



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 03/07/2024	Fecha de aceptación: 07/08/2024
Palabras clave: <i>stuprum; vis; coacción; la Manada; moral; libertad personal; vis grata puellis; Ovid; consentir.</i>	Keywords: <i>stuprum; vis; coacción; la Manada; moral; libertad personal; vis grata puellis; Ovidio; consentir.</i>



VIS GRATA PUELLIS: PERSISTENCIA ACTUAL DE UN ANTIGUO ESTEREOTIPO (BREVE HISTORIA DE LA VIOLENCIA SEXUAL DESDE OVIDIO A “LA MANADA”)

VIS GRATA PUELLIS: CURRENT PERSISTENCE OF AN OLD STEREOTYPE (BRIEF HISTORY OF SEXUAL VIOLENCE FROM OVID TO “LA MANADA”)

Fausto Giumetti

Prof. Acreditado a Catedrático de Derecho Romano y Derecho de la Antigüedad.

Universidad de Nápoles “Federico II”

<https://orcid.org/0009-0005-0875-8734>

(GIUMETTI, Fausto. *Vis grata puellis: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual desde Ovidio a “La manada”).* RIDROM [on line]. 33-2024. ISSN 1989-1970. pp. 230-269. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

El artículo pretende investigar, en primer lugar, el origen del delito de violencia sexual tal y como está codificado hoy en Europa y fuera de ella, partiendo de la figura del *stuprum cum vim* surgida en el derecho romano clásico. En segundo lugar, se pone de relieve la persistencia de estereotipos antiguos en la jurisprudencia italiana, en particular el uso del principio de *vis grata puellis*. Se plantean aquí los problemas de una nueva formulación del artículo 609 bis del Código Penal italiano.

Abstract:

The paper aims to investigate the origin of the crime of sexual violence as it is codified today in Europe and beyond, starting from the figure of *stuprum cum vi* that arose in classical Roman law. The second part of the work focuses on the persistence of ancient stereotypes in Italian jurisprudence, especially in the use of the principle of *vis grata puellis*. The work attempts to address the problem of a new formulation of article 609 bis of the Italian penal code.

SUMARIO: 1. Perspectivas de investigación. - 2. *Stuprum cum vi* y coacción violenta: el caso de “*la Manada*”. - 3. El bien jurídico protegido: de la moral a la libertad personal. - 4. La *puella* vacilante de Ovidio.

1. PERSPECTIVAS DE INVESTIGACIÓN

Bucear en las profundidades de la historia en el análisis del delito de violencia sexual es importante al menos por dos razones: significa tener en cuenta las sugerencias de la criminología moderna, que insiste en el vínculo indisoluble entre cultura, moral y derecho, que se manifiesta en este *crimen* en grado sumo¹; sólo la perspectiva histórica hace que el observador sea plenamente consciente del hecho de que la violación no ha tenido un significado constante a lo

* Acompañado de las notas esenciales, este es el esquema de la ponencia presentada el 2 de noviembre de 2023 en el *XIII Seminario Internacional de Derecho Romano “Instituciones y Solución Jurídica de Conflictos”* organizado en la *Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo* de la *Universidad de Vigo* por la Profesora Margarita Fuenteseca Degeneffe. El tema tratado aquí forma parte del proyecto de investigación (PRIN 2017-2023) “*Visioni criminali dall'antico: crimini e pene nello specchio della letteratura tra esperienze e deformazioni*” dirigido por la Profesora Carla Masi Doria, *Principal Investigator* del proyecto. Por la sugerencia para profundizar la huella de Ovidio en la jurisprudencia contemporánea, me gustaría dar las gracias al Profesor Cosimo Cascione, que tan generosamente pone a disposición sus profundos conocimientos jurídicos e históricos.

¹ De esta opinión G. PONTI, I. MERZAGORA, *Sessualità, cultura e delitto*, en G. CANEPA, M. LAGAZZI (Coord.), *I delitti sessuali*, Padova, 1988, págs. 32 s.; J.J. FISCHER, *Screw Consent. A Better Politics of Sexual Justice*, Oakland, 2019.

largo de los siglos y, de hecho, en la *lex Iulia de adulteriis coercendis*² deseada por Augusto, se confundía el *stuprum*³ con el *adulterium*⁴:

² El texto de la *lex Iulia de adulteriis coercendis* se reconstruye circunstancialmente a través de fuentes literarias y jurídicas, que son las siguientes: Hor., *carm.* 3.6.17-36, 45-48; 3.24.17-36; 4.5.15-24; Ov., *am.* 3.4.1-12, 25-48; Liv., *praef.*; Flor., *epit.* 2.34; Suet., *Tib.* 35; Tac., *ann.* 2.85; 3.25; Cass Dio. 54.16.1-7. La ley - descrita por Theodor Mommsen como «einer der eingreifendsten und dauerndsten strafrechtlichen Neuschöpfungen welche die Geschichte kennt» (TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pág. 691) - fue llevada al *concilium plebis* para su aprobación por el propio Augusto, según D. 48.5.1 (Ulp. 1 *de adult.*): *Haec lex lata est a divo Augusto*. Sobre cuándo tuvo lugar este hecho, probablemente entre el 18 y el 17 a.C., existe incertidumbre en la doctrina: vid. P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990, págs. 223 s.; S. M. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991, págs. 263-319; G. RIZZELLI, *La lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997, pág. 10; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La data della lex Iulia de adulteriis*, en *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, págs. 79-96; ID., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 2010³, pág. 34; P. BUONGIORNO, *Storia di un dialogo. La data della lex Iulia de adulteriis*, en P. BUONGIORNO, S. LOHSSE (Coord.), *Fontes Iuris. Actas de la VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten. Lecce, 30-31 de marzo de 2012*, Napoli, 2013, págs. 274-290.

