

Victoria Rodríguez Ortiz, *El aborto hasta fines de la Edad Media castellana. Su consideración social y jurídica*, Madrid, Ed. Aranzadi, 2014, 156 pp. [ISBN: 978-84-9059-655-5]

La monografía que nos ofrece la profesora Victoria Rodríguez Ortiz constituye una lúcida y novedosa revisión de las fuentes histórico-jurídicas, metodológicamente impecable, que aborda un periodo fundamental (desde la Antigüedad grecorromana hasta la Edad Media) en la historia del delito de aborto. La elección del tema es en sí misma un reto. En primer término porque quien afronta el estudio del aborto, aunque lo haga de un modo rigurosamente científico como es el caso, sabe que en los textos y en las interpretaciones encontrará convicciones no estrictamente jurídicas, sino de carácter político, ético, moral o religioso, no exentas en ocasiones de una poderosa carga emocional. En segundo término, porque rastrear la Edad media castellana hasta prácticamente agotar, como hace la autora, la normativa sobre anticoncepción y aborto (con importante acopio además de fuentes extrajurídicas) no es en absoluto tarea fácil. En mi opinión la aventura ha concluido felizmente y hoy tenemos en nuestras manos un estudio actualizado sobre la configuración jurídica del delito de aborto hasta fines de la Edad Media castellana.

Quizá por el afán de conocer y de comprender mejor el mundo que nos rodea, quienes nos ocupamos de la Historia jurídica nos sorprendemos con frecuencia preguntando al pasado por una experiencia vital y jurídica del presente. No parece que sea necesario recordar a Coing ni a von Lübtow para saber que toda historia es del presente, por cuanto el conocimiento histórico proviene de una pregunta que el historiador dirige al pasado desde un interés actual, desde una necesidad de orientación que va de los problemas no resueltos hacia los ya resueltos en otras épocas. En este sentido creo que la monografía que hoy me ocupa formula y responde, desde el presente hacia el pasado, las preguntas adecuadas: ¿quién decidía la interrupción del embarazo? ¿Qué medios se utilizaban? ¿Cuál fue la mecánica ejecutiva del aborto voluntario? ¿Dónde está el elemento social y religioso y dónde se sitúa el estrictamente jurídico? ¿Qué bien jurídico se protege cuando se castiga el aborto? Es precisamente la respuesta científica a estas preguntas por parte de la autora y la hermenéutica utilizada para hallar las respuestas lo que aporta originalidad y frescura a un estudio que no descuida en ningún momento el rigor en la aplicación del método histórico-crítico.

Dos líneas directrices atraviesan el trabajo de investigación: la posición global de la mujer y la identificación entre pecado y delito. “En las épocas estudiadas, el comportamiento femenino ha sido encaminado socialmente hacia el cumplimiento de determinados modelos de conducta” afirma la autora (p.121), que en diversos momentos se refiere a las raíces de la subordinación femenina. No es casualidad y resulta muy descriptivo en este sentido que la primera nota a pie de página del libro remita a la estudiosa feminista Mary Nash. La consideración sobre el destino femenino de ser para otros puede ponerse en relación con el interés demográfico que marca toda la historia de la regulación del aborto y la anticoncepción. Desde el derecho republicano se consideraba en Roma que era enferma la mujer cuyo físico no le permitía tener hijos, pues según Ulpiano (Digesto 21, 1, 14), “la primera y principal función de la mujer es aceptar y preservar la concepción”. La trascendencia para la historia de esta idea es innegable. Todavía Francisco de Quevedo, en la vida de Marco Bruto, considera a las mujeres “artífices y oficinas de la vida” y ya en plena época codificadora subyace a la

regulación penal la convicción expresada por Janouli de que “la mujer que consiente el coito concluye con el Estado un tácito convenio.”

La segunda línea directriz del libro es la vinculación entre delito y pecado. La autora busca las raíces de esta realidad abordando la distinción entre lo moral y lo jurídico, desde el mundo pagano al mundo cristiano. Para ello utiliza la línea metodológica que separa el estudio de sociedad y Derecho. A partir de esa diferencia que se aborda en cada uno de los capítulos del libro se entiende mejor la protección o desprotección jurídica del *nasciturus*, de su carácter humano o inhumano. Las discusiones acerca de momento de la animación del feto perduran a lo largo de toda la Edad media y se proyectan en la regulación jurídica posterior, civil y penal.

La monografía consta de cinco grandes apartados: I. Algunas sociedades de la Antigüedad, II. El aborto en Roma, III El aborto en la época visigoda, IV El aborto en la época medieval castellana. El V apartado del libro lleva por título “Ideas a modo de conclusión”.

En la primera parte, la autora se ocupa de la anticoncepción y el aborto en algunas sociedades primitivas, y se detiene, como no podía ser menos, en el mundo griego para hacer una profunda revisión de las distintas prácticas utilizadas, de las causas y frecuencia con que se acude al aborto. A partir de los tratados hipocráticos se observa cómo la política conservadora del juramento no determina ninguna prohibición de abortar; en cambio, pone énfasis en proteger la vida de la embarazada. La concepción de los filósofos griegos, que niega valor *per se* al embrión y al feto, enlaza con la recomendación del aborto desde la *polis* con fines demográficos. Tras mencionar “La República” de Platón, la autora entra de un modo más exhaustivo en las obras aristotélicas, especialmente en la “Historia de los animales” incidiendo en el paralelismo entre el desarrollo de las plantas, desde la semilla, y el del embrión. Desde su inicio como masa informe y posterior conformación animal hasta llegar al estadio evolutivo superior que configura el alma racional y espiritual y determina la forma humana. El tiempo que requiere la conformación del alma espiritual es de cuarenta días en el varón mientras que en la mujer, para poder hablar de la humanidad del ser concebido el tiempo es de unos tres meses. También se ocupa en este sentido de fuentes epicúreas y estoicas.

