texto de MARCIANO está haciendo referencia a una mujer que, vigente el matrimonio, ha intentado provocar un aborto —*data opera abegit*—, justificando el castigo infligido sobre la base de que *indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse*.

⁷⁵ NARDI (*Procurato aborto nel mondo greco romano*, op. cit., p. 424) entiende que los tres juristas habrían tratado del rescripto a propósito de un supuesto de divorcio y comentando el edicto perpetuo en materia civil.

⁷⁶ BRECHT, voz «*Partus abactio*», op. cit., p. 2048; REIN, *Das Kriminalrecht der Römer*, Leipzig, 1844, p. 448; NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, op. cit., p. 310. En contra, MARONGIU, «*Aborto (Diritto romano)*», op. cit., p. 126; BUSSI, «*La rappresentanza negli atti “inter vivos” dei nascituri non concepiti...*», op. cit., p. 6 y FERRINI, (*Comentarios alle pandette...*, op. cit., p. 482), que, como ya se ha expuesto, incluso llega a afirmar que, dado que el aborto se concebía como lesión al derecho del marido, puesto que frustraba su sucesión, cuando no existía vínculo matrimonial el aborto quedaba impune.

Protección jurídica de la vida del conceptus nondum natus

se protegen en el rescripto al ser la parte ofendida en el litigio— el objeto de tutela en el aborto sería también la vida del concebido en su consideración de *spes nascendi* o *spes vitae*⁷⁷.

B) Con independencia del rescripto de SEVERO y ANTONINO, la presencia en las fuentes de un fragmento tomado de las sentencias de PAULO⁷⁸ —D. 48, 19, 38, 5— que establece las penas a imponer a aquellos que suministren *poculum amatorium* o *abortionis* ha suscitado la polémica doctrinal respecto acerca de si las penas que imponía la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* se extendieron o no al aborto:

D. 48, 19, 38, 5.- (*PAULUS, libro V. Sententiarum*).- *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur; quodsi eo mulier, aut homo perierit, summo suppicio afficiuntur.*

La *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, como es sabido, tenía por objeto principal el castigo del homicidio, tanto en grado de tentativa como de consumación⁷⁹, pero además en su capítulo quinto también sancionaba la confección, tenencia y venta de veneno *necandi hominis causa*⁸⁰. El texto transcrito, D. 48, 19, 38, 5, sin embargo, impone la

⁷⁷ BARTOSEK, «*La spes en droit romain*», *op. cit.*, pp. 19 y ss. En el mismo sentido FAGGELA, «*Presunzioni che accompagnano il sorgere e lo sparire del subbietto dritto naturale nel Codice Civile Germanico comparato*», *op. cit.*, p. 500. El autor entiende que «é arbitrario ammettere l'impunità quando non esista alcun vincolo matrimoniale, e che la legislazione romana non si curasse della tutela della vita sperata di un uomo».

⁷⁸ *Paul. Sent. V, 23, 14.*- *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi id dolo non faciant, tamen qua mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur; quod si ex hoc mulier aut homo perierit, summo suppicio afficiuntur.*

⁷⁹ El objeto principal de esta *lex Cornelia* era el homicidio y se castigaba sin atender a la condición de la persona a la que se hubiera dado muerte. A partir de esta *lex*, obra de Sila, el homicidio tendrá su *quaestio perpetua*. También se castigaba la tenencia de armas para matar a otra persona o cometer hurto y la confección o suministro de veneno para dar muerte a alguien. También se castiga el incendio causado dolosamente, el falso testimonio si a causa del mismo alguna persona hubiera sido condenado a la pena capital y al magistrado que hubiese recibido dinero para condenar a alguien o hubiera facilitado la presentación de indicios falsos en un juicio público presidido por él, para que fuera demandado o condenado algún inocente. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano*, *op. cit.*, p. 220.

⁸⁰ D. 48, 8, 3, pr.- (*MARCIARNUS libro XIV. Institutionum*).- *Eiusdem legis Corneliae de sicariis et veneficiis capite quinto, qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit, plectitur. 1. Eiusdem legis poena afficitur, qui in publicum mala medicamenta vendiderit, vel hominis necandi causa habuerit... 5. Legis Corneliae de sicariis et veneficiis poena insulae deportatio est, et omnium bonorum ademtio; sed solent hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant; humiliores enim solent vel bestiis subiici, altiores vero deportantur in insulam.* Se repite, pues, con otras palabras pero con idéntico contenido, el hecho delictivo reflejado en *Paul. Sent. V, 23, 1.*- *Lex Cornelia poenam deportationis infligit ei qui hominem occiderit eiusue rei causa furtive faciendi cum telo fuerit, et qui venenum hominis necandi caus habuerit, vendiderit, paraverit... Quae omnia facinora in honestiores poena capitatis vindicari placuit, humiliores vero in crucem tolluntur aut bestiis obiciuntur.*