³ Las fuentes literarias demuestran que el lema *stuprum* adquirió muy gradualmente un significado de matiz sexual, diferenciándose de otros términos lingüísticos, como *turpitudō* y *probrum*, con los que originalmente compartía un significado genérico de censura social. Demuestran, a finales del siglo III a.C., tal emancipación semántica unos versos del *Bellum Poenicum* de Gneo Nevio, en los que se lee: Naev., fr. 46-47: 46. *seseque ei perire mavolunt ibidem / quam cum stuprum redire ad suos populares*; 47. *sin illos deserant fortissimos viros / magnum stuprum populo fieri per gentis*. En la doctrina, estos dos pares de versos han sido cuidadosamente investigados, en particular en lo que se refiere al uso de la palabra *stuprum* y a su contextualización en el ámbito de los valores, donde el término connota modelos de comportamiento repugnantes para la conciencia cívica, por ejemplo el del soldado cobarde que abandona el campo de batalla (vid. M. BARCHIESI, *Nevio epico*, Padova, 1962, págs. 446-450; E. FLORES, *Latinità arcaica e produzione linguistica*, Napoli, 1978, págs. 46-60. En palabras de *Nevius*, también serían culpables de *stuprum*, por un lado, los soldados que habían sido entregados al enemigo y redimidos por éste y, por otro, el *populus* (esta vez, sin embargo, investido por un *stuprum magnum*) que había optado por abandonar a su suerte a sus conciudadanos en lugar de intervenir mediante una intervención bélica decisiva. Los cuatro versos nos

D. 48.5.6.1 (Pap. 1 de adult.): *Lex stuprum et adulterium promiscue et καταχρηστικώτερον appellat. Sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod graeci φθοράν appellant;*

son dados en la entrada *stuprum* por Festo como epitomizador de Verrio Flaco, y éste los habría extraído, a su vez, de un ejemplar del *Bellum Poenicum* anterior a la división de la obra en libros realizada, según el uso típico de la filología alejandrina, por Octavio Lampadión en la segunda mitad del siglo II a.C.: Fest., *Stuprum* (418, 8 ss. ed. Lindsay): *Stuprum pro turpitudine antiquos dixisse apparet in Nelei carmine 'foede stupreque castigor cotidie'. Et in Appi sententis: 'qui animi conpotem esse, nequid fraudis stuprique ferocia pariat'*.

- ⁴ Entre los autores republicanos y augústeos ya se habían extraído elementos que permitían un uso diferenciado de *stuprum* y *adulterium*, como demuestra G. RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*' nella cultura augustea e la '*lex Iulia de adulteriis*' (Pap. 1 adult. D. 48, 5, 6, 1 e Mod. 9 diff. D. 50, 16, 101 pr.), in *BIDR*, XXIX, 1987, pág. 360. Una cierta confusión entre la identificación exacta de los dos delitos no es sorprendente debido a la desordenada organización matrimonial impuesta por el *princeps* que reprimía casos completamente heterogéneos que iban del *stuprum* consensual a la infidelidad femenina (*adulterium*), del *incestum* al *lenocinium*. Sobre el *incestum* vid. A. GUARINO, *Studi sull'incestum*, en *ZSS*, 63, 1943, págs. 175 ss. (= ID., *Pagine di Diritto Romano*, VII, Napoli, 1995, págs. 185 ss. [de donde citamos]); contra G. RIZZELLI, *La lex Iulia de adulteriis*, op. cit., págs. 244 ss.; U. BRASIELLO, *Incesto. Diritto romano*, en *NNDI*, VIII, Torino, 1962, págs. 499 ss. quien considera que la ley habría previsto ciertas hipótesis de incesto en la medida en que constituían violación, mientras que las otras hipótesis habrían sido reprimidas *extra ordinem*. Sobre la distinción entre *incestum cum adulterio* o *cum vi* y la del *illicitum matrimonium* vid. A.D. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, en *Annali dell'Università di Ferrara*, n.s., Sezione V, Scienze giuridiche, I, 1987, págs. 11-28. En cuanto al lenocinio, vid. G. RIZZELLI, *La lex Iulia de adulteriis*, op. cit., págs. 218 ss.; sobre la configurabilidad del *lenocinium* en relación con un posible perdón del marido respecto de la aventura adúltera, vid. R. LAMBERTINI, *Poteva il marito perdonare la moglie adultera nel diritto romano tardoantico?*, en *KOINΩNIA*, 43, 2019, págs. 592 ss.; A. TORRENT, [Derecho penal matrimonial romano y poena capitis en la represión del adulterium](#), en *RIDROM*, 17, 2016, págs. 238-301; A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, [La mujer en las constituciones de Constantino recogidas en el Código de Justiniano](#), en *RIDROM*, 30, 2023, págs. 133-159.

D. 50.16.101 pr. (Mod. 9 diff.): *Inter "stuprum" et "adulterium" hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur.*

La violación violenta parece haber germinado históricamente a partir de la figura de la violación simple, realizada a través del acceso carnal con mujeres núbiles y revestidas de honorable condición social.

Y en efecto, sucedió en el año 740 d.C. que la violencia sexual se configuró como un delito autónomo a través de la Égloga de León Isaurio y Constantino Coprónimo⁵.

Contrariamente a la variabilidad conceptual asumida a lo largo del tiempo por la palabra *stuprum*, el uso instrumental de la represión penal en el contexto de la política social ha sido una constante en la historia jurídica, y esto, con el objetivo de regular la sexualidad

⁵ Ekl. 17.30. Ὁ βιαζόμενος κόρην καὶ φθείρων αὐτὴν ῥινοκοπέισθω; cfr. B. SINOLOWITZ, *Studien zum Strafrecht der Ekloge*, Athinai, 1956, pág. 93; D. DALLA, "Ubi Venus mutatur". *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano, 1987, págs. 209 s.; F. LUCREZI, *La violenzasessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio" II*, Torino, 2004, pág. 12 y nt. 40; F. BOTTA, "Per vim inferre". *Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, 2004, págs. 21-80; ID., 'Stuprum per vim illatum'. *Violenza e crimini sessuali nel diritto del terzo secolo d.C.*, in F. BOTTA, F. LUCREZI, G. RIZZELLI, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce, 2003², págs.85-147.

femenina dentro de una subdivisión familiar rígidamente codificada⁶.