La segunda parte de la monografía trata del aborto en el mundo romano, primero en la sociedad y después en el Derecho. En la sociedad romana era bien conocida la ginecología y se practicaba el aborto con frecuencia. Se observa la continuidad y la profunda proyección de los estudios médicos y filosóficos realizados en Grecia. La autora trae noticias de la descripción de fórmulas abortivas y consejos ginecológicos. Los médicos ejercientes en Roma desde tiempo republicano hasta la Roma imperial, como Dioscórides, o Sorano de Éfeso (p.37), habían aprendido en las fuentes griegas. Se mantiene la idea de embrión o feto como amalgama de células conformada en el cuerpo de la mujer. Aunque Grecia aparece en el apartado “Algunas sociedades de la antigüedad”, la continuidad ente ambas las sociedades griega y romana se percibe claramente. La autora presta especial atención al obispo Agustín de Hipona, (a.354-430) en sus “Cuestiones sobre el Éxodo”, cuando afirma que el aborto de un feto no constituía un homicidio (p.32) y se ocupa también de las conclusiones de los concilios.

En el canon 63 del concilio de Elvira (a.300-306) se condena con la exclusión para siempre de la comunidad cristiana a la mujer que “ausente su marido, concibiére adúlteramente y diere muerte al fruto de su crimen” (p.34). Menos severas son las disposiciones del concilio de Ancira (a.314) inmediatamente posterior al Edicto de Milán de tolerancia con el Cristianismo que en el año 313 había considerado por fin que el Cristianismo era una religión lícita, una más entre las otras religiones autorizadas por el Estado, dándose así un paso hacia adelante respecto al anterior edicto del emperador Galerio, que ya había prescrito el cese de las persecuciones contra los cristianos. En mi opinión, la idea aristotélica del alma triple, nutritiva, sensitiva e intelectual no había encontrado oposición hasta que Tertuliano, uno de los Padres de la Iglesia, sostuvo ya en el siglo II que el producto de la concepción es un ser vivo al vincularse de modo indisoluble alma y cuerpo en el momento de la fecundación, si bien sigue manteniendo el planteamiento hipocrático en cuanto a la vida de la madre puesto que el mismo Tertuliano admite el aborto como “crueldad necesaria” en el caso de que el nacimiento del hijo pudiera poner en peligro la vida de la madre. La idea que no deja de suscitar rechazos incluso en sus contemporáneos cristianos, es retomada de nuevo e por Lactancio, Gregorio de Nisa y Basilio, con nuevas discrepancias, como las que expresan Eusebio de Cesarea en el siglo III o a partir del siglo IV Teodoreto y Cirilo de Alejandría. La mayoría de los Padres de la Iglesia mantiene la teoría agustiniana de la animación retardada y la conformación del alma a los cuarenta días tanto para el varón como para la mujer, matizando la idea aristotélica de que el alma de la mujer era más retardada a la hora de incorporarse al cuerpo. Habría sido interesante repasar la profunda revisión que hace Jerónimo de las distintas opiniones de su época. El santo decide no tomar partido y concluye que no sabe cuándo se produce la animación o vivificación del producto de la concepción.

La autora se ocupa de la sociología del aborto. La interrupción voluntaria del embarazo se producía mayoritariamente por falta de medios económicos. En efecto hay que recordar que las fuentes se refieren a esta práctica como *abitudine plebea*. No es que en las clases altas no se controlara la natalidad pero las motivaciones, entre las que se encontraba la conservación de la belleza femenina o las incomodidades que producen los hijos, eran otras. En cualquier caso, tanto en las élites como los estratos sociales menos favorecidos se utilizaban anticonceptivos y se provocaban abortos, a veces para evitar que el embarazo fuese prueba de otros hechos delictivos como adulterios o violaciones. Recordemos que incluso la violación comportaba un plus de culpabilidad para las víctimas mujeres. La violación se consideró un ultraje al honor desde la mujer modelo Lucrecia (de cuya honorabilidad dudó Agustín de Hipona, que lanza la sospecha de que tal vez Lucrecia fue consentidora con el agresor y pudo suicidarse por mala conciencia (Aug civ. I, 19) hasta el resto de mujeres, aunque se tratase de *clarissimae feminae*. Otra idea que me sugieren en este sentido las interesantes reflexiones de la monografía es que, en lo referente a la sexualidad femenina, toda relación fuera del matrimonio estaba prohibida a las mujeres (incluso solteras o viudas). Se acudía así al aborto para encubrir las relaciones punibles de adulterio, violación o estupro. Sólo las prostitutas, sin consideración social ni jurídica escapaban a las prohibiciones legales. Es bien conocido el episodio, básicamente narrado por Suetonio, en el que un considerable número de matronas se inscriben como prostitutas para escapar a las duras e injustas sanciones normativas. Esta cuestión, muy trabajada ya en la doctrina italiana, desde los años 70, especialmente por Eva Cantarella, vuelve hoy a ser tema de interés en la doctrina romanística.

