

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**PENA DE MUERTE Y MUJER EMBARAZADA: NOTAS
SOBRE UN BINOMIO DE LARGA TRADICIÓN
HISTÓRICA¹**

**DEATH PENALTY AND PREGNANT WOMEN. NOTES
ABOUT A BINOMIAL RELATION WITH A LONG
HISTORICAL TRADITION**

Profa. Dra. Rosa Mentxaka

Catedrática de Derecho Romano

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

rosa.mentxaka@ehu.es

1.- Presentación

Actualmente, en el orden jurídico internacional² son muchos los países que han abolido la pena de

¹ Estas páginas deben insertarse en el ámbito del proyecto de investigación I + D: DER 2010-18019/JURI.

muerte³; sin embargo, en los que permanece se debate la necesidad de aplicarla o no⁴. En esta breve exposición no es mi intención adentrarme en una cuestión tan debatida y que ha dado a luz un número importantísimo de literatura interdisciplinar en muchas lenguas y lugares⁵; sólo quiero referirme brevemente, en particular en clave histórica, a lo que en la actualidad se considera uno de los supuestos especiales

² Cito sólo algunas de las múltiples referencias que tratan de estas cuestiones en los últimos años como por ejemplo: *Pena de Morte. Colóquio Internacional comemorativo do centenario da abolição da pena de morte em Portugal*, 3 vols., Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 1968?, mereciendo la pena destacar en el volumen segundo el artículo de N. Hungria "A pena de morte no Brasil", Coimbra sin fecha pero 1968?, 173-185; Luis Arroyo, Paloma Biglino, William Schabas, Editores, *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Valencia 2010, dónde se recogen múltiples artículos dedicados a analizar desde el papel de las Naciones Unidas en la abolición de la Pena de Muerte (W. A. Schabas, pp. 25-68), hasta la evolución del discurso de los derechos humanos en el Consejo de Europa (J. Yorke, pp. 107-146), pasando por la exposición de la situación en países americanos, como por ejemplo Brasil (S. Salomao Shecaira, "Pena de muerte", 215-228).

³ *La peine de mort au seuil du troisième millenaire. Hommage au prof. A. Beristain. Sous la direction de Robert Cario*, Toulouse 1993, en el anexo sexto (pp. 188-194) recoge la lista de países abolicionistas y no abolicionistas, distinguiendo en los primeros entre los que habían abolido la pena en todos los supuestos (44), de aquellos otros que la habían abolido sólo para los crímenes de derecho común (16).

de restricción de aplicación de la pena de muerte: el que hace referencia a las mujeres embarazadas⁶.

Por lo que se refiere a ellas, las disposiciones internacionales oscilan entre las que imposibilitan la imposición de la pena capital (por ejemplo las directrices de la UE sobre la pena de muerte⁷) y las que

⁴ Vid: J. Herrmann, "La pena de muerte en Japón: un castigo absurdo", en *Pena de muerte, Fundamentos teóricos para su abolición*, compiladores: Gabriel Ignacio Anitua y María Verónica Yamamoto, Caba 2011, 267-297.

⁵ A título de ejemplo, en el buscador Dialnet a 23 de enero del año 2013 se mencionan 386 documentos, siendo la mayor parte de dichos escritos científicos producidos, no sólo pero si sobre todo, en lengua española [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=pena+de+muerte&db=1&td=todo>].

⁶ En este apartado merece citarse por ejemplo el artículo de: E. Rapaport, "The death penalty and gender discrimination", en *Law and Society Review* 25/2 (1991) 367-383 al que se puede añadir la bibliografía citada en: <http://www.deathpenaltyworldwide.org/women.cfm> [6.02.2012].

⁷ Las Directrices de la UE sobre la pena de muerte presentan los objetivos y los elementos de la política de la Unión Europea (UE) relativa a la abolición universal de la pena de muerte. En los casos en que se aplica, la UE promueve que es importante que se cumplan una serie de normas mínimas. La recomendación III establece que "No podrá imponerse la pena capital a: las personas que no hayan cumplido los 18 años en el momento de la comisión del delito, a las mujeres embarazadas o con hijos pequeños".

impiden su ejecución⁸ (por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 1966⁹ o la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969¹⁰).

Tradicionalmente se ha relacionado el avance en el movimiento abolicionista de la pena de muerte con lo

⁸ R. Hood, *The death penalty. A world-wide Perspective*, Oxford 1989, 62 nos informaba a fecha de publicación (1989) de la pluralidad de situaciones que podemos encontrar sobre la ejecución de la condena capital de la mujer embarazada en el derecho internacional. Así en algunos países como Kuwait la condena era automáticamente conmutada por cadena perpetua; en otros como los Emiratos Árabes, Corea del Sur o Turquía se permitía la ejecución tras la entrega del niño; los había que ejecutaban la sentencia tras un periodo de tiempo que podía variar (en Indonesia cuarenta días; en Egipto y Libia dos meses; en Jordania tres meses; en la República árabe del Yemen demoraba la condena dos años mientras que Rumanía delataba la ejecución tres años); otros Estados como Mongolia o Guatemala no permitían la ejecución de mujer alguna, mientras que por el contrario había lugares en los que se permitía la ejecución bajo leyes especiales militares y otros como Irán en los que la ejecución de la mujer embarazada era perfectamente factible. Disponemos de información actualizada [6.02.2013] sobre este punto en <http://www.deathpenaltyworldwide.org/women.cfm>. Según este informe, 84 Estados han promulgado leyes prohibiendo la ejecución y además ocho (Afganistán, Gambia, Granada, Guayana, Liberia, San Vicente y Las Granadinas y Tanzania) han ratificado el pacto internacional de derechos civiles y políticos; sólo existe un país en el mundo en el que una mujer embarazada

que se ha venido llamando “el derecho penal humanitario” y, como tal, ha sido considerado como una conquista de las sociedades democráticas contemporáneas. Empero, como vamos a tener ocasión de comprobar en las páginas siguientes, la paralización de la ejecución de la condena capital de la mujer

puede ser legalmente ejecutada: San Cristóbal y Nieves. Respecto de los países que prohíben la ejecución de las mujeres embarazadas podemos distinguir dos categorías: los que retrasan la ejecución hasta después del nacimiento (33 países) y los que conmutan la pena de muerte por cadena perpetua o prisión temporal (22). Por lo que se refiere al primer grupo (retrasan la ejecución), en algunos países se especifica el periodo de gracia (desde 40 días en Marruecos a dos meses en Egipto, 3 en Bahrain y 3 años en Tailandia y la República Centro Africana). En otros países como Chad, Irán, Japón, Libano y Corea del Sur la ejecución se retrasa por un periodo de tiempo indefinido tras el nacimiento del hijo. Algunos países han ratificado la convención africana de derechos y bienestar del niño que impide a los estados imponer la pena de muerte a madres de niños y jóvenes [Benin, República Democrática del Congo, Madagascar, Mauritania, Niger y Túnez). Respecto de los 22 países del segundo grupo (conmutan la pena de muerte), los hay que imponen a la mujer la cadena perpetua (Bahamas, Botsuana, Ghana, India, Kenia, Kuwait, Laos, Malawi, Malasia, Singapur, Sri Lanka, Uganda y Zambia) mientras que en otros como Malasia se sustituye por una pena de 20 años en prisión. Hay un grupo de 23 países que prohíben la ejecución, pero sobre los que resulta difícil determinar si retrasan la pena o la conmutan (China, Cuba, Guinea Ecuatorial, Indonesia, Jamaica, Jordania, Mongolia, Corea del Norte, Sierra Leona, Sudan del Sur, Surinam, Tanzania, USA,

embarazada ya estuvo presente en el derecho romano y, siguiendo su estela, también se encuentra en el derecho histórico español. Por ello, el objetivo de esta exposición es por un lado, exponer la evolución de la regulación y por otro, reflexionar sobre la razones de dicha excepción desde sus orígenes en Roma hasta su desaparición en nuestro ordenamiento jurídico con la constitución democrática española de 1978, dado que los motivos humanitarios determinantes en la actualidad probablemente no fueron los que inicialmente condicionaron la paralización de la ejecución de la condena capital de la mujer embarazada ni en la sociedad romana¹¹, ni en la

Vietnam y Zimbabue). Para concluir este panorama informativo es necesario mencionar seis países (Bangladesh, Eritrea, Etiopia, Iraq, Myanmar y Pakistán) que otorgan a sus tribunales poder para decidir en cada caso cómo se conmuta la pena capital.

⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, en su Art. 6.5 establece: “No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez”, según la versión reproducida en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> [4.02.2013].

¹⁰ El art. 4.5: “Capital punishment shall not be imposed upon persons who, at the time the crime was committed, were under 18 years of age or over 70 years of age; nor shall it be applied to pregnant women”, en http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm [4.02.2013].

¹¹ Parece claro que estos espectáculos públicos les entretenían en sus momentos de ocio y cumplían un importante papel en la vida

medieval¹² (ambas particularmente amantes de la violencia y los espectáculos sangrientos) así como tampoco en la mayor parte de la época codificadora.

2.1.- Los textos de derecho romano.

En este apartado voy a efectuar una breve referencia a las menciones que sobre el tema encontramos en el mundo romano, fuentes que han sido objeto de análisis por mi parte con más detenimiento en otro estudio¹³; en ellas encontramos ya trazada la doble vía a seguir respecto de la pena capital de la mujer embarazada: o bien demorar la ejecución hasta después del alumbramiento o bien impedir su imposición.

Sobre la cuestión que nos ocupa tenemos la fortuna de conocer no sólo escritos de juristas romanos política del Imperio. Al respecto por ejemplo: U. E. Paoli, *Urbs. La vida en la antigua Roma* (Barcelona 1944) 261-274; E. Cantarella, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1961; G. Kyle, *Spectacles of death in ancient Rome*, New York 1998; M. Gaddis, *There is no crime for those who have Christ. Religious Violence in the Christian Roman Empire*, Berkely-Los Ángeles-London 2005, 16 ss. y M. Barden Dowling, *Clemency and Cruelty in the roman world*, Ann Arbor 2006.

¹² Vid. por ejemplo: S. McGlynn, *By Sword and Fire. Cruelty and atrocity in medieval Warfare*, London 2008.

¹³ Vid. mi artículo: "Notas sobre la suspensión de la condena capital de la mujer embarazada en el Derecho Romano", que verá la luz en la revista: *Fundamina. A Journal of Legal History. Southern African Society of Legal Historians*.

sino también dos menciones procedentes de actas de mártires cristianos que sirven para afirmar que la suspensión a la que se hace referencia en los fragmentos jurídicos no era una mera disposición teórica sino que tenía clara aplicación. Inicialmente voy a tratar los dos textos del cásico tardío Ulpiano¹⁴, transmitidos en el Digesto concretamente en su comentario *Ad Sabinum*¹⁵, jurista este último que

¹⁴ Natural de Tiro (Fenicia) fue discípulo de Papiniano y colaborador de Paulo; llegó a ser *praefectus praetorio* (222-228 p. C.) bajo Caracalla muriendo asesinado en el año 228 p. C. Sobre él por ejemplo: G. Crifò, "Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista", en *ANRW* II/15 (1976) 708-789; D. Liebs, s. v. *Domitius Ulpianus*, en K. Sallmann, (Ed.), *Handbuch der Lateinische Literatur IV*, München 1997, 176-177; T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, 2ª. ed., Oxford 2002, 1-36 e Idem, s. v. *Domicio Ulpiano*, en R. Domingo, (Ed.), *Juristas Universales. 1. Juristas antiguos*, Madrid-Barcelona 2004, 208-211.