Mi trabajo, como en *El jardín de senderos que se bifurcan*, de Jorge Luis Borges⁷, tomará dos direcciones: en la primera, destacaré cómo la estructura del delito de violencia sexual, que gira en torno a la violencia y la amenaza en muchos países de la Unión Europea, encuentra hoy núcleos ideológicos referibles al *stuprum cum vi* del derecho romano; en la segunda, analizaré la insistencia en la jurisprudencia italiana y europea actual de los estereotipos resistentes que hunden sus raíces en la cultura clásica y a cuya resistencia contribuye una capacidad ontológica de adaptación a las diferentes instancias sociales y culturales de las distintas épocas, como si fueran, por recordar a Fernand Braudel, “*prisons de longue durée*” del pensamiento jurídico⁸.

Se desarrollará una historia interminable, salpicada de imágenes fuera del tiempo.

⁶ Vid. M. GRAZIOSI, *Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 33, 1993, págs. 2 ss. y 99 ss.

⁷ Vid. J.L. BORGES, *Finzioni*, Milano, 2003, págs. 77-89; sobre la poética de vid. D. BALDERSTON, *Los marginal es lo más bello. Borges en sus manuscritos*, Buenos Aires, 2022, *passim*.

⁸ Vid. F. BRAUDEL, *Storia e scienze sociali. La “lunga durata”*, in F. BRAUDEL (Coord.), *La storia e le altre scienze sociali. Antologia degli “Annales”*, Roma-Bari, 1982, pág. 162.

En particular, será objeto de estudio, en profundidad, la fortuna de que ha gozado a lo largo de los siglos, la expresión *vis grata puellis* descrita por Ovidio en *Ars amatoria*, que es una de esas citas eruditas que los juristas de finales del siglo XIX en adelante empezaron a utilizar instrumentalmente para proteger valores percibidos como tradicionales⁹.

2. STUPRUM CUM VI Y COACCIÓN VIOLENTA: EL CASO DE “LA MANADA”

El *stuprum per vim illatum*¹⁰ era el crimen que tenía lugar en la relación sexual impuesta por *vis*¹¹ a un sujeto pasivo¹² hacia otro

⁹ G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, 1999, págs. 283 s.

¹⁰ F. BOTTA, “*Per vim inferre*”, op. cit., págs. 21-80; ID., “*Stuprum*”, op. cit., págs. 87-157; Sobre la distinción entre *delicta privata* y *crimina publica* y la normativa sancionadora pertinente M. FUENTESECA DEGENEFFE, *Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito* (Altea-Alicante, 2004), en *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. 10, 2021 (*Derecho penal romano / coord. por Paula Domínguez Tristán, Patricia Panero Oria*), págs. 595-618.

¹¹ Vid. M. BALZARINI, *Violenza (Diritto romano)*, en *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, págs. 830-843, espec. pág. 840: «[I]o stupro violento, operato su chicchessia («*vel mari vel foeminae*», «*puerum vel foeminam vel quemquam*»), viene indicato quale ipotesi di *vis publica* in due brani del Digesto, ma in entrambi (D. 48,5,30 (29), 9 e D. 48,6,3,4) senza uno specifico richiamo al testo legislativo, e lasciandosi anzi intravedere l’opera di una successiva estensione («*cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est*» nel primo caso e «*praeterea punitur huius legis poena*» nel secondo)». Por lo tanto, según Marco Balzarini, parece aceptable la opinión de quienes creen que la legislación juliana no habría contemplado el caso de la violación violenta. En el mismo sentido véase G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, 1961, pág. 778 y nt. 144; contra G. LONGO, *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto. Diritto*

sujeto actuante. Era un *crimen* probablemente de matriz jurisprudencial dada la ausencia de huellas en la legislación

civile e diritto romano, III, Padova, 1970, págs. 493 s.; M. MOLÈ, *Stuprum*, en *NNDI*, XVIII, Torino, 1971, págs. 583 s. nt. 14. La bipartición entre *vis publica* y *vis privada* es recordada por D. 48.6 y D. 48.7, la distinción en la que se basa esencialmente esta distinción corresponde a la presencia o ausencia de armas en el ejercicio injusto de la fuerza, véase, *ex aliis*, D. 50.17.152; C. 9.12; I. 4.18.8. En efecto, la *vis publica* se distingue de la *vis privata*, atribuyendo a la primera la cualidad de *vis armata*, porque se realizacum *armis*, mientras que la segunda se califica, según transpone la ley intermedia, como «*vis sine armis, quae proprie pertinet ad privatos*»: A. BONIFAZI, *Institutiones criminales*, Venetiis, 1768, lb. 2, tit. 6, núm. 2. En doctrina G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale. A proposito della lex Iulia de vi publica*, Torino, 1939, *passim*; W. VITZTHUM, *Untersuchungen zum materiellen Inhalt der Lex Plautia' und Lex Iulia de vi'*, München, 1966, *passim*; G. COSSA, *Attorno ad alcune aspetti della lex Iulia de vi publica et privata*, en *SDHI*, LXXIV, 2008, págs. 209 ss.; con referencia a la protección de los *cives* y la lucha contra el ejercicio de la violencia entre particulares, vid. C. BRÉLAZ, *Lutter contre la violence à Rome: institutions étatiques et tâche privées*, en C. WOLFF (Coord.), *Les Exclus dans l'Antiquité. Actes du colloque organisé à Lyon les 23-24 septembre 2004*, París, 2007, págs. 219 ss.; F. REDUZZI, *Il concetto di vis tra diritto privato e repressione criminale*, en *Anales de historia antigua, medieval y moderna*, 55.2, 2021, págs. 39 ss.; C. PENNACCHIO, *Lex Cornelia de sicariis et venefici(i)s. Per una storia dell'impatto della violenza sull'opinione pubblica. I. Contesto storico, personaggi, norma e parole chiave*, Torino, 2023, págs. 93 ss. En particular, sobre la violencia contra las mujeres R. RODRÍGUEZ, *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Madrid 2018; A. VALMAÑA, *recensión a Rosalía Rodríguez, La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Dykinson, Madrid, 2018, en *RIDROM*, 23, 2019, pp. 447-453.