Una vez terminado el examen de la sociedad, se aborda la normativa jurídica romana. Comparto la afirmación de la autora (p.49): “El aborto no constituía un acto censurable porque se valorase la vida del *nasciturus* en tanto ser humano. No podía tolerarse que una mujer cuya principal función era ser madre actuara libremente y arrebatase un hijo legítimo a su padre”. Efectivamente, creo que en Roma no se consideraba la protección penal del *nasciturus* como tal. Hasta que se produce el nacimiento efectivo en las condiciones de vida y viabilidad que determinan la personalidad no puede hablarse de ser humano. Como en su momento puso de relieve Nardi, la idea traída de Grecia y divulgada en Roma fundamentalmente por los estoicos de que el embrión carecía de autónoma individualidad cristaliza en el Derecho. El texto más representativo al respecto es el de Papiniano: *Quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*. (Digesto 35, 2, 9, 1). Durante la República, el *paterfamilias* actuaba en el seno de la familia como un magistrado doméstico y el Estado delegaba en él el ejercicio de los poderes ciudadanos. En consecuencia, podía decidir el aborto si no deseaba tener hijos o castigarlo en caso contrario. Cuando el Estado en época imperial tomó el relevo en la imposición de todos los castigos ciudadanos, no varía el bien jurídico protegido en la punición del aborto: la *spes patris*. Por eso acertadamente menciona la profesora Rodríguez Ortiz el texto de Marciano en el sentido de que cuando por primera vez el aborto es castigado públicamente, la sanción penal de destierro que se impone a la mujer que aborta –determinada en el rescripto de Septimio Severo y Antonino Caracalla (198-211 d.C)– no tenía como objeto proteger la vida del feto sino el interés del padre en tener descendencia. La autora demuestra que conoce las posiciones doctrinales respecto al polémico pasaje de Cicerón narrado en *Pro Cluentio* en el que una mujer de Mileto que aborta es condenada a la pena capital y se ocupa de la mención que el jurista Trifonino hace al pasaje ciceroniano y plantea la posibilidad de “cierta protección al *nasciturus*”. Pienso que este episodio no es contrario a la idea de la desprotección penal del no nacido. El mismo Cicerón refiere *neque iniuria quam spem parentis, memoriam neminis....designatum rei publicae civem sustulisset*, por tanto la antijuridicidad (*iniuria*) del aborto está en el fraude de la expectativa sucesoria, ya que se priva al padre de un hijo y a la República de un futuro ciudadano. En segundo término –y sin entrar ahora en el origen de las prácticas jurídicas milesias (actual Turquía) en tiempo anterior a Cicerón, donde era de aplicación la pena capital en lugar de la pena de destierro–, sí parece claro que en Derecho romano no había ningún tipo de represión contra el aborto consentido por el marido. Por ello de ninguna manera me parece que pueda inferirse de este texto la protección al *nasciturus* como tal. El hecho de que en el Digesto se encuentre la mención por parte del jurista postclásico Trifonino a este texto, para ponerlo en relación con el rescripto antes mencionado de los Severos no cambia la idea fundamentada en la filosofía griega, en torno a la falta de humanidad del no nacido. Comparto con la autora una de las claves de su investigación: la falta de protección penal del fruto de la concepción, que mantiene además en las conclusiones finales del libro.

La profesora Rodríguez Ortiz aborda desde una nueva perspectiva, la de la mujer, la vieja discusión de la *portio mulieris* (vgr. p.18, p.38, p. 135 ss, p. 136, p. 142) y creo que logra un equilibrio en un asunto difícil, en el que a lo largo de los siglos ha estado presente la ideología a la hora de resolverlo. Me refiero a los prejuicios de género. Los posicionamientos contradictorios en la doctrina romanística han sido producto de una interpretación demasiado literal y descontextualizada del texto donde se afirma que el concebido antes del parto es “una porción de la mujer o de sus vísceras”, cuando en realidad, como ha demostrado Bianchi, la significación del pasaje de Ulpiano, en la que