¹⁵ F. Schulz, *History of roman legal Science*, Oxford 1953, 212-214 sostiene que en la antigüedad tardía la obra sufrió cambios radicales y que la revisión efectuada desplazó por completo el texto original. En cambio, Honoré, *Ulpian*, 114 la considera básicamente auténtica; también Liebs, [n. 14] 178-179 destaca que ya antes del 320 había sido objeto de pequeños glosemas y que durante los siglos IV y V está acreditada su presencia en Egipto, Palestina y Constantinopla; a los compiladores justinianos los más de 500 fragmentos les llegaron muy reducidos.

escribió al inicio del principado¹⁶ los *Libri tres iuris civilis*¹⁷.

2.1.1.1.- Dig. 1,5,18 (Ulp., 27 *ad Sabinum*):

Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio 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.

El emperador Adriano estableció en un rescripto a Publicio Marcelo que la (mujer) libre que, estando embarazada, fuera condenada a muerte, daba a luz una persona libre y que era habitual custodiarla hasta que pariera. Pero si a la que había concebido en justas nupcias se le ha aplicado la prohibición de agua y fuego

¹⁶ Sobre Masurio Sabino véase por ejemplo: E. Varela, en *Juristas Universales. 1. Juristas antiguos*, Madrid-Barcelona 2004, 152-155.

¹⁷ Véase al respecto por ejemplo: D. Liebs, "Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat", en *ANRW II/15* (1976) 216; R. Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 1983, así como la recensión de G. Luchetti, *I Libri iuris civilis di Sabino*, en *AG* 207 (1987) quien en las páginas 53 y ss. hace un repaso de la literatura romanística existente sobre la obra; como no fue directamente manejada por los compiladores su contenido se deriva de las citas existentes sobre ella, por lo que los especialistas han intentado reconstruir el sistema de Sabino tomando como base el reparto de las materias existentes en los comentarios a Sabino de Pomponio, Paulo y Ulpiano.

(= es condenada al exilio), alumbró un ciudadano romano y (estará) bajo la potestad del padre.

La información que proporciona el texto pienso se puede dividir en dos apartados; el inicial con la referencia al rescripto adriano y el segundo que iría desde “*sed si*”. Según el primero, el emperador Adriano [117-138] estableció en un rescripto dirigido a un tal Publicio Marcelo que la (mujer) libre que, estando embarazada, fuera condenada a muerte en forma de último suplicio¹⁸ daba a luz una persona libre y era habitual custodiarla hasta que pariera. El fragmento en su segunda parte, la que inicia con la conjunción adversativa *sed*, (que implica una cierta contraposición con el supuesto anterior y en consecuencia trata de otro tipo social de ciudadana condenada) afirma que si a la que había concebido en justas nupcias se le había aplicado la prohibición de agua y fuego (es decir había sido enviada al exilio), dicha mujer (de alta condición social ya que sólo dichas personas eran condenadas a

¹⁸ B. Santalucía, *Derecho Penal romano*, Madrid 1990, 116-117 subraya que la crucifixión, exposición a las fieras o la hoguera se imponían, bien en los crímenes de mayor gravedad, bien en los casos de que los hubieran cometidos personas pertenecientes a clases sociales humildes (esclavos o *humiliores*); su imposición colocaba a la persona condenada en la condición de “siervo de la pena” y en calidad de esclava se le privaba de toda capacidad jurídica, su matrimonio se disolvía, sus bienes eran confiscados y no podía ni recibir ni disponer por testamento.

tal sanción) alumbraba un ciudadano romano que estaría bajo la potestad del padre.

En síntesis, en la fuente se contraponen dos formas diversas de materializar la pena capital en función del origen social de la persona en época de Adriano (los *summa supplicia* para las personas de baja condición social o esclavas y la prohibición de agua y de fuego, a saber, el exilio, para las personas de alta condición) con la consecuencia común de pérdida de ciudadanía de la mujer condenada, si bien en el caso de los *summa supplicia* se pierde además la libertad. También se desprende de este texto que la no ejecución de la pena capital de la mujer libre y ciudadana romana es una regla asentada¹⁹ aunque no se explica el por qué de ella.

Desde mi punto de vista, la afirmación referida al retraso en la ejecución de la pena capital da la impresión de no ser el tema jurídico tratado en el

¹⁹ Aunque formalmente el texto no contiene una parte que podamos atribuir a Sabino ya que inicia con la referencia a Adriano y a su rescripto, el hecho de que proceda del comentario a Sabino nos puede permitir suponer que ya en época de este jurista se había planteado la cuestión respecto del estatus jurídico de las personas nacidas de las mujeres ciudadanas romanas que fueran condenadas a pena capital. Hay que tener en cuenta que la filosofía subyacente en la legislación matrimonial de Augusto encaminada a fomentar la natalidad encajaría perfectamente con la práctica de demorar la ejecución y facilitar el nacimiento de nuevos ciudadanos romanos.

fragmento; pienso que en el rescripto se consultaba al emperador acerca del estatus de la persona nacida de la mujer embarazada, que como consecuencia de la pena capital pasaba a ser esclava; a esta cuestión el emperador responde que la persona nacida no seguía la condición jurídica de la madre sino que iba a ser libre; por lo tanto, da la impresión que si se demoraba la ejecución de la pena de muerte no era tanto para permitir que viviera más la madre ahora esclava, como consecuencia de la pena capital, sino para facilitar el que viniera al mundo un/a nuevo/a ciudadano/a romano/a que además, si había sido concebido/a en justas nupcias quedaba sometido/a a la *potestas* paterna, aunque su madre como consecuencia de la pena de destierro perdiera la condición de ciudadana romana.

2.1.1.2.- Dig. 48,19,3 (Ulp., 14 *ad Sabinum*):

Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. Ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est.

La pena impuesta a la mujer embarazada condenada a ser ejecutada se retrasa hasta que de a luz. Ciertamente, sé que se debe cumplir la regla de que no se le somete a tortura mientras esté embarazada.

El segundo texto procede también de Ulpiano y aborda de nuevo el tema de suspensión de la ejecución

de la condena capital; también en esta ocasión podemos distinguir dos partes en la fuente: en la primera, el jurista mediante la locución “*praegnatis mulieris consumendae damnatae poena*” pone de manifiesto que la condena capital se demora hasta que la mujer embarazada alumbró al nuevo ser (... *differtur quoad pariat*). Y el que la segunda inicie mediante la expresión *Ego quidem..... scio observari*,²⁰ nos puede hacer pensar que estamos ante una parte escrita por el propio Ulpiano, según la cual la mujer embarazada no podía ser sometida a tortura.

Esta distinción permite defender que el texto nos informa, por un lado de la aplicación del principio de suspensión de la ejecución ya desde los inicios del Principado --si atribuimos esa parte a Sabino²¹-- y la segunda daría a conocer la continuidad de la aplicación del principio en los inicios del siglo III en que vivió Ulpiano ya que recogería el comentario de este jurista a Sabino.

²⁰ Según Honoré, [n. 14] 55, para expresar sus puntos de vista jurídicos Ulpiano emplea la primera persona (*ego, me, mihi, ego puto, ego autem puto, ego non puto, ego credo, ego opinor, ego quaero, etc.*) como por ejemplo en nuestro caso el *ego scio*, lo que es poco frecuente en época de los Severos.

²¹ En este sentido J. Adamé Goddard, *Palingenesis de las Sentencias de Paulo* en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/4.pdf>, 1613. [29. 01. 2013].

Además, hemos que visto que en esta segunda parte se dice por boca de Ulpiano que la mujer no podía ser sometida a tortura mientras estuviera embarazada, lo que nos lleva a afirmar que en este momento histórico también se aplicaba esta restricción de la ejecución de la condena capital a las esclavas, ya que ellas eran las que habitualmente podían ser torturadas.

En resumen, el pasaje habla de todo tipo de mujeres embarazadas (tanto las libres a las que ya se hacía referencia en el pasaje anterior como las esclavas) lo que supone una modificación respecto de la regulación de inicios del Principado circunscrita a las mujeres libres y ciudadanas; además en época de los Severos, a la suspensión de la pena capital se había extendido la imposibilidad de torturar a toda mujer, al margen de su condición jurídica y/o social.

Pero, al igual que en el caso anterior de Ulpiano, tampoco aquí tenemos referencia alguna al por qué de la disposición. Desde mi punto de vista teniendo en cuenta la información proporcionada por ambos textos cabe afirmar que fueron varias las razones que subyacían en la paralización de la condena: a.- de un lado, los intereses del Estado en favorecer el nacimiento de nuevos ciudadanos; b.- de otro, los del *pater familias* en tener descendencia a la que transmitir el nombre y el patrimonio²² y c.- sin dejar de lado los

²² Según Adamé Goddard, [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/4.pdf]1613 la razón

intereses del *dominus* en ver aumentado su patrimonio al nacer esclavos si la madre embarazada tenía originariamente dicha condición. Como la tortura (que como he subrayado se practicaba sólo con los esclavos o con personas de origen social muy bajo) durante el embarazo podía dificultar el nacimiento del nuevo ser lógicamente se prohíbe también dicha actuación.

Y que la imposibilidad de ejecutar la pena capital o de torturar a la mujer embarazada cualquiera que fuera su estatus o condición era una realidad en estos momentos históricos se deduce del siguiente pasaje procedente de un documento martirial.

2.1.1.3. *Passio Sanctarum Perpetuae et Felicitatis*²³.

15,2: *Cum octo iam mensium ventrem haberet (nam praegnans fuerat adprehensa), instante spectacula die in magno erat luctu ne propter ventrem differretur (quia non licet praegnantibus poenae repraesentari).*

era defender los derechos hereditarios del no nacido como lo demuestra el hecho de que formara parte del título sobre el derecho del póstumo. V. Kühne, "Reas y Víctimas", en E. Höbenreich-V. Kühne, *Las Mujeres en Roma antigua. Imágenes y derecho*, Lecce 2009, 139 ss. interpreta que la protección no se producía respecto de la mujer o del niño por cuestiones humanitarias sino utilitaristas; en realidad se pretendía proteger el poder del marido sobre el vientre de la mujer.

²³ Conforme a la edición de H. Musurillo, *The acts of the christian martyrs*, Oxford 1972, nr. 8, pp. 122-123.

15.2: (Felicidad) estaba embarazada de ocho meses (pues había sido arrestada encontrándose encinta) y al aproximarse el día del espectáculo tenía una gran aflicción, no fuera a ser que por el embarazo, se le aplazase a ella la sentencia (puesto que no está permitido que las mujeres embarazadas sufran la pena).

Estamos ante unos fragmentos procedentes de la Pasión de Perpetua y Felicidad²⁴. Se suele aceptar que pese a que no tenga ni fecha ni localización geográfica, el acta recoge el martirio acontecido, probablemente en el anfiteatro de Cartago²⁵, con motivo de los juegos

²⁴ Véase al respecto mis análisis de la misma en: R. Mentxaka, "La persécution du christianisme à l'époque de Septime Sévère: Considérations juridiques sur la passion de Perpétue et Félicité", in *Église et pouvoir politique. Actes des Journées internationales d'histoire du Droit d'Angers*, Angers 1987, 63-82 y Eadem, "Género y violencia(s) en la pasión de Perpetua y Felicidad", en *INDEX-Donne Famiglia e potere in Grecia e a Roma. [Studi per Eva Cantarella]*, 40 (2012) 447-474.