- ¹² Entendiendo como tal la persona perjudicada por el crimen que se distingue del portador del interés lesionado (la persona que ejerce potestas sobre la mujer *alieni iuris*), en esto sigo a F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, Cagliari, 1996, pág. 406: «soggetto passivo del *crimen* (l'*is ad quem res pertinet*, il danneggiato, colui che subisce le conseguenze del danno immediato causato dal terzo) e soggetto offeso dal *crimen* (colui che agisce *morte propinquorum* o *suorum iniuria* e cioè portatore di un interesse lesa dal reato ma non titolare del bene giuridico immediatamente offeso»; por última, M. PADOVAN, *Il soggetto passivo*, en L. GAROFALO (coord.), *Diritto Penale Romano. Fondamenti e Prospettive. I. Le discipline generali I*, Napoli, 2022, págs. 279-320.

represiva de la *vis* (la *lex Plautia de vi*¹³ y la *lex Iulia de vi publica et privata* no hablan de ello) y en la relativa al *stuprum*, de hecho, no hay rastro expreso en la *lex Iulia de adulteriis coercendis*¹⁴.

El *stuprum* descrito por las fuentes es, en efecto, el consensual:

D. 48.5.35 pr.-1 (Mod. 1 regul.). *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina. [1] Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur.*

El *stuprum* consensual tenía lugar en la unión homoerótica con un *puer*¹⁵ y en la unión entre un hombre, soltero o casado, con una mujer soltera; precisamente, la conducta sólo era penalmente relevante si la mujer pertenecía a una de las siguientes categorías:

¹³ C. RENDA, *La «Lex Plautia de vi»: problemi e ipotesi di ricerca*, in *Index* 36, 2008, págs. 473-487.

¹⁴ Cabe recordar que gran parte de los delitos relacionados con la esfera sexual anteriores a la legislación augústea fueron objeto de represión en virtud del *iudicium domesticum*, vid. KUNKEL W., *Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS*, 83, 1966, pp. 219-251; M.J. BRAVO BOSH, *El iudicium domesticum*, en *Revista General de Derecho Romano*, 17, 2011, págs. 1-30

¹⁵ Vid. D. DALLA, *Ubi Venus*, op. cit., págs. 82 ss.; G. RIZZELLI, *La Lex Iulia de adulteriis*, op. cit., págs. 171 ss.; M. MIGLIARESI, *Note sulla lex Scantinia: legge comiziale?*, in *Iura*, 55, 2004, págs. 4-32; C. DE CRISTOFARO, *Inpudicus. Il diritto romano di fronte al prisma della sessualità maschile dalle origini al principato*, Napoli, 2022, *passim*.

virgines o *viduae ingenuae et honestae*, todas ellas titulares de una condición subjetiva caracterizada por la *honestas*¹⁶.

Se trataba de un *crimen commune* caracterizado en su morfología por la coparticipación de sujetos que actuaban *cum dolo*¹⁷. Por tanto, quedaban excluidos del delito los siguientes supuestos: la unión sexual con una mujer casada, ya que constituía *adulterium*; la conducta culposa¹⁸; la relación carnal que tenía lugar contra la

¹⁶ Vid. R. FIORI, *Materfamilias*, in *BIDR*, 96-97, 1996, pág. 480.

¹⁷ D. 48.5.13(12) (Ulp. 1 *de adult.*): *Haec verba legis 'ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo' et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent*. Tanto es así que del pasaje de Ulpiano aceptado en D. 48.5.13[12] se infiere lógicamente que la mujer violada está por esa misma razón exenta *dedolus*: «Il che trova conferma in un altro passo, sempre di Ulpiano (2 *de adult.*, D. 48.5.14[13].7), che pur tormentatissimo e investito da una selva di sospetti, è perspicuo e inattaccabile nella chiusa: *ceterum quae vin patitur, non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur*»: R. LAMBERTINI, «*Stuprum*» *violento e ratto*, in *Index*, 36, 2008, pág. 507; sobre el elemento intencional de la conducta vid. E. VOLTERRA, *Intorno a D. 48.5.44 (43)*, en *Studi in onore di Biondo Biondi*, Milano, 1965, págs. 128 ss. [= ID., *Scritti Giuridici*, II, Napoli, 1991, págs. 521-535]. Según M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, págs. 244 ss., una persona que hubiera obtenido el consentimiento de la otra parte, así como un autor de violación o adulterio, se consideraría culpable de violación. Según R. LAMBERTINI, «*Stuprum*» *violento*, op. cit., pág. 507: «[L]a bilateralità fisiologica e fenomenologica intrinseca al rapporto sessuale finisce in certo modo con il riverberarsi sulla 'bilateralità' del reato stesso, che non vede nelle due *dramatis personae* un delinquente e una vittima – come, per intenderci, nel caso di Tizio che pugnala Caio –, bensì due coautori su un medesimo piano».

¹⁸ Vid. C. 9.9.18.1 (*Impp. Valerianus et Gallienus AA. et C. Theod.*): *Eum qui duas simul habuit uxores sine dubitatione comitatur infamia. in ea namque re non iuris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitatur*. [1] *Verumtamen ei, qui te ficto caelibatu, cum aliam matrem familias in provincia reliquisset, sollicitavit ad nuptias, crimen etiam stupri, a quo turemota es, quod uxorem te esse credebas, ab accusatore legitimo sollemniter inferetur*. *Accepta id. Mai. Antiochiae Tusco et Basso cons.* [a. 258]; o la de los clientes de una posada: C. 9.9.28 (*Imp. Constantinus A. Africano*): *Quae*

voluntad del sujeto pasivo, ya que la vis asociada al *stuprum* era un factor discriminatorio que excluía a la mujer *quae vim patitur* de la *societas criminis*, como escribió Ulpiano:

D. 48.5.14(13).7 (Ulp. 2 *de adult.*). *ceterum quae vim patitur, non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur.*

Aunque es indudable que por primera vez la ley se fija en la mujer víctima de violencia sexual y en su consentimiento, lo hace, según las fuentes, sólo con el fin de establecer su complicidad o ajenidad a un acto delictivo, especialmente en casos controvertidos como el de la mujer que denunció inmediatamente los hechos a su marido:

D. 48.5.40(39)pr. (Pap. 25 *resp.*)¹⁹. *Vim passam mulierem sententia praesidis provinciae continebatur: in legem Iuliam de adulteriis non*

adulterium commisit, utrum domina cauponae an ministra fuerit, requiri debet, et ita obsequio famulata servili, ut plerumque ipsa intemperantiae vina praebuerit: ut, si domina tabernae fuerit, non sit a vinculis iuris excepta, si vero potantibus ministerium praebuit, pro vilitate eius quae in reatum deducitur accusatione exclusa liberi qui accusantur abscedant, cum ab his feminis pudicitiae ratio requiratur, quae iuris nexibus detinentur et matris familias nomen obtinent, hae autem immunes ab iudicaria severitate praestentur, quas vilitas vitae dignas legum observatione non credidit. D. III non. Febr. Heracleae Constantino A. VII et Constantio C. cons.