Eva María Polo Arévalo

pena de *relegatio* con *ademptio bonorum* para aquellos que, sin dolo pero con mal ejemplo —*etsi dolo non faciant, quia mali exempli res est*— suministren *poculum amatorium o abortionis*, previendo el *summum supplicium* para el supuesto agravado si éste hecho ocasionaba la muerte de la persona⁸¹. Algunos autores encabezados por NARDI⁸² han excluido la aplicación de la *lex Cornelia* al aborto, basándose fundamentalmente en dos argumentos: la falta de dolo y la ubicación de la norma en el título de *De poenitentia*. Hay que advertir, sin embargo, que, pese a que D. 48, 19, 38, 5 se encuentra situado en el Digesto bajo el citado título, lo cierto es que la ubicación original si hacía referencia a la *lex Cornelia*, puesto que está tomado de un fragmento de la sentencias de PAULO —V, 23, 14— cuya rúbrica era *Ad legem Corneliam de sicariis et beneficis*.

Respecto a la falta de dolo manifestada por NARDI, se debe advertir también que, si bien la Ley únicamente sancionaba la hipótesis dolosa —suministro, tenencia o confeción de veneno con el propósito doloso de matar a alguien—, en virtud de un *senatus-consultum* posterior mencionado en D. 48, 8, 3, 2, se castigó con la *relegatio* también al que, sin mala intención pero con *malum exemplum* suministró alguna pócima o medicamento originando la muerte de la persona que lo había ingerido⁸³:

D. 48, 8, 3, 2.- (*MARCIANUS libro XIV. Institutionum*).- ... *Sed hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet. Sed ex Senatusconsulto relegari iussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea, quae acceperat, decesserit.*

Este texto ha servido de base a algunos autores⁸⁴ que han abogado por la extensión de la *lex Cornelia* al aborto; y es que, en efecto, realizando una comparación entre D. 48,

⁸¹ BIONDI, *Il diritto romano-cristiano*, III, Milano, 1954, p. 487.

⁸² NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, op. cit., pp. 422 y ss. Este autor opina que la creencia estoica de que la vida comienza con el primer aliento en el nacimiento imposibilitaba la consideración del aborto como homicidio y, por ende, aplicación de las penas previstas en la *lex Cornelia de sicariis et beneficis*. En el mismo sentido, vid. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, op. cit., p. 39; PLESCIA, «The development of the doctrine of boni mores in Roma law», op. cit., p. 294; y KOCH, «Der nasciturus als Rechtsgut. Historische Lehren und Begründungen», en *Cupido Legum*, Frankfurt, 1985, pp. 87 y ss., donde afirma que la idea filosófica estoica de que la vida comienza con el primer aliento en el nacimiento imposibilita establecer en época clásica un concepto de embrión que adelante el comienzo de la vida humana, como más tarde se hizo.

⁸³ Dentro del mismo capítulo de las sentencias paulianas, en el número 1 se hace referencia a la hipótesis de muerte de un hombre de forma dolosa (*ei qui hominem occiderit*), exponiendo en el número 14 la culposa (*etsi id dolo non faciant*).

⁸⁴ SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. castellano por Mesía y Poley, Madrid, 1876, p. 311; ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, pp. 357 y ss. y ARANGIO-RUIZ, *Historia del derecho romano*, op. cit., p. 814; SALAZAR REVUELTA, «Algunas consideraciones sobre la doctrina del nasciturus en la tradición romanística y en la codificación», en Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, Jaén, 1999, pp. 289 y ss., en especial p. 297.

Protección jurídica de la vida del conceptus nondum natus

8, 3, 2 y el texto que hace referencia al suministro de bebida abortiva —D. 48, 19, 38, 5— no sólo contienen al mismo supuesto fáctico, sino que el fundamento para la imposición del castigo es idéntico en ambos fragmentos —el *malum exemplum* que constituye el suministro de *medicamenta* o *poculum abortionis*— y, además, la pena impuesta para el supuesto culposo contemplado en D. 48, 8, 3, 2 y la del caso de aborto en D. 48, 19, 38, 5 también es la misma —*relegatio*—. Esta semajanza entre ambos textos, a nuestro juicio, permite concluir que la hipótesis culposa de la *lex* y la del aborto habrían derivado del mismo *senatusconsultum*, aunque no se mencione de forma expresa en los textos; de esta forma, el suministro de pócima abortiva habría estado equiparado al de cualquier veneno, siendo castigado, por tanto, con las penas previstas en la *lex Cornelia de sicariis et beneficis*; y esta extensión de la *lex* a las pócimas abortivas será la que permitirá que en derecho justiniano, como se verá a continuación, el aborto pueda considerarse asimilado al homicidio o infanticidio.