²⁵ En este sentido por ejemplo: G. Lanata, *Gli atti dei martiri come documenti processuali*, Milano 1973, 160. Sobre la comunidad cristiana de Cartago en este momento histórico: J. E. Salisbury, *Perpetua's Passion. The death and memory of a young roman Woman*, New York-London 1997, 79-83.

organizados el siete de marzo²⁶ del 203 para celebrar el décimo-cuarto cumpleaños del César Geta²⁷.

Según el texto, Felicidad, que sabemos era esclava²⁸, estaba en estado de gestación en el momento de la detención, encontrándose de ocho

²⁶ Mientras que en la versión latina no se precisa ni la ciudad, en la griega se habla de *Thuburbus minor*, enclave situado a unos cincuenta kilómetros de Cartago; no obstante ello, la mayor parte de los autores modernos tienden a ubicar los hechos referentes a la detención y proceso en Cartago. Respecto de la fecha, mayoritariamente se acepta que sea el 203 si bien hay también una corriente que atribuye el martirio a la persecución de Valeriano y Galieno unos cincuenta años más tarde. Véase al respecto: Musurillo, [n. 23] XXVI-XXVII; Lanata, [n. 54] 158; Mentxaka, [n 24-1987] 65-66; A. Wlosok, s. v. "*Passio Perpetuae et Felicitatis*" (Parágrafo, 472.3), en K. Sallmann, (Ed.), *Handbuch der Lateinische Literatur IV*, München 1997, 424; V. Saxer, *Atti dei martiri dei primi tre secoli*, Padova 1989, 108; J. Amat, *Introduction, texte critique, traduction commentaire et index a la Passion de Perpétue et de Félicité suivi des Actes. Sources Chrétiennes*, nr. 417, Paris 1996, 19-37; J. Leal, *Actas latinas de mártires africanos*, Madrid 2009, 61-62; P. Guyot-R. Klein, *Das frühe Christentum bis zum Ende der Verfolgungen. Eine Dokumentation*, Darmstadt 1997, 357 y Salisbury, [n. 25] 44-45.

²⁷ Sobre P. Septimio Geta, hijo de Septimio Severo y de Julia Domna véase: D. Kienast, *Römische Kaisertabelle*, Darmstadt 1990, 165-167 con la bibliografía allí citada en la que por lo que se refiere a nuestro tema menciona un artículo de T. D. Barnes, in *JThS* 19 (1968) 522 ss. en el que se propone como *dies natalis* el 7 de marzo. A ello se suma: A. Birley, *Septimius Severus. The*

meses al aproximarse el día de la ejecución; al parecer, esta circunstancia del embarazo le angustiaba ya que, según dice el texto y ella bien sabía, podía aplazarse la ejecución de su sentencia al no estar permitido que las mujeres embarazadas sufrieran la pena capital (*quia non licet praegnantes poenae repraesentari*). En definitiva, el texto nos confirma la aplicación en los inicios del siglo III p. C. del principio mencionado en los anteriores pasajes de Ulpiano.

Una vez más el texto guarda silencio sobre las posibles razones de la suspensión, que en el presente caso tendríamos que suponer, sobre todo, serían los intereses patrimoniales del *dominus* propietario de la esclava condenada.

2.1.1.4.- El martirio de Agape, Quionía, Irene y demás compañeros²⁹.

African Emperor, London-New York 2002, 153.

²⁸ Vid al respecto mi comentario sobre ello, [n. 24-2012] 451 n. 36 donde analizo las interpretaciones dadas a la expresión “*conserva eius*”.

²⁹ Traducción mía del texto recogido en edición bilingüe por Musurillo, [n. 23] 284-287. 4.1. “Entonces el gobernador añadió: Tu, Agape, ¿Qué dices?. ¿Quieres hacer todas las cosas que nosotros, personas pías, hacemos en honor de nuestros señores los emperadores y los Césares?. Agape contestó: Esto no es fácil, incluso para Satanás; él no puede cambiar mi forma de razonar;

4.3: *Tum ille: Quoniam Eutychia gravida est, interea servetur in carcere*³⁰

4.3: Entonces él: Puesto que Eutichia está embarazada, mientras tanto, sea vigilada en la cárcel.

Esta segunda acta recoge el martirio de Agape, Quionía, Irene³¹ y demás compañeros³²; que sabemos

nuestro razonamiento es invencible. El prefecto dijo: Y tu Quionia, ¿Qué dices?. Quionia contestó: Nadie puede cambiar mi razonamiento...; 4.3: Entonces él: Puesto que Eutichia está embarazada, mientras tanto, sea vigilada en la cárcel; 4.4. Entonces leyó la sentencia escrita en una hoja: Puesto que Agape y Quionia, con ánimo rebelde, han actuado contra el divino decreto de nuestros señores Augusto y Césares, y además son seguidores del culto cristiano, hueco, anticuado y odioso para todas las personas pías, he ordenado que sean quemados en la pira. Y después añadió: Agatón, Irene, Casia, Felipa y Eutiquia, debido a su juventud, por el momento tienen que ser retenidas en prisión”.

³⁰ Según la edición de D. Ruiz Bueno, *Actas de los mártires*, 5ª ed., Madrid 2003, 1038.

³¹ Musurillo, [n. 23] nr. 22, 279-293; Lanata, [n. 25] 209-220.

³² El acta griega se encabeza con el nombre de las tres mártires pero si tenemos en cuenta lo que se dice en el apartado 3.1 del texto sabemos que el soldado Casandro informa que junto con Agape, Quionia e Irene ha detenido también a Agatón, Casia, Felipa y Eutiquia por no querer comer carne sacrificada a los dioses.

que se produjo en Tesalónica en marzo o abril del año 304 con motivo de los edictos de persecución de Diocleciano³³; de la información se deduce que las tres jóvenes habían huido al monte a raíz del primer edicto de febrero del 303³⁴, tal vez por constituir un grupo de mujeres consagradas³⁵, siendo arrestadas cuando ya había entrado en vigor el cuarto edicto que preveía la pena capital para quienes se negaran a ofrecer sacrificios a los dioses.

El interrogatorio, que tiene lugar ante el gobernador de Macedonia, Dulcecio³⁶ no inicia por Agape la mujer que encabeza el acta sino por el único varón detenido con ellas, de nombre Agatón³⁷. El gobernador, tras los correspondientes intentos de que los detenidos cambien de parecer alegando la contravención del edicto imperial, dicta la sentencia³⁸ que no es igual para todos sino que, por un lado, Agape

³³ En este sentido: Musurillo, [n. 23] XIII.

³⁴ En este sentido: Musurillo, [n. 23] XIII y Lanata, [n. 25] 218.

³⁵ Se lo plantea así: Mursurillo, [n. 23] XIII.

³⁶ Sobre este gobernador de Macedonia, Dulcecio véase por ejemplo O. SEECK, s. v. *Dulcitus*, in *PWRE* 5 (1905) 1783-1784 quien destaca el alto número de oficiales con este nombre que existieron en el siglo IV p. C.

³⁷ Musurillo, [n. 23] nr. 22, 4.1, 286-287.

³⁸ Musurillo, [n. 23] nr. 22, 4.3, 286-287.

y Quionia son condenadas a morir quemadas vivas³⁹ mientras que, al igual que en el caso anterior acaecía con Felicidad, respecto de Eutiquia que estaba embarazada ordena el gobernador que sea custodiada en la cárcel. El resto de las personas detenidas: Agatón, Irene, Casia, Felipa y Eutiquia, debido a su juventud, por el momento “tienen que ser retenidas en prisión”⁴⁰.

El texto, una vez más, nos ilustra sobre la continuidad de la aplicación del principio que establece la suspensión de la condena capital de la mujer embarazada en los inicios del siglo IV; no sabemos si la mujer era libre o esclava, tampoco sabemos si se ha llegado a dictar la sentencia capital respecto de ella; lo único que sabemos es que Eutiquia estaba embarazada y que, en consecuencia, el gobernador que presidía la causa ordenó su retención en la cárcel.

2.1.1.5.- PS 1,12,4.

Praegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt. = Las mujeres

³⁹ Musurillo, [n. 23] nr. 22, 4.4, 286-287.

⁴⁰ En este punto hay una diferencia entre el texto griego editado por Musurillo o Lanata y la edición latina del cardenal G. Sirleto (1514-1585) empleada por L. Surius y T. Ruinart, que omite cualquier referencia a la temprana edad de las protagonistas e incorpora un elemento de arbitrariedad en el gobernador y que conozco por J. Leal, [n. 26] 1039: “...*Agatho autem, Casia, Philippa et Irene, quoad mihi placuerit, serventur in carcere*”.

embarazadas no pueden ser torturadas ni condenadas hasta después de haber dado a luz.

El último de los pasajes a reseñar procede de una obra discutida en su autenticidad pero que se suele fechar en lo que se refiere a su redacción a finales del siglo III⁴¹ y que por lo tanto, podría ser contemporánea del documento anteriormente comentado. Según el texto, las mujeres embarazadas, de nuevo sin distinción de categoría jurídica o condición social, no pueden ser sometidas a tormento ni pueden ser condenadas hasta que den a luz.

El texto en su dicción literal vemos que recoge una modificación importante respecto de los textos de Ulpiano: se nos dice que la mujer embarazada por el hecho de estarlo no podía ser condenada (*neque damnari*⁴²), aunque el texto no lo especifica, suponemos

⁴¹ Adamé Goddard en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1749/3.pdf> p. 14, [29. 01. 2013] las data en época de Diocleciano. Igualmente D. Liebs, *Romische Jurisprudenz in Africa: mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin 2005, 33 ss. fecha la obra a finales del siglo III p. C. Como se sabe, existen serias dudas sobre la autoría de las Sentencias de Paulo, si siguiéramos a E. Levy, *Vulgarization of roman law in the early Middle Ages*, en *BIDR*, 55-56 (1951) 226, afirmaríamos que nos encontramos ante una obra colectiva.

⁴² Según H. Heumann-E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11ª. ed., Graz 1971, 119 el texto en este caso tiene el sentido de “*verurteilen*”.

que a pena capital. Ahora bien, una vez que se hubiera producido el alumbramiento cabe pensar que tanto la condena como la tortura se podían materializar no sabemos si de manera inmediata o una vez hubiera transcurrido un plazo.

Y, al igual que en los casos anteriores, tampoco aquí se contiene referencia alguna al fundamento de la disposición; el que se impida la imposición de la condena capital de la mujer embarazada, hecho que como se ha visto en la presentación está presente en las recomendaciones efectuadas por la Unión Europea a los países que todavía siguen manteniendo en su legislación la pena capital para la mujer, nos conduciría inicialmente a suponer que algún papel jugaban los motivos humanitarios; ahora bien si aceptamos que tanto la tortura como la condena se podían llevar a cabo después del parto las razones humanitarias se diluyen.

2.2.- Algunos textos de derecho histórico español.

Aunque la presente exposición no tiene como objetivo analizar con rigurosa exhaustividad la regulación de la suspensión de la ejecución de la condena capital de la mujer embarazada a lo largo de la historia del derecho español o en otras legislaciones comparadas, si quiero llevar a cabo una aproximación a ella comentado brevemente algunos pasajes del derecho castellano-leonés que ponen de manifiesto

tanto una recepción de los principios del derecho romano como una cierta continuidad histórica en la regulación de la cuestión; como tendremos ocasión de apreciar, la desaparición de la condena capital en nuestro ordenamiento jurídico sólo se produjo con la llegada de la democracia en era postfranquista y se recogió en el artículo 15 de la Constitución de 1978. Por consiguiente, voy a iniciar la breve síntesis histórica refiriéndome en primer lugar a un texto que formalmente consideraríamos derecho visigodo ya que forma parte de la *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico.