¹⁹ Vid. F. BOTTA, "Per vim, op.cit., págs. 115-117; G. RIZZELLI, *La violenza sessuale su donne nell'esperienza di Roma antica. Nota per una storia degli stereotipi*, en E. HOEBENREICH, V. KUEHNE, F. LAMBERTI (Coord.), *El Cisne II. Violencia, proceso y discurso sobre genero*, Lecce, 2012, págs. 295-377 y 345. *Una controversia de Séneca el Viejo tiene una orientación diferente; en contr. 2.7 se describe el siguiente episodio: Quidam, cum haberet formosam uxorem, peregre profectus est. In viciniam mulieris peregrinus mercator migravit; ter illam appellavit de stupro adiectis pretiis; negavi illa. Decessit negotiator, testamento*

heredem omnibus bonis reliquit formosam et adiecit elogium: 'quia pudicam conperi'. Adit hereditatem. Redit maritus, accusat adulterii ex suspitione. Contradicit. Cuenta la historia de una esposa encantadora (*formosa uxor*) que, dejada sola por su marido para un largo viaje de negocios, despierta las atenciones amorosas de un riquísimo comerciante extranjero que, a pesar de haber sido rechazado por ella tres veces (*ter ... negavit illa*), en su lecho de muerte la hace única heredera de sus bienes a la luz, al menos así lo escribe, de su *pudicitia*. Tanta generosidad justificada en las tablas testamentarias mediante el elogio de las dotes morales de la mujer había producido una creencia generalizada en sentido contrario y había sugerido al marido que formulara una acusación *ex suspitione* de adulterio basada en el relieve de la inseparabilidad lógica entre el beneficio recibido por su esposa y su culpabilidad. El retórico califica la relación supuestamente engañosa de la mujer tanto de *stuprum* desde el punto de vista del tercero como de *adulterium* en relación con la *accusatio* interpuesta por el marido. Pero, aquí se trataría de un caso de *adulterium* en sentido estricto, dada la condición jurídica de mujer casada. Los colores que dibuja el declamador (Porcio Latrone), portador de las peticiones del marido, atestiguan la presencia incluso en las escuelas de declamación del problema de trazar una línea inequívoca entre la corrección y la inocencia de la mujer en los casos de *stuprum* entendido como relación sexual ilícita. El declamador plantea el problema de la asunción de responsabilidad de la mujer violada y lo aborda a partir de un modelo cultural que presupone su inevitable implicación. De la propensión natural de la mujer al placer erótico, que hace presumir su consentimiento mientras no se demuestre lo contrario, se derivaría la necesidad y la importancia de una investigación sobre el consentimiento femenino a efectos de la constatación real de la violencia sexual. Graziana Brescia escribe: «[l]a cultura del sospetto può essere neutralizzata solo dall'esercizio di una retta condotta dettata da morigeratezza di costumi: tale modello di comportamento deve trovare manifestazione visibile e inequivocabile nei suoi *signa* in una complessa e articolata semiotica verbale e extraverbale dettagliatamente ricostruita da Porcio Latrone nel suo intervento mediante l'efficace utilizzazione della figura retorica dell'*hypotyposis*»: G. BRESCIA, *La donna violata. Casi di stuprum e raptus nella declamazione latina*, Lecce, 2012, pág. 40. La novia virtuosa, sometida en ausencia de su marido, y por tanto en una posición de mayor debilidad y vulnerabilidad, a las ofertas amorosas de un mercader (figura socialmente peligrosa en la medida en que se encuentra fuera del espacio protegido de la ciudad) y que se limita a rechazarlas con una simple negativa, corre el riesgo de atraer más de una sospecha de impudicia. «Il suo silenzio si tinge di pericolosa ambiguità: nella rilettura tendenziosa dei fatti di Porcio Latrone, che dà voce alle ragioni del marito, esso appare come indizio di colpevolezza ed equivale di fatto ad un tacito assenso (2.7.5)»: G. BRESCIA, *La donna violata*, op. cit., pág. 42. Sobre la controversia vid. G. RIZZELLI, *In has servandae integritas custodias nulla libido inrumpet* (*Sen. Contr. 2.7.3*), en F. LUCREZI, F. BOTTA, G. RIZZELLI (Coord.), *Violenza sessuale*, op. cit., págs.

commisisse respondi, licet iniuriam suam protegenda pudicitiae causa confestim marito renuntiari prohibuit.

De este modo, en la época romana se configuró el modelo represivo de la coacción violenta, que excluía a la mujer de responsabilidad si podía demostrar que había hecho todo lo que estaba en su mano para proteger su *pudicitia*²⁰ y evitar así la violencia.

Todavía hoy pueden vislumbrarse rastros de esta violencia teorizada por los juristas severianos, basta con leer el Código Penal italiano en el artículo 609-bis del Código Penal (*Violencia sexual*):

«El que, con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad obligue a alguien a realizar o someterse a actos sexuales, será castigado con pena de prisión de seis a doce años».

El Código penal italiano vincula la conducta penalmente relevante a la constatación del acto coercitivo y lo hace por motivos relacionados con la prueba del delito. Sin embargo, esta elección

149-199. Sobre la sospecha que puede generar una conducta omisiva provocada por la víctima de un delito, véase Quint., *inst.* 9.2.72 donde se argumentan los límites del uso procesal de "*sententiarum figurae*": *nec pudor videtur quod non palam obicias, sed diffidentia.*

²⁰ Sobre la *pudicitia* femenina vid. S. FUSCO, *La pudicitia come fondamento dello statuto etico-giuridico della donna romana*, in *RIDA*, 65, 2018, págs. 105-124; sobre el *edictum* relativo a la protección de la *pudicitia*, vid. EADEM., *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*, Roma, 2020.

plantea un problema: de hecho, centrar la violación en la violencia es peligroso, ya que la propia violencia es un concepto históricamente cambiante. Por ello, parece deseable *de iure condendo* reformar el tipo penal eliminando la referencia a la violencia y a las amenazas para centrar el delito de violencia sexual en la falta de consentimiento, tal y como está ocurriendo, hoy día, en la legislación de varios países europeos.