no vamos a entrar ahora tenía una finalidad muy concreta. Pero la fuerza gráfica de la expresión ha sido suficiente para que, de un lado, se hayan instrumentalizado los textos para defender la disponibilidad de la mujer sobre su propio cuerpo. De otro, en el extremo contrario, ha sido interpretada para sostener la equiparación entre concebidos y nacidos a partir sobre todo del pasaje de Juliano que comienza “*Qui in utero sunt*”. El asunto es todavía hoy objeto de encendidos debates en la doctrina romanística con una fuerte carga ideológica. En mi opinión, si bien la *portio mulieris* es algo diferente jurídicamente a la madre, aunque no separable físicamente, la máxima debe ser interpretada dentro del proceso de “cosificación” al que en cierta medida es incorporada la mujer misma. Recordemos que la mujer embarazada es denominada con frecuencia en los textos jurídicos “*venter*”. La cosificación del vientre femenino se deduce de otras fuentes jurídicas. Es bien conocida la práctica habitual entre los romanos de cederse a sus esposas embarazadas como un ejercicio propio del *officium amicitiae*. Cuando ellos, varones, deseaban tener descendencia se acudía a los servicios gratuitos de mujeres de alto *status* social que se ofrecían generosamente como continentes gestantes. En este sentido Agustín de Hipona critica a los antepasados considerando esta práctica amistosa como “un exceso de disponibilidad”. En la misma línea puede interpretarse el embargo del vientre femenino *missio in possessionem ventris nomini*. Desde Caracalla los *curatores* se convierten en órganos permanentes para la alta dirección de la administración y control de obras públicas, finanzas, administración de bienes sujetos a ejecución en caso de quiebra. El Estado, tanto durante la *Res Publica* como durante el imperio, siempre estuvo interesado en la demografía (*civitas augescens*). Por eso, no puede sorprender que en el elenco de curadores, los romanistas incluyan como uno más, otro guardia, el *curator ventris*, (al que, por cierto, también hace referencia la profesora Victoria Rodríguez (p.40) que protege fundamentalmente las expectativas sucesorias de quienes estén interesados en el nacimiento del concebido. Por eso me parece fundamental la valentía con que se aborda en la monografía que es el patriarcado, la fuerza de la patria potestad, lo que en definitiva está detrás de la práctica de los abortos consentidos y en ningún caso la decisión femenina. Alineándome de nuevo con esta afirmación, quiero recordar que es perfectamente coherente con la práctica de la *expositio infantes* o abandono de recién nacidos (más frecuentemente, de recién nacidas) que se mantuvo desde la época monárquica hasta la justinianeá. Los valores que fundamentan primero la *humanitas* romana y después de la *charitas* cristiana encontraron no pocas dificultades para sobreponerse al todopoderoso predominio paterno e imponer límites al poder de vida y muerte del padre sobre los hijos ya nacidos. También es la fuerza de la patria potestad la que está tras el rescripto del emperador Adriano, que prescribe que la embarazada no puede ser sometida a tortura ni a condena, en supuesto de adulterio, o en otros casos de dudas sobre la paternidad, prohibición por cierto que arranca de una oscura norma que se remonta a la época regia y prohibía de enterrar a una mujer embarazada antes de que le fuese extraído el “parto”, es decir, antes de que diera a luz. En definitiva la expresión *portio muliebris vel viscerum* se encuentra bien lejos de una voluntad femenina de libre albedrío sobre su cuerpo (al menos en el caso de matronas romanas o mujeres honestas, únicas relevantes para el Derecho) sino que debe integrarse en la consideración del vientre femenino, como un bien patrimonial del que se puede tomar posesión como expectativa del futuro ser, al modo en que el *pater* tenía derechos reales sobre lo suyo (*manus, mancipium, auctoritas, venter*) y que durante un largo tiempo como ha destacado Guarino responden más a la exigencia de cosa que de derecho; más próximos al *res mea est (mihi)* que al *ius mihi est*.

En el otro extremo de la interpretación de la expresión *portio muliebris* se situán, como decía más arriba, las opiniones doctrinales que tratan de ver un derecho a la vida de los no nacidos en Derecho romano, con base en el texto ya mencionado de Juliano y en otros como los siguientes: “Pues el ya concebido se considera que en cierto modo ya existe” (Digesto 38, 16, 7)...”. Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el Derecho civil como nacidos” (Digesto 1, 5, 26); “El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviera entre las cosas humanas, siempre que se trate de sus ventajas propias” (Digesto 1. 5, 7); “No es pupilo quien está en el útero” (Digesto 50, 16, 161); “Todo póstumo ya concebido en el momento de morir el testador, si llega a nacer, puede pedir la posesión de los bienes” (Digesto 37, 11, 3). Estos textos (y otros), junto a un pasaje tardío del Código de Justiniano, se encuentran en el origen de Digesto 1, 5, 7: *Conceptus pro iam nato habetur quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* “al concebido se le tiene por nacido” para todo aquello que le sea favorable, que después se transformaría en brocardo medieval. Me inclino a pensar con Lucchetti que a lo largo de todo el arco de desarrollo de la experiencia jurídica romana permanece inalterable el principio de que la capacidad jurídica sólo se adquiere en el momento del nacimiento, momento que precisamente se identificaba con la separación completa del feto del seno materno (*partus editus*). La orientación del legislador en materia de condición jurídica del concebido no se separa de los resultados a los que llegó la elaboración jurisprudencial clásica, razón por la que incluso las Instituciones de Justiniano “retoman sin innovar”. En Roma la protección civil del *nasciturus* sólo se hace efectiva si éste llega a nacer en las condiciones requeridas para la existencia. El contenido civil de la ficción jurídica, a efectos sucesorios o de deber de alimentos del padre, no puede extrapolarse a una protección penal del concebido. La única vida humana que se protegía penalmente, en los casos de muerte o lesión dolosa o culposa, es la vida de la mujer libre embarazada (en el caso de muerte o lesión de esclavas, se trata de daños patrimoniales causados a su dueño o dueña). A ellos me referiré al final de esta recensión, por seguir el orden elegido por la autora que vuelve al suministro de abortivos en Derecho romano desde la legislación medieval, en especial las Partidas, en las páginas finales del libro (cfr. p. 119; p. 136).