2.2.1.- Derecho Visigodo: *Brev.*, PS. 1,12,4:

*Praegnantēs neque torqueri, neque damnari, nisi post editum partum possunt. Interpretatione non eget.*⁴³
= Las mujeres embarazadas no pueden ser torturadas ni condenadas hasta después de haber dado a luz. No necesita interpretación.

El fragmento procede del Breviario de Alarico II o *Lex Romana Visigothorum*⁴⁴ del 506 p.C., a saber, según

⁴³ Vid: *Lex Romana Visigothorum*. Ed. G. Haenel, Aalen 1962, Vol. 2, 348

⁴⁴ Sobre el Breviario puede consultarse por ejemplo: J. Gaudemet, *Le Bréviaire d'Alaric et les Epitomes*, en *Ius Romanum Medii Aevi. Pars I 2 b aa B, Mediolani* 1965, 3 ss.; G. Vismara, s. v. "*Lex Romana Visigothorum*", en *LMA*, V, München - Zürich 1991, 1931; H. Siems, s. v. "*Lex Romana Visigothorum*", en *HRG*, II, Berlin 1978, 1940-1949; H. Nehlsen, *Alaric II als Gesetzgeber. Zur*

la mayor parte de los especialistas una compilación promulgada por Alarico II [484-507] para sus súbditos romanos⁴⁵. El contenido del texto lo conocemos ya, puesto que reproduce el tenor literal de las Sentencias de Paulo; formalmente no se introdujo modificación alguna, por lo que en los inicios del derecho visigodo la población hispano romana, concretamente las mujeres condenadas a pena capital se seguirían rigiendo por este principio y, en consecuencia, la imposición de la condena quedaría demorada.

2.2.2.- Derecho bajo-medieval.

También encontramos información referida al tema que nos ocupa en lo que podríamos agrupar bajo el epígrafe genérico de derecho bajo-medieval ya que no conozco disposiciones que aludan a nuestro tema ni en otras fuentes del derecho visigodo (concretamente en el *Liber Iudiciorum*) ni tampoco en el Fuero Juzgo o en los primeros fueros municipales breves de la alta

Geschichte der Lex Romana Visigothorum. Studien zu den germanischen Volksrechten, en *Gedächtnisschrift für W. Ebel*, Frankfurt 1982,143-203; J. Morales Arrizabalaga, *Ley, jurisprudencia y Derecho en Hispania romana visigoda*, Zaragoza 1995,121-144.

⁴⁵ Por ejemplo: K. Zeumer, *Historia de la legislación visigoda*, Barcelona, 1944, 13-119, R. de Ureña y Smenjaud, *La legislación gótico-hispana. Leges antiquiores-liber iudiciorum*, Madrid 1905, 235 y P. D. King, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, Madrid 1981,19-41.

Edad Media⁴⁶. Tenemos que esperar a la recepción del Derecho Romano en la obra legislativa de Alfonso X el Sabio para encontrarnos de nuevo con disposiciones jurídicas referidas a la suspensión de la condena capital de la mujer embarazada.

2.2.2.1.- El Fuero Real: 4.5.2.

Si alguna muger por culpa que faga fuere juzgada a muerte o a pena de su cuerpo e fuere preñada, no sea justiciada ni haya pena alguna en el cuerpo hasta que sea parida⁴⁷.

⁴⁶ Según Á. López-Amo Marín, “El derecho penal español de la Baja Edad Media”, en *AHDE* 26 (1956) 338 el derecho penal que debe recibir el calificativo de “español” --inspirado en el derecho germánico, el derecho romano y en el derecho canónico-- surge precisamente en este momento histórico ya que el de la Alta Edad Media, según él, es un periodo de historia del derecho germánico.

⁴⁷ Según la versión de: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080032624_C/1080032624_T1/1080032624_093.pdf, a [4.02.2013]. En J. de Azevedo Ferreira, *Alfonso X Foro Real. Volume 1. Edição e Estudio lingüístico*, Lisboa 1987, 271 se vierte al portugués como sigue: *Se algûa moler per culpa que faça for iulgada pera norte ou a pêa de seu corpo e for prnhy, nô seya iustiçada nê aya pêa nenhûa ata que seya parida.*

Se conoce con el nombre de Fuero Real⁴⁸ a una obra de Alfonso X el Sabio [1252-1284]⁴⁹ promulgada con la finalidad de unificar el derecho local castellano; dividido en cuatro libros, fue concedido a muchos lugares y ejerció también un gran influjo en el derecho portugués⁵⁰.

El texto que nos ocupa está ubicado en el libro cuarto, título quinto que trata de las penas; según el mismo, si debido a la comisión de un hecho delictivo con culpa de la mujer, ésta era juzgada y condenada a muerte o a una “pena de su cuerpo” (que yo interpreto es aquella que pudiera producir un sufrimiento físico a la persona condenada como por ejemplo las

⁴⁸ Como se sabe la obra legislativa de Alfonso X el Sabio ha dado lugar a un gran número de controversias; por lo que se refiere al Fuero Real se discuten las fuentes en las que se basó, la fecha en que se realizó o su carácter local o territorial. Vid. al respecto, por ejemplo: J. M. Pérez-Prendes, *Curso de Historia del Derecho español. Volumen 1*, Madrid 1989, 682-684; A. M. Hespanha, *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra 1982, 493 y, sobre todo: A. Palacios Alcaine, *Alfonso X el Sabio. Fuero Real*, Barcelona 1991, XXI-XXXVIII.

⁴⁹ Sobre la obra legislativa de dicho monarca véase por ejemplo: Palacios Alcaine, [n. 48] XIII-XX y por lo que se refiere al derecho penal: E. Álvarez Cora, “El derecho penal de Alfonso X”, en *Initium* 16 (2011) 223-296.

⁵⁰ Véase sobre ello: J. de Azevedo Ferreira, [n. 47] así como Idem, *Alfonso X Foro Real. Volumen II. Glossário*, Lisboa 1987.

mutilaciones o los azotes)⁵¹, en el supuesto de estar embarazada se demoraba el cumplimiento de la sentencia, es decir la ejecución de la pena capital o de, por ejemplo, los azotes hasta que hubiera parido.

⁵¹ Sobre dicha pena véase por ejemplo: López Amo, [n. 46] 562 quien menciona que caen dentro de esta circunlocución los azotes y las amputaciones de miembros varios (mano, pie, nariz, ojos, labios, etc.). F. Tomás y Valiente, “El derecho penal en la Monarquía absoluta”, en Francisco Tomás y Valiente. *Obras completas*, Vol. 1, Madrid 1997, 469-470; en las páginas 420-421 al tratar del principio de desigualdad personal ante la ley penal, también subraya que en opinión de los doctores italianos la pena corporal no se podía imponer a los nobles y se debía sustituir por la penas pecuniarias o el destierro, lo cual es perfectamente lógico si se tiene en cuenta que en las propias Partidas se advertía a los jueces el observar contra quien era la sentencia: si sierva, libre, etc.; por ejemplo el siervo tenía que “escarmenar” más crudamente que el libre. En la misma línea de subrayar la importancia de la clase social respecto de la forma de materializar la pena de muerte (horca, hoguera, decapitación, etc.) nos informan Pérez-Prendes, [n. 48] 1269 y E. Gacto, “Aproximación al Derecho penal de la Inquisición”, en J. A. Escudero (Ed.), *Perfiles jurídicos de la inquisición española*, Madrid 1989, 183-185, por lo que se refiere a los delitos conocidos por la Inquisición; téngase en cuenta que la Inquisición fue creada por los Reyes Católicos por bula de primero de noviembre de 1478 y sólo se suprimió por decreto de 9 de marzo de 1820, por lo que a lo largo de tres siglos y medo de historia fueron muchas las mujeres que sufrieron la pena de muerte al

El pasaje, a diferencia de la regulación romana del siglo III⁵², que sabemos prohibía las torturas de la mujer embarazada, no hace ninguna referencia a ello salvo que interpretemos que, bajo la expresión “pena de su cuerpo” se podría estar mencionando los *tormenta*; hay que tener en cuenta que la tortura judicial en los tribunales tanto para siervos como para personas libres estuvo presente en el derecho castellano, a partir, precisamente de la obra legislativa de Alfonso X⁵³, donde, como se dice en nuestro texto, sólo quedaban inmunes las mujeres embarazadas mientras durara tal situación⁵⁴.

2.2.2.2.- Las Siete Partidas: 7, 31, 11:

igual que las torturas.

⁵² Recordemos que por un pasaje de Ulpiano (Dig. 48,19,3) sabemos que se prohibía tanto la ejecución capital como la tortura (véase un breve comentario del texto en 2.1.1.2).

⁵³ En este sentido: G. Martínez Díez, S. J., “La tortura judicial en la legislación histórica española”, en *AHDE* 32 (1962) 250 ss.

⁵⁴ Así Martínez Díez, [n. 53] 255. El mismo autor en la página 267 subraya cómo la práctica de los tribunales había creado un “estilo” invocado por los jueces. Según dicho estilo, el tormento sólo tenía lugar después de concluido el periodo de prueba si no era plena. La tortura era aplicable a los delitos penados con muerte o penas corporales, existiendo una serie de excepciones entre las que se encontraba, la mujer encinta hasta pasados cuarenta días, o incluso un periodo mayor si lo requería la lactancia.

“Otrosi dezimos que si alguna mujer preñada fiziera por que debe morir, que la non deven matar fasta que sea parida. Ca si el fijo que es nasido no debe rescebir pena por el yerro del padre, mucho menos la meresce el que está en el vientre por el yerro de su madre. E porende si alguno contra esto fiziera justiciando a sabiendas mujer preñada, debe rescebir tal pena, como aquel que a tuerto mata a otro”⁵⁵.

El nombre de las Siete Partidas, como es bien sabido, se otorga a una obra legislativa atribuida a Alfonso X el Sabio y que mayoritariamente los especialistas ubican a mediados del siglo XIII⁵⁶, con el

⁵⁵ ? Según la versión de *Las siete partidas glosadas por el licenciado Gregorio López*, Salamanca 1555, Vol. 3, Part. 7, 95

⁵⁶ La obra plantea múltiples problemas (finalidad, significado, contenido, posible autoría, vigencia, nombre y momento de composición, proceso de elaboración, fuentes, lugar de redacción y fecha) sobre los que se puede consultar por ejemplo: Pérez-Prendes, [n. 48] 714-734; Según la doctrina mayoritaria, se debe fechar allá por el año 1265, aunque los especialistas de la península ibérica no la han aceptado pacíficamente, destacando en particular las críticas de A. García Gallo, “El libro de las leyes de Alfonso el Sabio: del Espéculo a las Partidas”, en *AHDE* 21-22 (1951-1951) 345-451 e Idem, “Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X”, en *AHDE* 46 (1976) 609-670. García Gallo defendió que la obra se pudo confeccionar por juristas anónimos de finales del siglo décimo-tercero o inicios del décimo-cuarto. Además de la literatura reseñada, vid. también la numerosa bibliografía citada por mí en “Sobre el concepto de regla jurídica de Partidas 7,34 y sus posibles fuentes”, en

objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica en su reino. Su nombre original era *Libro de las Leyes* y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida.