Veamos, por ejemplo, lo ocurrido en España a raíz de algunas noticias relevantes, como los Sanfermines de Pamplona de julio de 2016. Una joven de 18 años fue conducida por un grupo de cinco hombres – unos años mayores que ella – a los que había conocido poco antes, a una zona apartada a la entrada de un edificio, donde los cinco hombres realizaron actos sexuales de diversa índole con ella. No hubo reacción física por parte de la chica, lo que dejó margen a los acusados para argumentar que las relaciones habían sido consentidas y que fue sólo porque había sido abandonada a raíz de estos hechos, cuando la chica, por resentimiento, decidió presentar cargos. La joven, por su parte, relató que al principio había seguido a los acusados sin coacción, pero que en algún momento se dio cuenta de que las intenciones de los hombres eran aprovecharse sexualmente de ella. En ese momento le pareció demasiado tarde y, sintiéndose impotente, se quedó petrificada a merced de los acontecimientos.

El caso obligó al país a enfrentarse profundamente a sus propios *Kulturnormen*, en particular cuando la Audiencia Provincial de Navarra condenó a los miembros de la *Manada* – como se hacían llamar en un chat de *WhatsApp* – a nueve años de prisión por abuso sexual (artículo 181 del Código Penal) y no por el delito más grave de agresión sexual (artículo 178 del Código Penal), cuya mayor gravedad punitiva viene determinada por el uso de la violencia o la amenaza. La decisión suscitó duras reacciones públicas y manifestaciones callejeras. La propia doctrina penal fue llevada a afrontar el caso en profundidad, al que, entre otras aportaciones, se dedicó incluso un volumen entero²¹.

Tras una confirmación sustancial en segunda instancia, en 2019 el Tribunal Supremo consideró integrado el delito de «agresión sexual». De hecho, argumentando con mayor tino, el Tribunal Supremo escribió que: «en el contexto que se describe en los hechos probados, el silencio de la víctima solo se puede interpretar como una negativa [al acto sexual]»²². Como consecuencia de esta decisión, que consideró que subsistía la intimidación y no el mero prevalimiento (es decir, el aprovechamiento de una relación desproporcionada con la víctima), los acusados fueron condenados a 15 años de prisión.

²¹ Vid. P. FARALDO CABANA, M. ACALÉ SÁNCHEZ (Dir.); S. RODRÌGUEZ LÓPEZ, M.A. FUENTES LOUREIRO (Coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018, *passim*.

²²Vid. https://elpais.com/sociedad/2019/07/05/actualidad/1562318324_192613.html.

Un incidente similar ocurrió en 2016 en Manresa, Cataluña, contra una adolescente de 14 años, que no opuso resistencia a sus 5 agresores sexuales, después de haberse drogado y bebido una cantidad de alcohol. Incluso en este caso, que parece menos problemático desde el punto de vista probatorio, la ausencia de necesidad de recurrir a la violencia explícita o a las amenazas hizo que los agresores fueran condenados a penas de prisión de entre 10 y 12 años por un delito de abuso sexual, alimentando las protestas de gran parte de la opinión pública. En parte, como consecuencia de estos hechos, en España, el debate sobre la reforma de los delitos sexuales condujo a la disciplina del consentimiento, incluso para los hechos más graves.

La Ley Orgánica 10/2022, que reformó el artículo 178 del Código Penal, dice ahora lo siguiente:

«Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»²³.

²³ Sobre el debate suscitado en España en torno al problema del consentimiento válido y los aspectos jurídicos y filosóficos del propio consentimiento, vid. C. SERRA, *El sentido de consentir*, Barcelona, 2024, *passim*.

Emblemática es la solución de la *Sexual Offences Act* británica de 2003, que, en las *sections* 1 a 4, establece que existe el hecho, respectivamente, de «Rape», de «Assault by penetration», de «Sexual assault» y de «Causing a person to engage in sexual activity without consent», cuando la persona implicada en la realización de actos sexuales «does not consent», es decir, “no consiente”. Al exigir que el sujeto consienta, podría pensarse en la necesidad de un consentimiento afirmativo, pero el artículo 74 del mismo cuerpo legislativo, concebido con una función definitoria, difumina las connotaciones expresivas del consentimiento, centrándose más en la libertad de consentimiento: «a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice».

Volviendo al ámbito europeo, en términos distintos, se encuentra la disciplina francesa, que a pesar de haber sido modificada recientemente, mediante la ley 703 de 3 de agosto de 2018, que afectaba precisamente al hecho de la violación (artículo 222-223 del Code penal francés), no aprovechó la ocasión para eliminar las referencias a las notas coercitivas del hecho, limitándose a ampliar la tipicidad del supuesto, que ahora se refiere, no sólo a la realización de actos sexuales sobre la víctima, sino también a la imposición a la víctima de la realización de actos sexuales sobre la persona del autor.

La orientación de una parte de los legisladores europeos parece ser, por tanto, la de incriminar todo acto sexual no amparado por un

consentimiento válido según dos esquemas posibles: el “negativo” para el que es necesaria la manifestación de disconformidad por parte de la persona ofendida (*no means no*) o el "afirmativo" (para el que *only yes means yes*) para el que no hay aproximación sexual lícita, a menos que exista un consentimiento expreso, no necesariamente verbal²⁴. Pero hay escepticismo en la doctrina sobre esto último, que parece, al menos a quien esto escribe, más que fundado.

En un reciente estudio, Clara Serra ha puesto de relieve, en efecto, cómo la opción del sólo sí significa sí no tiene en cuenta cómo el consentimiento puede ser fruto de presiones sociales, familiares, incluso inconscientes, y que como tal no respetaría la genuina voluntad de la mujer.