Me parece muy acertado el análisis del aborto que hace la autora como castigo y causa de repudio, así como la consideración de la repudiada como excluida por comportarse en contra “de los principios jurídico religiosos que inspiraban tanto los comportamientos públicos como los privados de las familias romanas” (p.48). Los castigos económicos que acompañan al divorcio culpable fueron siempre un modo de excluir a la mujeres “malas” de la sociedad y convertirlas así en “outlaw”, en excluidas. Esta norma es, en mi opinión, muy nueva y muy vieja a la vez. Muy nueva porque en un contexto jurídico cada más marcado por las consideraciones cristianas se contempla por primera vez el aborto como causa de divorcio y se penaliza a la mujer como en otros casos de divorcio culpable con la pérdida de la cuarta parte del patrimonio. La Novela XXII de Justiniano (año 535) determina que “Si la mujer estuviese dominada por tanta maldad, que también de intento procurara al aborto y contristase al marido y le privase de la esperanza de hijos (...) se les da por nosotros licencia a sus maridos para enviarles al repudio.” Pero la norma que considera el aborto como causa de repudio es también muy vieja porque ya desde las leyes de Rómulo la mujer era castigada cuando hacía uso de abortivos, o bebía vino o se apropiaba de las llaves de la bodega. Como ha demostrado Giunti, la procreación, el repudio y la pérdida del patrimonio como castigo, eran asuntos conectados. Además ya en tiempo imperial el aborto podía incluirse entre las “costumbres libidinosas” de la mujer, como acudir a baños con extraños (Cth 3, 16,

2) y el divorcio en este sentido podía solicitarse por esa causa culpable. En cualquier caso, el hecho de que incluso en tiempos del piadoso emperador cristiano Justiniano se valorase más la unión matrimonial que la vida del no nacido demuestra que ni siquiera en la última etapa del Derecho romano ésta fue objeto de protección jurídico penal. Por supuesto que hay crítica social a la ingesta de anticonceptivos y la práctica de abortos, en especial en las clases altas de la sociedad. Se criticaba que con demasiada frecuencia se acudía al aborto para disolver el matrimonio y desde antiguo se censuraba moralmente el aborto por considerar que es más sencillo interrumpir un embarazo en un lecho dorado (libre la mujer de las preocupaciones y peligros que le proporcionaría la falta de cuidados) que hacerlo con falta de medios y grave riesgo para la vida. Pero también se criticaron los divorcios y no por ello dejaron nunca de ser libres, al menos en caso de mutuo consentimiento.

La parte III del libro trata “El aborto en la sociedad visigoda y el aborto en el derecho visigodo”. La autora introduce la situación actual de la doctrina con fluidez y capacidad de síntesis. Hace notar la pervivencia de tradiciones germánicas, y se refiere al “alto grado de romanización que sufrió el pueblo visigodo” Fiel a su método de separación entre elemento social y jurídico se ocupa de la sociedad en primer término. La sexualidad se presenta en este tiempo como algo malo y pecaminoso. Se ofrecen abundantes datos sobre la permanencia de las discusiones en torno al feto formado o no formado en los Concilios, desde Lérida en el 546 hasta los sucesivos Concilios de Toledo, entre otros, que sostienen la vigencia del sistema *secundum formam canonicam antiquorum*, con variaciones en la gravedad de los castigos eclesiásticos en casos de adulterio, infanticidio y aborto. Se examina la precariedad laboral, el empobrecimiento de amplias capas de la población y otras claves sociológicas. Resulta muy ilustradora la abundancia de testimonios sobre las relaciones sexuales entre clérigos que llevan a embarazos no deseados, así como el control de la natalidad en la alta sociedad y la nobleza mediante una variada mecánica operativa para procurar la anticoncepción y el aborto. En el ámbito jurídico se analiza la legislación visigoda, con especial atención al Código de Eurico. Se aborda la relación entre los delitos de aborto y adulterio y el aborto de las esclavas, que seguían sin considerarse sujeto de derechos (Se presenta el interesante caso de la mujer vendida como esclava por el obispo (p.72); como objetos de patrimonio, la problemática del aborto de la esclava se resuelve conforme a la vieja solución romana propuesta en la *lex Aquilia de damno* del año 286 a. C. Sí resulta innovadora la procreación como obligación y fin del matrimonio, que nunca fue prescrita como tal en Derecho romano. Un aspecto fundamental del Derecho visigodo fue la justificación teológico-filosófica de la violencia hacia las mujeres. En el siglo VII Isidoro de Sevilla consideró legítimo el ejercicio de la violencia del varón sobre la mujer como ser inferior y subordinado. La autora menciona la etimología de “*mulier*” y su posible relación con “*mollities*” como blandura, suavidad, sensibilidad (p.57). Recordemos en este sentido que *mollitiem vivere* es una expresión ya usada por Cicerón que podría traducirse como vivir con blandura, relajada y agradablemente. El término también fue empleado por Tito Livio para expresar el silencio y la falta de energía y Virgilio se refiere a *molliter quiescer* como descansar en paz en la tumba. El desvalor de la mujer, su naturaleza pasional y animalidad hacía pues aconsejable y necesario el uso de la violencia física, para disciplinarla tal y como se hace con los animales domésticos. La constatación de la animalidad vinculada a concupiscencia, siempre más intensa en las mujeres, aconsejaba delegar en el más racional varón. En este punto, el poder judicial continúa cediendo al varón dominante el poder el ejercicio del *ius occidendi*. Chindasvinto en el siglo VII endurece las penas e impone a la mujer que se

provoca el aborto pena capital que se puede sustituir por ceguera. No falta la bibliografía esencial en la que se encuentran los indispensables estudios de Álvaro d'Ors y de Esperanza Osaba, si bien alguna otra obra más reciente de esta profesora hubiera apoyado aún mejor las tesis de la autora en cuanto a la exclusión femenina.