El texto que nos interesa está ubicado en el libro séptimo, que en palabras de Pérez Prendes⁵⁷, recoge una cierta doctrina asistemática y balbuceante del Derecho Penal de la época⁵⁸. En el título trigésimo primero dedicado a las penas, encontramos en la ley undécima el texto reproducido según el cual la condena capital⁵⁹ de la mujer embarazada debe suspenderse

Auctoritas. Mélanges offerts au professeur O. Guillot, G. Constable-M. Rouche, (EEds.), Paris 2006, 567 n. 5.

⁵⁷ [n. 47] 732.

⁵⁸ Vid. sobre ello el artículo de Álvarez Cora, [n. 49] 283-296; R. Riaza, “El derecho penal de las Partidas”, en *Seminario de Derecho Penal dirigido por L. Jiménez de Asúa*. Tomo I. Curso 1916-1917, Madrid 1922, 19-65 así como E. Gacto, “Los principios penales en Las Partidas”, en *Rudimentos legales* 3 (2000) 21-42.

⁵⁹ Gacto, [n. 58] 39-41 menciona las diversas formas de llevar a cabo la pena de muerte recogidas en las Partidas y señala que la *poena culei* –encubamiento—se aplicó todavía en el año 1838 en la ejecución de dos parricidas en Barcelona. Se detienen también con cierto detenimiento en ellas: M. Barbero Santos, “La pena de muerte en el derecho histórico y actual”, en *La pena de muerte. 6 respuestas*, Valladolid 1975, 67 y C. García Valdés, *No a la pena de muerte*, Madrid 1975, 57; López Amo, [n. 46] 562 indica los supuestos en los que era normal aplicar la pena de

“fasta que sea parida”, siguiendo de esta manera el principio ya establecido en el derecho romano.

Ahora bien, en el presente caso el texto nos proporciona información respecto del por qué no se debe llevar a cabo la ejecución: el *nasciturus* no debe sufrir pena alguna por los posibles delitos cometidos por su madre, de la misma manera que tampoco se transmiten a los hijos las penas de los delitos cometidos por sus padres. Por lo tanto, vemos que el legislador alfonsino tiene muy clara la idea de que la responsabilidad penal es individual e intransferible a los herederos y, en consecuencia, sólo las personas autoras de los delitos tendrán que cumplir con las penas⁶⁰.

muerte, como por ejemplo: los delitos contra el Rey y el Estado, traición, falsificación de moneda, etc., pero también se preveía en algunos delitos contra las personas como el homicidio, el hurto con reincidencia o el rapto. Respecto de la materialización de la pena señala que se ejecutaba unas veces simplemente en la horca ("*in forquenlo*"); pero otras veces, cuando el delito era especialmente peligroso para la sociedad, la pena de muerte no era sino el centro de una serie de tormentos: muerte de fuego por apostasía; tormentos y muerte para el sodomita; muerte del traidor después de arrastrado, etc.; Expone con detenimiento los diversos tipos penales Alvarez Cora, [n. 48] 285-296.

⁶⁰ Sobre el carácter personal de la responsabilidad penal ver por ejemplo: Gacto, [n. 58] 36; A. Masferrer Domingo, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo*

Y, en este punto, el pasaje es plenamente coherente con la regulación de las propias Partidas⁶¹ que establecían la regla de no poder transmitir la culpabilidad al entorno (por ejemplo a los hijos, esposas o esposos, parientes etc.) pugnando de esta manera con una práctica según la cual la responsabilidad por los crímenes más graves también trascendía a los parientes próximos del culpable⁶².

El pasaje concluye con una referencia final que cabe pensar va destinada a las personas que ejecutan las condenas, estableciendo que si, en contra de lo dispuesto por la ley se ajusticiara conscientemente, en

enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo, Jaén 2003, 130 y 159.

⁶¹ En este sentido véase p. ej. Partidas 7,31,9, ley que se encabeza con la prohibición de dar pena al hijo por el yerro del padre o a una persona por otra. También recogen este principio: Fuero Juzgo 6, 1, 8 y Fuero Real 4, 5, 9.

⁶² Pérez Prendes, [n. 58] 1220 subraya como en el Medievo se evolucionó desde una responsabilidad colectiva muy arcaica y extremada, con un gran arraigo en la mentalidad general, hacia una individualización de la responsabilidad que aparece en los textos municipales más extensos y tardíos e introductores de una mentalidad romanizada. J. Antón Oneca, *Derecho Penal*, 2ª ed. actualizada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid 1986, 58 considera la transmisión de la responsabilidad como una de las características propias del derecho penal del antiguo régimen.

terminología penal actual diríamos dolosamente⁶³ a la mujer embarazada, quien lo hiciera debía recibir la misma pena que si matara a otro, es decir que sería perseguido por homicidio⁶⁴.

El texto no contiene referencia alguna a la imposibilidad de someter a tortura judicial a la mujer embarazada lo cual en alguna medida podría parecer lógico si tenemos en cuenta que el tormento era una prueba de carácter subsidiario del proceso penal, una prueba encaminada a obtener la confesión de culpabilidad o la acusación del reo contra sus cómplices o incluso a forzar las declaraciones de los testigos⁶⁵; sin embargo, el propio cuerpo legislativo en otro apartado de las Partidas 7,30,2⁶⁶ establece esta excepción, por lo

⁶³ Sobre la acepción de la expresión “a sabiendas” para referirse a los delitos dolosos vid: Gacto, [n. 58] 28 ss.

⁶⁴ No es la única vez que en el derecho histórico español se encuentran referencias a este hecho; por ejemplo también en el *Fuero de Teruel. Edición crítica*, con introducción y traducción de J. Castañé Llinas, Zaragoza 1991, 67 se reproduce el párrafo 40 que lleva por título *De eo qui mulierem pregnantem occiderit*, y en el que se establece que cualquiera que mate a una mujer embarazada, si era declarado culpable respondía por un doble homicidio.

⁶⁵ En este sentido: F. Tomás y Valiente, *La tortura en España*, Barcelona 1994, 99.

⁶⁶ Quién puede mandar tormentar los presos, et en qué tiempo et á quáles, señale claramente que estaban excepcionadas de la prueba de tormento a causa de su estado la mujer embarazada

que cabe afirmar que la regulación que encontramos reproduce en este punto de la suspensión de la pena capital y de la prohibición de torturas de la mujer embarazada los principios que rigieron en el derecho romano de época imperial avanzada.

2.2.2.3.- El Fuero extenso de Soria: Parágrafo 545:

Si alguna mugier pennada, por qual culpa quiere que faga fuera judgada a muerte o a pena del cuerpo, non sea iusticiada ni aya pena ninguna en su cuerpo fasta que sea parida⁶⁷

Estamos ante un pasaje procedente no del primer fuero breve de Soria, que se ha perdido, sino de lo que se ha venido llamando el Fuero extenso⁶⁸ y que conocemos a través de dos códices del siglo XIV, que recogen 577 capítulos en los que se regulaba la vida local, es decir los derechos y obligaciones de los vecinos una vez que había recibido la confirmación⁶⁹.

(“nin á mujer que fuese preñada fasta que para”) según la versión de *Las siete partidas glosadas por el licenciado Gregorio López*, Salamanca 1555, tomo 3, Part. 7, 88-89.

⁶⁷ Según la edición de Galo Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid 1919, 213.

⁶⁸ Sobre la formación de los fueros extensos, elementos integrantes, etc. por ejemplo: vid. E. Gacto Fernández, *Temas de Historia del Derecho: Derecho medieval*, Sevilla 1979, 66 ss.

⁶⁹ Sobre las acepciones de la palabra “fuero” por ejemplo: Gacto Fernández, [n. 68] 61-62.

Esta versión extensa del código también ha suscitado debate entre los especialistas respecto de la fecha de la redacción, su autoría y la relación que guarda con el Fuero Real de Alfonso X el Sabio así como con el Fuero de Cuenca⁷⁰.

El párrafo no recoge variación alguna respecto de la regulación del Fuero Real que, por lo que se refiere a este punto, cabe afirmar es su texto de referencia.

A la vista de esta sintética exposición en la regulación histórica de la Baja Edad Media castellano leonesa, si tenemos en cuenta lo establecido en Las Partidas, cabe pensar que la razón determinante del legislador Alfonsino a la hora de fundamentar el por qué de la suspensión de la pena capital de la mujer embarazada no fueron tanto razones humanitarias o patrimoniales sino el principio de intransmisibilidad de la condena penal a los descendientes, en esto caso al *nasciturus* que es concebido como sujeto de derecho al que los delitos cometidos por sus mayores no pueden perjudicar por lo que habrá que esperar a su nacimiento para conocer de su causa y ejecutar la condena. Por lo

⁷⁰ Vid. sobre ello: Pérez-Prendes, [n. 48] 551-553; Gacto Fernández, [n. 68] 101-102 así como R. Gibert, “Derecho municipal de León y Castilla”, en *AHDE* 31 (1961) 731 ss. y con más detenimiento: G. Martínez Díez, “El fuero Real y el Fuero de Soria”, en *AHDE* 39 (1969) 545-562 e *Idem*, “El fuero de Soria: Génesis y fuentes”, en *AHDE* 76 (2006) 9-31.

tanto, la pena es concebida como una retribución individual que la mujer merece por la conducta penal que ha llevado a cabo.

2.2.2.4.- Algunos tratadistas y prácticos del Antiguo Régimen.

Antes de introducirnos en las referencias que encontramos en las codificaciones del siglo XIX y XX y comentarlas brevemente conviene hacer una referencia mínima a la doctrina elaborada por los juristas del Antiguo Régimen. Fueron varios los autores que a lo largo de los siglos XVI y XVII comentaron los preceptos de Partidas y el Fuero Real en clave tanto doctrinal como práctica, lo que permite sin lugar a dudas asegurar la aplicación del precepto⁷¹; en este sentido

⁷¹ Quizás merezca la pena subrayar en este punto que, en los procesos inquisitoriales por magia y herejía tuvieron un protagonismo grande las mujeres. Por ejemplo, M. V. Cabièces Ibarro, "La pena de muerte en el señorío de Vizcaya", en *Estudios Deusto* 27 (1979) 284 destaca como en 1500 se conocen en dicho señorío una serie de sentencias que "en su mayor parte corresponden a mujeres" y menciona 16 supuestos en los que las mujeres son condenadas por herejes. Dichos tipos penales (magia y herejía), según expone J. M. García Marín, "Magia e inquisición: Derecho Penal y proceso inquisitorial en el siglo XVII", en J. A. Escudero, (Ed.), *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, Madrid 1989, 246-248, entre otras sanciones recibían la pena de muerte y siguiendo la práctica habitual se aplicaba la tortura como medio para llegar al esclarecimiento de los hechos, quedando exceptuadas de la

nos informa Tomás y Valiente⁷² que Gregorio López⁷³, Antonio Gómez⁷⁴, Hevia Bolaños⁷⁵ y Villadiego Vascañana y Montoya⁷⁶ creían que la suspensión era procedente incluso en aquellos casos en los que la mujer hubiera buscado fraudulentamente quedarse

tortura, según el autor manifiesta en la página 267, las mujeres embarazadas con el fin de proteger la vida del futuro ser. Nos confirma esta idea de la vigencia de la norma en los procesos inquisitoriales, J. Contreras, “Los moriscos ante el Santo Oficio del noroeste peninsular”, en J. A. Escudero, (Ed.), *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, Madrid 1989, 665 quien al exponer las noticias que se han transmitido sobre el tribunal inquisitorial de Logroño, menciona el caso de una mujer (Isabel Lardera) que “estando desnuda ante el potro, declaró estar preñada. Vino una comadre la cual declaró no ser así”. Tomás y Valiente [n. 51] 467-469 expone las diversas formas de ejecución de la pena capital durante los siglos XVI a XVIII indicando que, en algunas ocasiones, al no especificar las leyes el medio de ejecución correspondía a los jueces el establecerla, encontrándose referencias a la muerte por ballesta o saeta, la horca, el garrote, la hoguera, etc.; También García Valdés, [n. 59] 59-62 informa sobre las diversas formas de materializar la pena de muerte durante los siglos XV a XVIII desde decapitación con cuchillo y hacha hasta hoguera pasando por descuartizamiento, horca, asaetamiento, degollamiento, entonellamiento o encubamiento, etc.; existe un detenido estudio sobre los delitos y sus penas de E. Álvarez Cora, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, Madrid 2012, en cuyas páginas podemos encontrar aquellos que estuvieron sancionados con la pena de muerte.

encinta con la intención de retrasar la ejecución de la sentencia capital.