«*El sentido de consentir*»²⁵, por retomar el título del libro de Clara Serra, se buscaría, por el contrario, en la voluntad negativa expresada, que aparecería, como tal, no influenciada. Frente a esta orientación legislativa se oponen sectores jurisprudenciales que han transpuesto más o menos, conscientemente, antiguos estereotipos relacionados con las expectativas de rol vinculadas a la cultura de la

²⁴ Vid. S.J. MACHLUS, *La palabra más sexy es sí. Una guía de consentimiento sexual*, Barcelona, 2019; A. MALÓN, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Pamplona, 2020; P. FARALDO, “Sol sí es sí”. *Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación*, en M. ACALE SÁNCHEZ, A.I. MIRANDA, A. NIETO MARTÍN (coord.), *Reformas penales en la península ibérica*, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Penal y Procesal penal, 10, 2021.

²⁵ C. SERRA, *El sentido de consentir*, Barcelona, 2024, págs. 17 ss.

violación del mundo clásico en el que la violación representaba un rasgo estilístico del léxico, de la mitología de los orígenes, destinado a justificar momentos fundacionales de una comunidad, como es el caso de Lucrecia, que marcó la transición de la Roma real a la republicana²⁶.

En el caso de Lucrecia, existe tanto la violencia sexual erótica, dirigida a Lucrecia, como la violencia política, infligida por el príncipe etrusco a la *civitas* cuyas reglas no fueron respetadas.

La violación política se considera una conducta perjudicial, ya que se dirige contra una comunidad o un grupo familiar; la violación seductora, en cambio, viene circunscrita a un patrón natural que el hombre debe respetar empleando un cierto coeficiente de fuerza física para hacer suya a la mujer, quien, incapaz de superar la cultura de la sospecha, se ve obligada a suicidarse.

En estos términos, el mito teoriza la *vis* masculina combinando la experiencia sexual en una relación inseparable de la coerción física.

²⁶ En general, ha cuestionado recientemente la relación entre derecho y violencia P. PASQUINO, *Transazioni brusche. Prime riflessioni su violenza e ius*, en *TSDP*, Numero speciale, 2022, 1-26; más sobre el episodio de Lucrecia vid. Liv., *ab Urbe condita* 1.58; en doctrina M. LENTANO, *Lucrezia. Vita e morte di una matrona romana*, Roma, 2021, *passim*; G. BRESCIA, M. LENTANO, *Scrivere di donne in Roma antica. La letteratura latina in ventuno figure femminili*, Roma, 2024, § 15.

3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DE LA MORAL A LA LIBERTAD PERSONAL

La elección del legislador italiano parece tener en su filigrana una concepción de la mujer como en el pasado orientada hacia una finalidad que trasciende a la propia persona y que se identifica con la perpetuación de la especie en el marco de un contexto matrimonial codificado a imagen de le *iustae nuptiae* teorizada por el derecho romano.

En la experiencia jurídica romana, en efecto, la mujer era titular de un *status subjetivo reticular* construido a través del entramado de relaciones potestativas protegidas por el ordenamiento jurídico; la protección de la libertad individual se resolvía con la protección de las libertades específicas inmanentes al *status* del individuo, y en correlación con la posición funcional asumida por éste.

En el caso de la actividad sexual de la mujer, no se trataba de reconocer y proteger una esfera de su libertad, sino de vincular su ejercicio a una finalidad política, ya que esta actividad debía tener lugar en un contexto legítimo que respetara la sujeción de la mujer a la *potestas* de su marido o *pater* y que tuviera por objeto asegurar la procreación.

Tal posición ideológica fue plenamente absorbida por la legislación augustea en la que las incriminaciones por *stuprum* o *adulterium* se concebían, en mi opinión, dentro de un sistema de valores construido en términos gradualistas, caracterizado por una constante perjudicial y algunas variables de gravedad; la constante era la relación sexual, cuya ofensividad no dependía de la voluntad de la mujer, sino de su condición: si la mujer era libre, era una violación del vínculo potestativo al que estaba sujeta, lo que podía llevar a una *turbatio sanguinis*, baste pensar en la unión con una mujer cuyo marido hubiera muerto recientemente; si estaba casada, era una violación de la autoridad marital²⁷.

En todo caso, creo que el contenido ofensivo del hecho gravitaba en la relación sexual ilegítima, más que en la *vis*, puesto que no se focalizaba una protección directa sobre la mujer: el delito sexual que la involucraba se dirigía, en realidad, a un interés superior, de carácter supraindividual: la *pudicitia* y el orden de la *familia*.

Y es en el pensamiento jurídico que se construyó a partir del derecho romano, donde parece verificarse este relieve si nos fijamos en la experiencia jurídica a partir de mediados del siglo XIX, en la que el abuso sexual con violencia adquiere connotaciones de distinta

²⁷ El interés por las vírgenes podría justificarse por la evolución de la edad media del primer matrimonio de una mujer, una media cada vez más elevada, o como reacción a los matrimonios demasiado precoces. Sobre este tema vid. I. PIRO, *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica*, Milano, 2013.

gravedad en exclusiva relación con el estatuto jurídico de la mujer: cuanto más intenso es el constreñimiento de destino al que está sometida, más grave parece la violación cometida contra ella; como prueba de ello, por otra parte, el debate sobre la punibilidad de la violación contra una prostituta ha sido tema de debate durante mucho tiempo, precisamente porque, tratándose de una persona de destino sexual no constreñido, era difícil captar la ilicitud del acto.

Y aunque la pervivencia de tal sustrato ideológico es inaceptable en sistemas jurídicos en los que la actividad sexual es expresión de la libertad de la persona, los módulos originarios perviven tenazmente y marcan las estructuras del tejido normativo mucho más de lo que la confianza optimista en la capacidad reformadora de los principios haría creer.

De ahí la necesidad, hoy como entonces, de una violencia que haga hincapié en la *contrectatio* de la persona, sobre el supuesto implícito de que la persona debe disentir resistiéndose a la iniciativa del agente, dada la insuficiencia de la mera expresión de una voluntad contraria para integrar el caso.