A partir de la p. 75, apartado IV, la monografía se ocupa del aborto en la época medieval castellana. En el aspecto social destaca la idea del valor de la mujer reducido a su función como madre dentro del matrimonio. El único modo femenino de ejercer poder era la proyección a través de los otros miembros del grupo familiar; así las reinas visibilizaban su poder y dominio a través de sus hijos (situación que por cierto también se había dado en la historia anterior; fue el caso, muy estudiado en la doctrina reciente, de las “first lady” del mundo romano). Pero el alejamiento de la sociedad romana se percibe en el profundo y progresivo teocentrismo, que valora a las vírgenes consagradas más que a las madres de familia cristiana y considera pecaminosa la sexualidad, incluso dentro del matrimonio si no es con fines de procreación. Se rechaza siempre como inmoralel uso de anticonceptivos. Creo que también merece una valoración muy positiva la profunda inmersión que hace la profesora Rodríguez en fuentes extrajurídicas procedentes de la literatura, la filosofía, la teología, o la medicina. Del “Romancero Viejo” a los “Milagros de Nuestra Señora” de Gonzalo de Berceo; del “Catecismo” de Pedro de Cuéllar (que equiparaba el homicidio al aborto y las prácticas anticonceptivas) a los “Libros Penitenciales” desarrollados a partir del siglo VII. Abundan en este sentido episodios de abortos o relaciones ilícitas producto del miedo: a no poder hacer frente al cuidado de la descendencia, a una vida plagada de dolor e incomodidades para su prole, o a las represalias morales y jurídicas. Es el caso de la virgen consagrada de Berceo que ante la angustia de sentirse embarazada quiso abortar. En Filosofía prevalece la cuestión recurrente del feto formado o no formado, de la existencia del alma vivificadora desde el momento de la concepción o con posterioridad. Se mantiene la idea del mayor desvalor moral de la acción cuando el aborto se produce en caso de feto ya formado, salvo algunas voces discordantes como la mencionada del obispo de Segovia Pedro de Cuellar. Pervive en consecuencia el concepto de animación aristotélica con las matizaciones agustinianas a las que se van sumando en años y siglos posteriores nuevos estudiosos de la Teología. La autora menciona a Pedro Lombardo (1100-1160) y Tomás de Aquino (1225-1274), que cristianiza el pensamiento aristotélico y es partidario de la teoría de la animación retardada, basándose en la biología de su época. No obstante, el carácter pecaminoso de la sexualidad tiene una importante repercusión en la criminalización de las conductas femeninas y constata la vinculación entre pecado y delito. De las fuentes médicas que trae la autora se desprende, entre excéntricas prácticas de magia y superstición, el frecuente uso de los anticonceptivos. Se mantuvo la tradición grecolatina de la no humanidad del fruto de la concepción y la vida de la madre seguía siendo la opción preferente en los médicos de los siglos X y XI. Son destacables las figuras del médico persa Ibn Sina, conocido como Avicena, y de la mujer médica Trotula de Ruggiero. El primero por su enorme trascendencia en la medicina universal hasta el siglo XVIII; la segunda porque pone de manifiesto una vez más que la sabiduría y la autoridad femeninas siempre estuvieron presentes en la historia. Precisamente fue la Ginecología uno de los pocos campos en que aquélla pudo desarrollarse sin demasiadas cortapisas ya que los varones sólo intervenían en casos que precisaran un control especial o una mayor necesidad de dejar constancia oficial de los partos, como en los casos de las reinas.

La “reforma gregoriana”, iniciada por el papa Gregorio VII en el siglo XI, marca un punto de inflexión en la monografía. Su doble finalidad política y jurídica, independizar el poder de los Papas respecto del emperador del Sacro Imperio y combatir la dispersión normativa es destacada por la profesora Rodríguez Ortiz, quien se detiene en la importancia para la Historia del derecho de las nuevas colecciones canónicas y en la regulación, a partir de su normativa interna, de las prácticas abortivas. Menciona las importantes figuras del monje Graciano en el siglo XII (que enseñaba Teología en la Escuela de Bolonia, cuna de las Universidades europeas) y de los sucesivos Papas Inocencio III y Gregorio IX. Continuaba prevaleciendo la idea agustiniana de la animación retardada. En la Decretal 5, 12, 20 de Inocencio III (con lo que hemos llegado al siglo XIII) sólo se consideraba como homicidio el aborto de un feto vivificado o animado. Al hilo de las consideraciones de la autora, me gustaría destacar en este punto que precisamente en las Decretales el Papa Gregorio IX consagró nuevamente las diferencias entre feto masculino y femenino. Las consideraciones que hace la autora en este punto me llevan a recordar que el asunto no quedó en mero asunto de cónclave cardenalicio, dada su repercusión en la doctrina de la personalidad jurídica y la consideración de las mujeres como sujeto de derechos, sino también porque las diferencias entre el alma masculina y femenina pervivirán hasta el siglo XIX, cuando el Papa Pío IX rompe con la tradición por considerarla poco acorde con los nuevos tiempos y superada ante los nuevos avances científicos y teológicos.