Respecto a qué hacer después del alumbramiento no siempre se daba la misma respuesta y por ejemplo Hevia⁷⁷ distinguía entre si la pena era corporal (azotes o trabajos forzados) o se había condenado a muerte; en

⁷² Tomás y Valiente, [n. 51] 457 y 458.

⁷³ [n. 66] 95.

⁷⁴ A. Gómez, *Variae resolutionis iuris civilis, comunis & regni, tomis tribus distinctae*, Venetiis 1735, Cap. XIII, nr. 37 306 citado conforme a la edición consultada el 28.02.1013 en http://www.bizkaia.net/foruliburutegia/index_foruliburutegia.htm, donde pone de manifiesto que no sólo se suspendía la pena capital sino también las penas de relegación y tortura hasta que la mujer diera a luz mencionando también otra doctrina jurídica. Sobre este autor por ejemplo: C. M. de Landecho, "La teoría jurídica del delito en Antonio Gómez, en *Estudios Penales. Homenaje al P. Julián Pereda en su 75 aniversario*, Bilbao 1965, 229-247 pero, en particular, la página 231 por lo que se refiere a su persona; en las páginas 232-233 hacer referencia a las 38 ediciones (trece del siglo XVI, trece del XVII y doce del XVIII, de las cuales once se hicieron en territorio español y 27 fuera de España) existentes de su obra que muestran su enorme difusión más allá de la península.

⁷⁵ Vid. *Curia Philipica* de Hevia Bolaños (Primero y Segundo Tomo, Madrid 1790, parte III P. Juicio criminal, parágrafo 13, n. 17, 235-236 leído el 27.02.2013 en <https://play.google.com/books/reader?id=VpUOth1FWU0C&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=es>) Respecto de la Curia y su autor (Juan de Hevia

su opinión, en el caso de la corporal parecía prudente esperar a que se restableciera la mujer tras el parto para así garantizar que pudiera soportar el cumplimiento de la pena sin problema alguno; en cambio, en el caso de la pena capital, en opinión de Hevia, Villadiego de Vascuñana⁷⁸ y Antonio Gómez⁷⁹ no había que esperar plazo alguno después del parto,

Bolaños) se puede consultar el artículo de: G. Lohmann Villena, "En torno a Juan de Hevia Bolaño. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros", en *AHDE* 31 (1961) 121-161 así como el de Santos M. Coronas, "Hevia Bolaños y la Curia Philippica", en *AHDE* 77 (2007) 77-93.

⁷⁶ Vid. Alonso de Villadiego Vascuñana, *Instrucción Política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y ordinarios del Reyno*, Madrid 170 vista a 28.02.2013 en: http://www.bizkaia.net/foruliburutegia/index_foruliburutegia.htm, 89 nrs. 348-349

⁷⁷ Conozco esta información de Hevia Bolaños mediante *Curia Philipica*, [n. 75] 235-236 leído el 27.02.2013 en <https://play.google.com/books/reader?id=VpUOth1FWU0C&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=es>];

⁷⁸ Villadiego Vascuñana [n. 76] 89, 349 sostiene la necesidad de mantener con vida a la mujer hasta que la criatura se haya destetado en el supuesto de no haber nadie que se encargue de su amamantamiento.

⁷⁹ Antonio Gómez, [n. 74] Cap. XIII, nr. 37, 306 donde expone la necesidad de que la madre alimente al hijo si no se encuentra una comadrona que se encargue de ello.

salvo que no se encontrara a quién pudiera amamantar a la criatura, en cuyo caso se demoraba la ejecución hasta que la madre lo criara con sus pechos.

También se defendió por estos autores la individualización de la responsabilidad e intrasmisibilidad de la misma a los descendientes afirmando expresamente que si los hijos nacidos no deben recibir la pena por el delito de su padre, mucho menos lo tienen que recibir los hijos que están en el vientre de la madre⁸⁰. Por lo tanto, los juristas del Antiguo Régimen siguen argumentando la suspensión de la ejecución con base en el principio de que la responsabilidad penal es individual e intransferible a los herederos; en consecuencia, sólo las personas autoras de los delitos tendrán que cumplir con las penas, que son concebidas como una retribución individual que merece en nuestro caso la mujer que ha cometido el hecho delictivo; cualquier viso de respeto a la dignidad humana queda excluido como razón final del mantenimiento de la suspensión de la ejecución: la existencia de torturas a lo largo del proceso así como de condenas capitales reiteradas excluye este acercamiento al tema en este momento histórico.

2.2.3.- Codificaciones históricas de los siglos XIX y XX.

⁸⁰ En este sentido Hevia Bolaños, *Curia Philipica*, [n. 75] 235-236 leído el 27.02.2013 en <https://play.google.com/books/reader?id=VpUOth1FWU0C&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=es>];

Tenemos que esperar la aparición del pensamiento liberal ilustrado para reivindicar la necesidad de códigos estructurados, sistemáticos y más humanos⁸¹; en ellos, vamos a encontrar referencias a la suspensión de la ejecución de la pena de muerte si la mujer condenada se hallare encinta, referencias que, como tendremos

⁸¹ Este hecho se pone de manifiesto por ejemplo por la abolición de determinadas penas propias de la monarquía absoluta; vid. al respecto por ejemplo García Valdés, [n. 59] 63 ss. y Masferrer Domingo, [n. 60] 161 ss., donde destacan la abolición de la tortura como medio de prueba, la infamia, la confiscación de bienes o los azotes y la incorporación del garrote como método de ejecución capital. También Antón Oneca, [n. 62] 60 ss. habla del derecho penal de este periodo como humanitario subrayando que la pena de muerte que en el Antiguo Régimen se aplicaba a delitos de escasa gravedad ahora pasó a quedar reservada para contadas infracciones y no como pena única sino como grado máximo de penalidad y siendo ejecutada de modo que consistiera en la simple privación de la vida sin los antiguos suplicios encaminadas a hacer sufrir al reo. Barbero Santos, [n. 59] 42 ss. defiende que en la primera mitad del siglo XVII se da un endurecimiento de las penas con trascendencia a los familiares así como una gran arbitrariedad y un empleo excesivo de la pena capital. Este contexto da lugar a una reacción en sentido contrario y entrado en el siglo XIX algunos países empezaron a abogar por su abrogación. J. Baró Pazos, "Historiografía sobre la codificación del Derecho Penal en el siglo XIX", en G. Rueda, (Ed.), *Doce estudios de Historiografía contemporánea*, Madrid 1991,11-18 analiza los prolegómenos de la codificación penal de la mano de sus autores y los estudios llevados a cabo respecto de ellos.

ocasión de apreciar, van a aflorar (y en un caso desaparecer por unos años) en los diversos códigos penales dependiendo de la ideología de la autoridad política que los promulga; si bien la pena capital permaneció prácticamente en casi todos los códigos, curiosamente, no siempre los miembros de las correspondientes comisiones codificadoras propugnaron su permanencia⁸².

Pero antes de exponer brevemente las referencias existentes en las codificaciones conviene tener en cuenta que, si bien la pena de muerte se mantuvo, el derecho penal codificado introdujo como veremos importantes reformas en lo que se refiere tanto a los delitos por los que se imponía como a las formas de ejecución, abandonando las consideradas ignominiosas e introduciendo otras más conformes con la dignidad de las personas⁸³.

2.2.3.1. El Código Penal de 1822: Artículo 68.

⁸² Vid al respecto por ejemplo: E. Cuello Calón, *Derecho Penal conforme al "Codigo Penal, texto revisado de 1963". Tomo I, parte general*, 15ª ed. Barcelona 1968, 774 nota una donde recoge estos datos de manera exhaustiva así como bibliografía española sobre la pena de muerte del siglo XIX (p. ej. Concepción Arenal, Borso di Carminati, Pulido Fernández, etc.) e inicios del XX.

⁸³ En este sentido por ejemplo: Masferrer Domingo, [n. 60] 173.

Ninguna sentencia en que se imponga pena á muger embarazada se notificará a esta, ni se ejecutará hasta que pasen cuarenta días después del parto, á no ser que ella misma lo permita expresamente; pero la sentencia de muerte que cause ejecutoria no se le notificará ni se ejecutará nunca hasta que se verifique el parto y pase la cuarentena⁸⁴.

Los aires de la Ilustración llegan a la península con las Cortes de Cádiz de 1812 que aprobaron una unificación de códigos; por ello se creó una Comisión que presentó un proyecto de Código en 1821 y tras el debate correspondiente fue aprobado el 8 de junio de 1822⁸⁵ señalándose su entrada en vigor el primero de enero del 1823⁸⁶, si bien tuvo corta vigencia ya que la

⁸⁴ Según la versión recogida en: http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm[6.02.2013].

⁸⁵ Sobre dicho código y el debate existente entre los especialistas sobre si se aplicó en la práctica o no y los argumentos existentes sobre ello véase por ejemplo: Antón Oneca, [n. 62] 72-74; E. Gacto Fernández, *Temas de Historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación. II*, Sevilla 1981, 39 ss.; E. De Benito Freile, “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, en *Foro, Nueva época* 8 (2008) 41-68 disponible en internet a 21.02.2013: [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=c%C3%B3digo+penal+1822&db=1&td=todo>].

⁸⁶ Una síntesis breve pero muy documentada, bajo el epígrafe de “Consideraciones generales sobre el Código”, se encuentra en A.

invasión de las tropas francesas en abril del mismo año devolvió el poder al Monarca y el nuevo gobierno absolutista anuló la mayor parte de la obra legislativa del gobierno anterior⁸⁷.

La derogación del Código Penal de 1822 prolongó hasta la promulgación del Código Penal de 1848 la legislación penal vigente en el Antiguo Régimen, contenida entre otras normas en los Fueros y Las Siete Partidas, por lo que pese a su anacronismo los textos anteriores brevemente comentados “resucitaron” hasta la promulgación del nuevo Código de 1848⁸⁸.

El pasaje del Código de 1822 es sumamente interesante en cuanto que contiene algunas variaciones respecto de lo que habíamos visto hasta ahora en el tratamiento penal de la suspensión de la condena capital de la mujer embarazada. En el artículo desde mi

Asua Batarrita, *La Reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Bilbao 1982, 17-21 y con mucho más detenimiento: J. Antón Oneca, “Historia del Código Penal de 1822”, en *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales* 18 (1965) 263-278, quien se detiene en los autores del código, las fuentes, los debates, la vigencia y los juicios que mereció. Masferrer Domingo, [n. 60] 45 n 60 añade bibliografía española de los años sesenta y setenta y Baró, [n. 81] 25-29 al margen del propio código también se fija en los proyectos posteriores.