La corriente de pensamiento iniciada en derecho clásico respecto al *conceptus nondum natus*, el respaldo público que se ofreció a estas ideas con el rescripto de SEVERO y ANTONINO y la extensión de las penas previstas en la *lex Cornelia de sicariis et beneficis* al suministro de pócimas abortivas, constituirán los pilares fundamentales para que en derecho justiniano el aborto pueda ser asimilado al delito de homicidio y al infanticidio. Destaca en esta época, sin embargo, la inexistencia de una norma específica represiva del aborto, mencionándose en las fuentes de forma expresa el aborto únicamente para introducirlo entre las causas que permiten al marido repudiar a la mujer:

C. 5, 17, 11, 2.- (*Imp. IUSTINIANUS A. MENNAE P. P.*).- *Inter culpas autem uxoris constitutionibus enumeratas et has adiicimus, si forte uxor sua ope vel ex industria abortum fecerit...* (*Dat. XV Kal. Decemb. Constantinop. Dn. IUSTINIANO PP. A. III. Cons. 533*).

Novella 22, 16, 1.- Has itaque causas nobis Theodosius explanavit, nos autem ex veteribus sumentes et alias adiecimus tres. Si enim mulier tanta teneatur nequitia, ut etiam ex studio abortum faciat virumque contristet et privet spe filiorum, vel tanta libido est, ut etiam cum viris voluptatis occasione lavetur, aut etiam dum adhuc constat matrimonium cum viro ad alios de nuptiis suis loquatur, licentia datur a nobis viris mittere eis repudia, et lucrari dotes, et antenuptiales habere donationes, utpote etiam his causis rationabiliter solvere valentibus matrimonium, et sub eundem deferentibus ordinem, sub quem et poenas Theodosii divinae memoriae difinivit constitutio.

De nuevo se alega como fundamento en los textos la frustración del marido por la privación de la *spem filiorum*⁸⁵, pero ello no debe resultar extraño porque en esta sede se está tratando, no del aborto como supresión de la vida del concebido, sino como causa de repudio de la mujer; el marido será, por tanto, el objeto de amparo de estas normas al

⁸⁵ MARONGIU, voz «Aborto», *op. cit.*, p. 126.

Eva María Polo Arévalo

permitirle la norma la disolución de su matrimonio por haber visto frustrada su expectativa sucesoria.

Con independencia de las fuentes transcritas, como ya se ha advertido, no se encuentra ningún otro texto que establezca la punición del aborto como delito; sin embargo, como ha puesto de relieve NARDI⁸⁶, que no exista ninguna referencia en las fuentes al delito de aborto no quiere decir que en época justiniana éste hecho no estuviera castigado, máxime cuando la doctrina cristiana había experimentado una creciente importancia en la conciencia social del Imperio y ésta propugnaba el comienzo de la existencia del hombre en la concepción, considerando por tanto al *nasciturus* como persona⁸⁷. La punición del infanticidio —que las fuentes si reflejan de forma expresa⁸⁸— en una sociedad cristianizada como aquella debía comprender sin duda también la eliminación del feto⁸⁹. El hecho de que sólo existiera el delito de infanticidio puede ser a causa de la unificación de dos normas —una que castigara la muerte de un niño y otra que castigara la muerte de un feto— en un solo delito, probablemente debido a la tendencia de simplificar las figuras penales⁹⁰.

A este respecto, en nuestra opinión, no puede pasar desapercibido que D. 48, 8, 8 —texto en el que, como se recordará, se generaliza la punición del aborto al no aludir en él ni al estado de la mujer ni fundamentar la condena del aborto en la frustración de la *spes prolis* del marido— se encuentre ubicado en el título dedicado a la *lex Cornelia de saceriis et beneficiis* —que tenía por objeto principal el castigo del homicidio—. En efecto, los compiladores podrían haber aprovechado el texto de ULPIANO que se refería de forma genérica al delito de aborto y a su punición para situarlo en el título dedicado a la *lex* que castigaba el homicidio, equiparándolo así con éste delito y unificando ambos tipos penales en una sola figura.

⁸⁶ NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, op. cit., p. 483.

⁸⁷ TERTULIANO, *Apologeticum*, IX, 8.- *Nobis uero, homicidio semel interdicto etiam conceptum in utero, dum adhuc sanguis in hominem delibatur, disolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci, nec refert, natam quis eripiat animam an nascentem disturbet. Homo est et qui est futurus; etiam fructus omnis iam in semine est.*

⁸⁸ En las fuentes tan sólo se encuentra una constitución —C. 9, 16, 8— que castiga el delito de infanticidio, haciendo referencia a la punición para los homicidas de un *infans*: C. 9, 16, 8.- *Impp. Valentinus, Valentius et Gratianus AAA. ad Probum P.P.- Si quis necandi infantis piaculum aggressus aggressare sit, sciatis, se capitali supplicio esse puniendum.*

⁸⁹ Vid. tambien MASCHI, «Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica», op. cit., pp. 391 y ss.

⁹⁰ NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, op. cit., p. 484.