A partir de la p. 98, se examina el Fuero Juzgo, versión romanceada del *Liber Iudiciorum*, y se analiza la regulación del aborto en algunos fueros municipales representativos de la normativa castellano leonesa y en el derecho comarcal y, en segundo término en el Derecho regio castellano (pp.113-120). Creo que hay un salto temporal excesivo cuando en este punto de estudio se vuelve hacia atrás en el tiempo para tratar el aborto en el Derecho medieval castellano. Destaca la diversidad jurídica a partir de la división fundamental entre la zona de Al-Andalus y la Hispania cristiana y la vigencia desigual del *Liber Iudiciorum* como elemento jurídico de unificación. La autora resuelve de nuevo exitosamente el esfuerzo de síntesis ante el confusionismo legislativo en materia de aborto. La represión del mismo tiene mucho que ver con la venganza privada, por considerarse en gran parte un asunto doméstico, familiar. El aborto fue asunto que muchos fueros ignoraban y en otros tuvo una importancia secundaria. Destacan los castigos a mujeres “herboleras”, la aplicación de las ordalías como la del hierro candente y las condenas a morir en la hoguera por prácticas de control de natalidad asociadas a la brujería. Se estudian los Fueros de Cuenca y Soria, las variantes entre los mismos y su influencia en otros fueros. Concretamente en el Fuero de Soria se castigaba con la muerte a los progenitores, varón y mujer, autores de un aborto voluntario. También la aplicación de la misma pena de muerte uniformiza de algún modo tres delitos, en principio diferentes: aborto, infanticidio, y abandono de hijos. Se mantuvo la costumbre romana de suspender la ejecución de la mujer condenada hasta que hubiese dado a luz. Esta práctica también se contemplaba en el Derecho comarcal castellano, donde el aborto era castigado con menos dureza.

En el Derecho regio castellano, se analiza cómo incide en la regulación del aborto el fortalecimiento del poder regio –en la personas Fernando III; después en su hijo, el protagonista de una de las más importantes obras de toda la Historia del Derecho, Alfonso X y posteriormente en el biznieto de éste, Alfonso XI–. Se examinan las sucesivas legislaciones del Fuero Real, el Espéculo, Las Partidas, hasta llegar al Ordenamiento de Alcalá que en 1348 consagra definitivamente la prioridad del Derecho

regio. Tras destacar la superación de la idea de las venganzas familiares en las nuevas normativas se ocupa de la regulación del aborto en cada uno de estos textos legislativos, los fundamentales de la Baja Edad Media. La autora se detiene, como no podía ser menos, en la muy romanizada legislación de Partidas de Alfonso X que mantienen la idea de la animación retardada, siguiendo muy de cerca la filosofía del contemporáneo Tomás de Aquino. Si el feto está formado se aplicaba la pena de muerte; si no, el destierro. Las penas se imponían también a los extraños que participasen en el aborto. Derivaciones de la vieja normativa romana fueron también las leyes que prescriben esperar al parto para ajusticiar a las mujeres condenadas a muerte. Es destacable el dato de la mayor afflictividad de las penas impuestas a la mujer respecto al marido que causaba o provocaba que otros causaren el aborto; así como el menor reproche penal a éste en caso de que actuase dolosamente. En el supuesto de embrión ya formado, si el marido causase las heridas a su mujer embarazada, se rebajaba considerablemente la pena (destierro durante cinco años). Sin embargo si era la mujer la que se provocaba el aborto ella era condenada a muerte. En cualquier caso se mejoró la técnica legislativa y por fin se ponía orden en la gradación de responsabilidades, según se tratase de suministro de abortivos en grado de tentativa o consumación, con tipos penales diferenciados en casos de conductas dolosas o culposas con resultado muerte de la mujer o del feto. En mi opinión, y siempre al hilo de las consideraciones que hace la profesora Rodríguez Ortiz, la nueva centralización no impide que el Estado siga legitimando al marido, *causa honoris* y delegando en él la aplicación de ciertos castigos, en claro paralelismo con el *ius occidendi*, en caso de adulterio de la mujer. También romano es el espíritu de la ley que exige apariencia humana para la consideración a efectos jurídicos de persona. Los *monstrua* o *prodigia* eran temidos en Roma como ofensa a la divinidad. Cicerón ya se había referido a las Furias, divinidades infernales; Quintiliano y Tito Livio participaban de esta idea que pasó a las escuelas jurisprudenciales de la Roma clásica y desde ahí al Derecho posterior. No era la simple deformidad sino la ausencia de humanidad, la que determinaba la peligrosidad de estos individuos y aconsejaba su eliminación del mundo del Derecho. Esta idea se hará compatible en el mundo cristiano con la tradición en torno a la creación del hombre a imagen y semejanza de Dios (Génesis 1, 26-27) y la naturaleza humana como particular expresión de la naturaleza divina. En Partidas 4, 23, 5, se puede leer: “no son figurados como omes; assi como si ouiessem cabeça, o otros miembros de bestia...” En este sentido, la autora afirma que “el Código Alfonsino rebajaba drásticamente el castigo si el aborto se producía cuando el feto no tenía apariencia humana y, por consiguiente no poseía alma espiritual” (p. 118). Parece que hay una cierta protección al no nacido, *per se*. No voy a entrar en las fuentes jurídicas de este periodo histórico, en el que la autora es especialista y no lo es quien suscribe; sólo reitero lo que dije más arriba y que mantiene también la autora de la monografía: la separación en todo el Derecho pagano entre la protección civil al *nasciturus* siempre condicionada a que nazca con los requisitos exigidos, de la protección (desprotección más bien) penal del no nacido.