⁸⁷ Vid. al respecto: Gacto Fernández, [n. 85] 47 ss.

⁸⁸ En este sentido: Gacto Fernández, [n. 85] 48-49.

punto de vista se pueden distinguir dos partes; en la primera se establece un principio general: la imposibilidad de notificar o ejecutar, salvo que lo permita expresamente la mujer, la sentencia en la que se imponga pena alguna respecto de la mujer embarazada hasta que hayan transcurrido cuarenta días tras haber dado a luz; considero importante resaltar que el texto en este punto se refiere a todo tipo de pena y no sólo a la condena capital, a la que ya menciona expresamente el artículo en su segunda parte al afirmar que “la sentencia de muerte⁸⁹ que cause ejecutoria no se le notificará ni se ejecutará nunca hasta que se verifique el parto y pase la cuarentena⁹⁰; por consiguiente, da la impresión de que

⁸⁹ García Valdés, [n. 59] 64-65 y Masferrer Domingo, [n. 60] 173-174 subrayan que si bien desde el Antiguo Régimen se venía ejecutando por medio de la horca, una Real Cédula de 24 y 28 de abril de 1828 la sustituyó por el garrote.

⁹⁰ Esta regulación cabe pensar que tal vez tuvo algún tipo de incidencia en la del código de derecho penal brasileño de 1830 que estableció tanto la imposibilidad de juzgar a una mujer embarazada como la de ejecutar la pena de muerte hasta que hubieran transcurrido cuarenta días después del parto (Art. 43. *Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto*) tal como se recoge a 26.02.2013 en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Cuello Calón, [n. 82] 772 n. 3 subraya que en Brasil fue abolida por el art. 141, Parágrafo 31 de la Constitución salvo

incluso si la sentencia a pena de muerte es firme por mucho que la mujer esté dispuesta a conocerla y asumir su ejecución, el legislador establece un principio jurídico inderogable: ni se le va a notificar ni va a ejecutarse la sentencia; primero tendrá que dar a luz, ayudar en la primera fase de vida de la nueva criatura a su asentamiento encargándose de su amamantamiento durante cuarenta días⁹¹ de tal forma que la viabilidad esté asegurada; sólo transcurrido ese periodo (que es una novedad del texto respecto la regulación histórica previa ya que no estaba presente en las disposiciones jurídicas que hemos visto hasta ahora aunque sí en la práctica jurídica según acredita la doctrina⁹²) se

en lo previsto para tiempo de guerra en las leyes militares.

⁹¹ Si bien yo no conozco fueros en los que se estableciera este plazo, Tomas y Valiente, [n. 51] 458 subraya que algunos fueros municipales habían fijado un número de días de aplazamiento después del parto. Cabe pensar que, en consecuencia el redactor del código del 22 tiene en cuenta la habitualidad del plazo y lo incorpora en el artículo.

⁹² Curiosamente tampoco lo va a estar en el artículo correspondiente del Código Penal francés de 1810 [sobre él puede consultarse por ejemplo: A. Masferrer Domingo, "Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa", en *AHDE* 73 (2003) 420 ss.] que establecía el retraso de la ejecución sin fijar plazo alguno: Art. 27: "*Si une femme condamnée à mort se déclare et s'il est vérifié qu'elle est enceinte, elle ne subira la peine qu'après sa délivrance*" a 27 de febrero del 2013 en

procederá tanto a la notificación como a la ejecución de la sentencia.

El texto no da ningún fundamento, no explica el por qué de la disposición, por lo que podríamos considerar que siguen en vigor las razones dadas en las Siete Partidas que casan perfectamente con el individualismo de la doctrina política liberal del momento. Son los derechos individuales los que imponen límites al derecho de castigar del Estado teniendo muy claro que la responsabilidad penal es

http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm. y en el artículo 67 del código napolitano de 1819 que dice lo que sigue: "*Se una donna condannata a morte sia incinta, non soggiacerà alla pena se non dopo il parto*" en *Codice Penale per lo Regno delle due Sicilie. Parte seconda. Legge penali*, 2ª edición oficial, Napoli 1819, 18. La impresión que produce la lectura de estos artículos es que los códigos iluministas recogen la idea de la suspensión de la ejecución hasta después del parto de la embarazada pero no disponen nada respecto del periodo de tiempo que es prudente esperar, hecho que si está presente en el primer código hispano, lo que hace pensar en la incorporación al artículo de una práctica asentada en la sociedad del Antiguo Régimen cuando se dilataba la ejecución de la pena de la mujer embarazada, hecho que en alguna medida queda también confirmado por la información que hemos obtenido de la literatura jurídica del XVI y XVII según la cual lo habitual era mantener con vida a la mujer hasta que se destetara la criatura, en el supuesto de no haber sido posible encontrar a alguna persona que se hiciera cargo de su alimentación.

individual e intransferible a los herederos, por lo que sólo las personas autoras de los delitos tendrán que cumplir con las penas.

2.2.3.2.- El Código Penal de 1848: Artículo 93.

No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle en cinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado 40 días después del alumbramiento⁹³.

La necesidad de crear un nuevo código después de haber derogado el anterior está presente en Fernando VII que pone en marcha una comisión para su redacción; surge así un primer proyecto, al que le siguen otros en 1831 y 1834 hasta que la Comisión General de Codificación de 1843 ya cristaliza en el nuevo código penal de 1848⁹⁴; tras su entrada en vigor,

⁹³ Según la versión recogida a 21.02.2013 en: http://bvpb.mcu.es/es/consulta/resultados_navegacion.cmd?posicion=1&forma=ficha&id=134.

⁹⁴ Véase al respecto: Asua Batarrita, [n. 86] 122 ss.; Gacto Fernández, [n. 85] 50 ss.; Baró, [n. 81] 30-33; Antón Oneca, [n. 62] 74-76 y Masferrer Domingo, [n. 60] 45 n. 64 donde cita la escasa bibliografía existente, a la que se podría añadir aunque yo no haya manejado directamente la obra: E. Iñesta Pastor, *El Código Penal Español de 1848*, Universidad de Alicante, Valencia, 2011. En opinión de Antón Oneca [n. 62] 75 este código destaca por recoger el principio de retribución de las penas si bien no está ausente el de la intimidación general.

de cara a facilitar su aplicación se fueron promulgando una serie de decretos aclaratorios, adiciones y reformas, de tal manera que en 1850 se publicó una edición reformada⁹⁵.

Respecto del texto del código del 22 vemos que el nuevo artículo es menos “garantista”; se omite toda referencia a otras penas que no sean la de muerte, pero respecto de ella se mantiene la regulación que se recogía en la segunda parte del artículo anterior: la pena de muerte⁹⁶ de la mujer embarazada ni se notifica ni se ejecuta hasta transcurridos 40 días después del parto. Ambos textos contemplan la pena de muerte pero, en el supuesto de que la condenada sea una mujer embarazada se establece la imposibilidad de notificar la sentencia y llevar a cabo su ejecución hasta que hubiera transcurrido un periodo de cuarenta días.

⁹⁵ Vid al respecto: Asua Batarrita, [n. 86] 240 ss.; Gacto Fernández, [n. 85] 54-55; Baró, [n. 81] 34-40 y con más detenimiento: R. Núñez Barbero, *La reforma penal de 1870*, Salamanca 1969, 17 ss. así como J. Antón Oneca, “El Código penal de 1870”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 23 (1970) 235 ss.

⁹⁶ Según Masferrer Domingo, [n. 60] 174 en este código se reservó el garrote para la ejecución de los delincuentes comunes y el fusilamiento para los del militar. García Valdés, [n. 59] 66 subraya que este código establece de manera definitiva el garrote,

Vemos que el pasaje, una vez más no dice nada del por qué del mantenimiento del artículo, por lo que, si seguimos a Antón Oneca⁹⁷ que considera al Código al mismo tiempo autoritario y liberal, podríamos suponer que la permanencia de la disposición se debe al interés en salvar el individualismo de las penas, al igual que suponemos se producía en el código de 1822.

2.2.3.3.- El Código Penal de 1870: Artículo 105.

No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento⁹⁸.

La Constitución de 1869, más liberal que las anteriores, obligó a plantearse la reforma del Código Penal para acomodarlo a la nueva situación, creándose una comisión de codificación que presentó a las Cortes el 30 de mayo de 1870 el texto del nuevo Código; tras

⁹⁷ Así lo califica Antón Oneca, [n. 62] 75.

⁹⁸ Según la versión reproducida a 22.02.2013 en: http://sirio.ua.es/libros/BDerecho/codigo_penal/ima0038.htm.

los oportunos debates parlamentarios se promulgó el 30 de agosto del mismo año⁹⁹.

Por lo que se refiere a nuestro tema, vemos que el artículo reproduce en los mismos términos el del código penal anterior por lo que en teoría en este punto, directamente, no se produjo modificación alguna¹⁰⁰. Ahora bien, los especialistas¹⁰¹ destacan que si bien es el último de los códigos que establece la ejecución de la pena capital con publicidad, en fiestas señaladas, con solemnidad y en lugares públicos, reduce el número de delitos con ella sancionados; además, en ningún caso se imponía la pena capital como pena única sino

⁹⁹ Para Gacto Fernández, [n. 85] 56 los 626 artículos divididos en tres libros no supusieron desde el punto de vista técnico avance; Núñez Barbero, [n. 95] 57 ss. destaca el carácter más humanitario y benigno de la reforma que la precedente por hacer desaparecer prácticamente la cadena perpetua; Antón Oneca, [n. 62] 77 señala que las modificaciones de carácter técnico respecto del código anterior fueron escasas y que recogió como elemento fundamental el correccionalismo; Masferrer Domingo, [n. 60] 46 con la bibliografía de las notas 66 y 67 donde cita tanto los artículos como la monografía existente sobre dicho código.

¹⁰⁰ Tampoco según Masferrer Domingo, [n. 60] 174 este código introdujo reformas respecto de las formas de ejecución del código de 1848.

¹⁰¹ Vid.: García Valdés, [n. 59] 68 -69; Gacto Fernández, [n. 85] 57 y Núñez Barbero, [n. 95] 55 y 61.

acompañada de la privación de libertad, por lo que cabía la posibilidad de que no fuera aplicada.

2.2.3.4.- El Código Penal de 1928: Art. 170.

La pena de muerte se ejecutará en la forma y términos que dispongan los reglamentos que se dicten al efecto. No se ejecutará en mujer que se halle encinta ni se notificará a esta la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado 40 días después del alumbramiento¹⁰²

Tras la publicación de la Constitución de 1876 el código y la ley fundamental no armonizaban, por lo que fueron surgiendo proyectos varios¹⁰³. El 12 de marzo de 1926 se ordenó presentar antes de seis meses una nueva edición del Código Penal; en verano de 1927 se terminó un proyecto muy amplio (1074 artículos ordenados según el plan de los códigos anteriores) y muy criticado por aumentar el número de agravantes y reprimir los delitos políticos con mucha dureza; se promulgo el 8 de septiembre de 1928 y entró en vigor

¹⁰² Según la versión obtenida a 21.02.2013 en: www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1928/257/A01450-01526.pdf.

¹⁰³ Antón Oneca,[n. 62] 78 cita los de Silvela (1884), los del Código Penal de la Marina de guerra (1888) y el de Marruecos (1914) como previos al reto que asumió el general Primo de Rivera de acometer la empresa del nuevo Código.

el 1 de enero de 1929 con una extensión de 858 artículos¹⁰⁴.