Por último, en cuanto a las lesiones causadas por terceros, mediante brebajes o procedimientos mecánicos con resultado muerte de la mujer, se impone un castigo a “a los físicos e los cirujanos” por falta de profesionalidad. Tampoco en esta ocasión nos alejamos del Derecho romano. Se trata de una aplicación de la responsabilidad objetiva de la *lex Aquilia de damno* que preveía incluso la analogía mediante la concesión pretoria de acciones *in factum* en el caso de responsabilidad de médicos y comadronas. Ahora bien si mediaba dolo, ya estaríamos ante un tipo penal distinto en que sería de aplicación la *Lex Cornelia*. Esta ley surgió para castigar conductas criminales que

perseguían la muerte, aunque con posterioridad y por vía de senadoconsultos también se amplió a supuestos, como el que trata la autora en Partidas, de impericia o falta de *lex artis*. Fue el caso de suministro de medicamento ya sea para procurar el embarazo, ya sea para interrumpirlo (...*Qui abortionis aut amatorium poculum dat, etsi dolo non faciant*) si a consecuencia de tal acto (*malum exemplum*) había fallecido la mujer. ... (Digesto 48, 8, 3, 2: Digesto 48,19, 38, 5). A partir de los antecedentes romanos mencionados, en las Partidas se justifican las diferentes penas en función de si el agente actuó con intención abortiva o por el contrario la muerte se ocasionó como consecuencia de daños imprudentes. Se tratan de modo diferente las conductas dolosas y culposas en el aborto de un lado; y los delitos de aborto y homicidio de otro, cuando a resultas de malas prácticas, se produce la muerte de la mujer.

El V y último apartado del libro finaliza con cinco conclusiones, “Ideas a modo de conclusión”, donde se seleccionan las cuestiones fundamentales de la monografía. Su lectura introduce de un modo inmediato en la deuda imprescindible que tenemos con el pasado, desde las dos líneas directrices que en mi opinión han marcado la redacción del trabajo y a las que me referí al principio. La perspectiva femenina y la vinculación entre pecado y delito. Entre lo más significativo y evocador se encuentran las causas por las que se abortaba (la ocultación de relaciones sexuales prohibidas, la extrema pobreza o el riesgo para la salud de la madre); los procedimientos mecánicos, físicos o tóxicos que se utilizaban; la determinación de quién tomaba en último término la decisión de abortar, la moral y el Derecho determinados por la Iglesia católica o el segundo plano que ocupaban la vida y la salud de la madre entre los diferentes bienes jurídicos protegidos. Las legislaciones modernas encuentran ahí las raíces de los llamados supuestos de desincriminación del aborto: las indicaciones médica, eugénica, ética o económico social.

La lectura pausada del libro me ha sugerido también la persistencia de una emoción: el miedo: el miedo de quienes no desean para sus hijas e hijos una vida tan terrible como la suya; el miedo en la monja embarazada de Berceo que quiere abortar y finalmente es salvada por la Virgen María; el miedo a quedarse sin trabajo como medio de subsistencia (la autora alude a las prostitutas, pero podría extenderse a muchas mujeres más, puesto que la vida laboral femenina fue una constante en la historia, aunque hace poco que ocupa a la doctrina); el miedo a morir por un suministro de productos inadecuados; el miedo a la excomunión, a la exclusión social; el miedo a la muerte, en la mesa de operaciones o en el patíbulo.

Para finalizar querría volver a insistir en la trascendencia para la doctrina científica de esta nueva publicación de la profesora Rodríguez Ortiz, que pone el vino nuevo no en odres viejos, sino en odres nuevos, por seguir la imagen evangélica, y rompe prejuicios en un tema habitualmente abordado desde el prisma patriarcal. La intensidad de los comentarios y sugerencias que hice hasta aquí, acaso excesiva para una reseña, no es sino la constatación del interés que suscita el fondo y la forma en que se aborda la regulación histórico jurídica del aborto. Me congratulo de compartir con la autora la línea argumental y las conclusiones a las que llega en una cuestión que me viene ocupando desde los comienzos ya lejanos de mi carrera académica.¹ Por ello termino

¹ Para no sobrecargar el texto de lo que en principio no es sino una reseña crítica, no he incluido notas a pie de página. Las reflexiones que hago, las fuentes y la bibliografía se encuentran documentadas en algunas de mis publicaciones sobre la cuestión, cfr. “Perspectivas sociales y jurídicas del aborto consentido en la antigua Roma”, *Revista General de legislación y Jurisprudencia* 3, 1989, pp. 915-93;

estas reflexiones manifestando la convicción de que estamos ante un libro indispensable no sólo para los estudiosos de la historia, sino también para penalistas, juristas, romanistas, y estudiosos de género, así como para todas aquellas personas con curiosidad intelectual que quieran acercarse a una etapa apasionante de la historia jurídica del aborto en España.

María Isabel Núñez Paz
Universidad de Oviedo

“Humanitas y limitaciones al ius occidendi”, *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 264-271; “Algunas consideraciones sobre la pena de muerte en el Derecho de familia romano”, *Libro Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Universitas vitae*, Universidad de Salamanca, 2007, pp. 571-575; “Progresivo y limitado reconocimiento de la figura materna en el Derecho romano. De la cesión del vientre al ejercicio de la tutela”, *Madres y Maternidades. Construcciones culturales de la civilización clásica*, coord. Rosa María Cid López; ed. KRK, Oviedo, 2009, pp. 257-291; “La violencia estructural y las mujeres que abortan. Del derecho romano al derecho vigente”, *Salud reproductiva, legislación y opciones de maternidad*, María Isabel Núñez Paz (ed. lit.), Susana Carro Fernández y María Marta González Tascón (coords.), ed. Trabe, colección Deméter, Oviedo 2014; “Auctoritas y mujeres romanas. Ejercicio y sumisión”, *Arenal*, .vol. 22, núm. 2, 2015.