El precepto que nos interesa (ubicado en las disposiciones especiales del capítulo dedicado a la ejecución y cumplimiento de la pena) comienza afirmando la necesidad de ejecutar la pena de muerte en la forma y términos establecidos al efecto por los diversos reglamentos, y sólo después reproduce lo establecido en el código penal de 1870 que como bien sabemos prohibía tanto la notificación como la ejecución de la pena capital de la mujer encinta hasta transcurrido el periodo de cuarenta días después del alumbramiento.

Es la primera vez que en la legislación existente sobre la suspensión de la ejecución de la pena capital aparece la referencia a los Reglamentos, referencia que no desaparecerá de la regulación de todos los códigos del siglo XX. Y esta mención es perfectamente lógica si tenemos en cuenta que sólo en 1900 se estableció la ejecución en el interior de las prisiones suprimiendo la publicidad que había acompañado históricamente hasta entonces a la materialización de la pena capital¹⁰⁵; ello

¹⁰⁴ Vid al respecto: Gacto Fernández, [n. 85] 61-62 y Antón Oneca, [n. 62] 79-80.

¹⁰⁵ Vid. Barbero Santos, [n. 59] 76 y Masferrer Domingo, [n. 60] 178. El primero de los autores destaca que como consecuencia de la ejecución en Murcia de Josefa Gómez “La Perla”, la campaña llevada a cabo por el doctor Pulido es la que pone fin a

significa la necesidad de regular las formas de ejecución en los diversos Reglamentos de Prisiones, por lo que en alguna medida es natural su mención; pero, dejando de lado este aspecto, el artículo repite literalmente lo establecido en el artículo 93 del Código Penal de 1848.

2.2.3.5.- El Código Penal de 1932.

Como consecuencia de la II República Española se estableció la necesidad de adaptar el Código Penal de 1870, cuya vigencia se restableció, fruto de lo cual se produjo la promulgación en diciembre de 1932 del nuevo Código Penal¹⁰⁶ en el cual, conforme a las nuevas directrices constitucionales se suspendió la pena de muerte¹⁰⁷; con base en la disposición transitoria tercera, cuando se hubieran de aplicar leyes penales especiales por la jurisdicción ordinaria, se entendería sustituida la pena de muerte por la de reclusión mayor en su grado máximo. Por lo tanto, es perfectamente entendible la

la ejecución pública a partir del 9 de abril de 1900. García Valdés, [n. 59] 66-67 reproduce textualmente los artículos 102 a 104 de dicho texto jurídico donde se reconduce la ejecución a la prisión, especificando las personas que pueden asistir y la forma de llevar a cabo el entierro.

¹⁰⁶ Sobre él vid. Antón Oneca, [n. 62] 80-81.

¹⁰⁷ Vid. Gacto Fernández, [n. 85] 63; Antón Oneca, [n. 62] 81 y Masferrer Domingo, [n. 60] 174 subrayan que se introdujo sólo para determinados delitos de terrorismo y bandolerismo por ley de 11 de octubre de 1934.

omisión a cualquier referencia a la suspensión de la ejecución de la pena capital de la mujer embarazada.

2. 2.3.6.-El Código Penal de 1944: Artículo 83.

La pena de muerte se ejecutará en la forma determinada por los Reglamentos. No se ejecutará esta pena en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento.

Tuvieron que pasar algunos años tras la contienda civil –en los que la sociedad se rigió por numerosas leyes especiales-- para que la ley de las Cortes de 19 de julio 1944 autorizará al gobierno franquista el que efectuara las reformas necesarias en materia penal; como consecuencia de ello un decreto de 23 de diciembre de 1944 aprobó y promulgó un Código Penal refundido que empezó a regir el 3 de febrero de 1945¹⁰⁸.

Por lo que se refiere a nuestro tema, en la sección segunda que trataba del cumplimiento de las penas se introdujo de nuevo la condena capital, por lo que volvemos a encontrar una mención a su suspensión si la afectada es una mujer embarazada. El artículo 83 del código no varía a nivel de contenido del 170 del código

¹⁰⁸ Vid. al respecto: Gacto Fernández, [n. 85] 64-65.

de 1928, ya que en primer lugar reconduce a los reglamentos existentes al efecto la forma de materializar la pena de muerte; tras efectuar la afirmación general según la cual la pena se debía de ejecutar conforme a los reglamentos, se vuelve a repetir lo que ya sabemos: ni se notificará ni se ejecutará la pena capital de la mujer embarazada hasta transcurridos cuarenta días tras el alumbramiento.

2.2.3.7.- El Código Penal de 1963: Artículo 83.

La pena de muerte se ejecutará en la forma determinada por los Reglamentos. No se ejecutara esta pena en a en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento.

Este artículo inserto en la sección segunda dedicada al cumplimiento de las penas, está redactado exactamente igual que en código de 1944. Según Cuello Calón y Quintano¹⁰⁹ la pena se ejecutaba mediante garrote recogándose las disposiciones referentes a ello en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, concretamente en los artículos 43 a 46.

¹⁰⁹ Cuello Calón, [n. 82] 775 y A. Quintano Ripollés, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Madrid 1966, 400.

Finalmente es en el artículo 15¹¹⁰ de la constitución española de 1978 donde se pone fin a la pena de muerte con carácter general pero dejando en vigor la misma en las leyes penales militares en tiempos de guerra. La abolición, que tiene rango constitucional, se asienta en el rechazo en la sociedad y en el legislador de penas crueles e inhumanas y por no cumplir ya la finalidad de ejemplaridad y defensa de la sociedad que se le había atribuido¹¹¹.

Y por lo que se refiere al tema que nos ocupa (la razón o razones que pudieron llevar al legislador codificador de los siglos XIX y XX a establecer esta suspensión en la ejecución de la pena de muerte de la

¹¹⁰ “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”. La disposición recogida en el Código penal militar de 1985 que permitía la pena de muerte en tiempos de guerra (art. 24/1) se suprimió por una disposición de 20 de noviembre de 1995, por lo que, en verdad, sólo a partir de este momento la pena de muerte quedó abolida en nuestro ordenamiento jurídico.

¹¹¹ Vid. el comentario a este artículo que lleva a cabo G. Rodríguez Mourullo, “Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”, en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal*. Tomo I. *Derecho Penal y Constitución*, Madrid 1982, 61-95.

mujer embarazada) la respuesta no se menciona para nada en los textos jurídicos. Salvo el breve paréntesis de la República, de la mano del Código de 1932 el artículo en cuestión está presente en todos los códigos penales de los siglos XIX Y XX, fueran éstos promulgados por autoridades políticas conservadoras o liberales; al regular la ejecución de la pena capital, en lo que hoy en día denominaríamos el derecho penitenciario, es cuando se introduce la previsión legal de suspender dicha ejecución o de no comunicar la sentencia a pena de muerte a la mujer condenada; da la impresión de que el legislador no trataba de proteger la vida de la madre movido por motivos humanitarios sino la de su descendencia que, con base en la responsabilidad individual del delito, no tenía por qué sufrir las consecuencias de los *delicta* cometidos por sus mayores: sólo las personas autoras tendrían que cumplir con las penas. Son los derechos individuales los que imponen límites al derecho de castigar del Estado pero cabe pensar que la idea de prevención general y ejemplaridad –sobre todo en aquellos momentos históricos en que las ejecuciones públicas están presentes: todo el siglo XIX-- son las que tiene presente el legislador autor de los citados códigos para seguir manteniendo la regulación.

3.-A modo de síntesis.

1.- A lo largo de las páginas previas se ha puesto de manifiesto la existencia de una excepción referida a la suspensión de la ejecución de la condena capital de la mujer embarazada, excepción que todavía está vigente en algunos de los ordenamientos jurídicos que mantienen la pena capital.

2.- Esta excepción ya estuvo prevista en época romana y se aplicó a todo tipo de mujeres libres o esclavas; tras ser recibida en la primera fase del derecho visigodo se tiene que esperar a la Baja Edad-Media para su “reaparición” en el derecho histórico castellano-leonés. En la Edad Moderna, los escritos de los juristas de la época demuestran que estamos ante una disposición aplicada usualmente en los casos en los que se produce la condena a muerte de la mujer embarazada, de la misma manera que permaneció en el articulado de los códigos del XIX y XX (con la excepción del Código Penal de 1932 de la IIª República) y sólo ha desaparecido en la España democrática a partir de la Constitución de 1978.

3.- Los textos jurídicos usualmente no exponen el fundamento de la disposición; ahora bien, su permanencia a lo largo de tantos siglos de historia con condiciones político-sociales tan diversas, conduce a suponer que pudieron ser diversas las razones.

a.- Desde mi punto de vista, en la regulación romana fueron determinantes para entender el por qué

de esta disposición a.- de un lado los intereses del Estado en favorecer el nacimiento de nuevo/as ciudadano/as; b.- de otro los del *pater familias* en tener descendencia a la que transmitir el nombre y el patrimonio; c.- sin dejar de lado los intereses del *dominus* en ver aumentado su patrimonio al nacer un esclavo si la madre embarazada tenía dicha condición.

b.- En la regulación histórica de la Baja Edad Media castellano leonesa, si tenemos en cuenta lo establecido en Las Partidas, cabe pensar que la razón determinante que el legislador alfonsino tuvo presente a la hora de fundamentar el por qué de la suspensión de la pena capital de la mujer embarazada no fueron tanto razones humanitarias sino el principio de intransmisibilidad de la condena penal a los descendientes, en esto caso al *nasciturus* que es concebido como sujeto de derecho al que los delitos cometidos por sus mayores no pueden perjudicar por lo que habrá que esperar a su nacimiento para conocer de su causa y ejecutar la condena; en síntesis, se recoge el principio retributivo de la pena, concebida como una retribución individual que la mujer merece por el comportamiento delictivo; pero como la materialización de la condena se caracteriza en estos momentos históricos por su publicidad cabe pensar que un cierto carácter preventivo también subyacía en la mente del legislador al establecer la pena capital.

c.- La doctrina de los juristas del Antiguo Régimen consultada (Gregorio López, Antonio Gómez, Hevia Bolaños y Villadiego Vascuñana y Montoya) sigue argumentando con el principio de que la responsabilidad penal es individual e intransferible a los herederos y, en consecuencia, sólo las personas autoras de los delitos tendrían que cumplir con las penas, reproduciendo tanto la visión retributiva como la preventiva de la pena.

d.- Las diversas codificaciones de los siglos XIX y XX que regulan con ligerísimas variantes el supuesto no explican el por qué de la disposición, por lo que podríamos considerar que siguieron en vigor las razones dadas en las Siete Partidas que casaban perfectamente con el individualismo de la doctrina política liberal de algunos momentos históricos. Son los derechos individuales los que imponen límites al derecho de castigar del Estado teniendo muy claro que la responsabilidad penal es individual e intransferible a los herederos, por lo que sólo las personas autoras de los delitos tendrán que cumplir con las penas; pero junto con la idea de la retribución ya presente en las Partidas probablemente también las ideas de prevención general y ejemplaridad son las que tiene presente el legislador de los siglos XIX y XX para seguir manteniendo la regulación.

e.- La abolición, que tiene ahora rango constitucional, se fundamenta en el rechazo por parte del constituyente y de la opinión pública española de penas crueles e inhumanas, penas incompatibles con los fundamentos de una sociedad democrática y que ya no resultan las más adecuadas para cumplir los fines de prevención, retribución, ejemplaridad y defensa de la sociedad que históricamente se les habían atribuido.