La falta de una definición precisa del *adulterium* y del *stuprum* en la legislación, marcó, en el derecho romano, creo, el desinterés de la jurisprudencia por una cierta tipificación del delito e indujo a ésta a reconducir el crimen a una forma de *vis* que lo vinculaba, de hecho,

a la ilicitud de la relación sexual. Esto puede explicar la absorción progresiva del *stuprum* violento en la *lex Iulia de vi publica* atestiguada por dos fragmentos, uno de *Marcianus* y otro de *Ulpianus*:

D. 48.5.30(29).9 (Ulp. 4 de adult.). *Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est;*

D. 48.6.3.4 (Marcian. 14 inst.). *Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit.*

El paso aplicativo de la *lex Iulia de adulteriis coercendis* a la *lex Iulia de vi* se reduce así a un abandono de la dinámica del *crimen commune* y de la punibilidad de la mujer.

Y es, precisamente, el uso constatado de la *vis* lo que constituye en la literatura jurídica romana el factor discriminante para establecer la culpabilidad o inocencia de la mujer en los casos de *stuprum*.

Para exonerarse de responsabilidad, la mujer debía demostrar que había sido objeto de violencia, de modo que el elemento de la *vis* fue adquiriendo la apariencia de una causa eximente por la que se concedía a las víctimas de violación la posibilidad de defenderse de

la acusación de adulterio probando que habían sido obligadas a mantener relaciones sexuales por la fuerza.

4. LA PUELLA VACILANTE DE OVIDIO.

Es sobre la evidencia liberadora de la mujer que desde el derecho romano los estereotipos ideológicos han expresado una peligrosa resistencia, se piensa en la fortuna del prejuicio sobre la reticencia femenina simulada teorizado por Ovidio²⁸ y que resurge entre las líneas de los juicios contemporáneos.

En los versos del *Ars amatoria*, Ovidio sugiere no rendirse ante la primera reticencia de la doncella y no contentarse con unos pocos besos robados, mientras ella lucha por ser conquistada.

Ov., *ars* I.661-678: *Quis sapiens blandis non misceat oscula verbis? / Illa licet non det, non data sume tamen. / Pugnabit primo fortassis et "inprobe" dicet; / pugnando vinci se tamen illa volet; / tantum ne noceant teneris male rapta labellis, / neve queri possit dura fuisse cave. / Oscula qui sumpsit, si non et cetera sumpsit, / haec quoque, quae data sunt, perdere dignus erit. / Quantum defuerat pleno post oscula voto? / Ei mihi! Rusticitas non pudor ille fuit. / Vim licet appelles, grata est vis ista puellis; / quod iuvat, invitae saepe dedisse volunt. / Quaecumque est Veneris subita violata rapina, / gaudet et improbitas muneris instar habet; / at quae cum*

²⁸ Sobre la preparación jurídica del poeta vid. P. LAMBRINI, *Ovidio giurista*, in L. GAROFALO, F. GHEDINI(Coord.), *Ovidio e i Fasti. Memorie dall'antico*, Venezia, 2021,págs. 200-217.

*posset cogi, non tacta recessit, / ut simulet vultu gaudia, tristis erit. / Vim
passa est Phoebe, vis est allata sorori; / et gratus raptae raptor uterque fuit.*

En sus versos, el poeta *didaskalos* compone una especie de “*etiqueta del cortejo*” en la que explica cómo en el código del cortejo la resistencia femenina es, a menudo, una hábil ficción dictada por el deseo de la mujer de preservar su honor social adhiriéndose, ficticiamente, a las reglas de conducta del *mos maiorum*. Es una resistencia que en el código inter semiótico silencioso y compartido satisface el sistema de expectativas de la sociedad patriarcal, y a la vez se sitúa en un plano de hipocresía porque oculta las verdaderas intenciones de la supuesta víctima²⁹.

Prejuicios que se han generalizado en el derecho contemporáneo, en el que la exigencia normativa de la violencia era establecido en un contexto, en el que la relación sexual con una mujer casada estaba intrínsecamente prohibida; por lo tanto, como consecuencia de esta ilegalidad básica, la víctima de una agresión sexual debía luchar, como las mujeres romanas, para defender su propio honor y el de su familia y demostrar así que no era parte en el delito.

La constatación estricta de una violencia física irresistible era una garantía de la ausencia de adhesión interna de la mujer a la relación

²⁹ Vid. G. BRESCIA, *La donna violata*, op. cit., pág.40; EAD., *Elena e l'alibi della violenza*. (Ovidio, *Heroides* 16-17), en *Revista de Estudios de las Mujeres*, 2, 2014, págs. 237-255.

sexual. De hecho, la exigencia de un grado cualificado de fuerza acaba generando, inexorablemente, hoy día, una especie de inversión de la carga de la prueba, trasladando a la víctima la tarea de demostrar que estaba decidida a resistirse por todos los medios, con los que física y psíquicamente contaba y, que sólo fue vencida por una fuerza insuperable y no inducida al acto por una violencia seductora. Aquí, la constante referencia de la doctrina y la jurisprudencia a la resistencia simulada se hace eco de la lógica de la *vis grata puellis* de Ovidio.

En las sentencias modernas que aceptan este principio, la verificación judicial ha sido especialmente meticulosa para excluir la relevancia penal de la conducta puesta en marcha en las hipótesis en las que, según indica la Corte di Cassazione italiana:

«la víctima, después de haberse resistido a la violencia empleada, dejándose finalmente dominar por el amor y la excitación de los sentidos, se abandonó al coito».

La doctrina italiana de principios del siglo XX (por ejemplo, el gran jurista Francesco Carrara³⁰), en continuidad con la de finales del siglo anterior, también negó la relevancia penal de la *vis grata puellis*.

³⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte speciale, II*, Lucca 1873³, pág. 309.

La orientación de la *vis atrox* fue aplicada durante décadas por los Tribunales italianos y sólo se abandonó gradualmente a partir de los años sesenta; sin embargo, la irrelevancia penal de la *vis grata puellis* siguió resurgiendo cíclicamente en algunas decisiones.

En 1998, por ejemplo, con la controvertida sentencia conocida como la “*sentencia de los blue-jeans*” (Cass. pen., Sec. III, 6 de noviembre de 1998 y depositada el 10 diez de febrero de 1999)³¹, la Corte di Cassazione, adhiriéndose una vez más al paradigma de la *vis grata puellis*, gravó a la víctima de violación con una resistencia que debía traducirse necesariamente en una forma de oposición enérgica, visible y combativa. Según la *Corte di Cassazione*, en efecto:

«es un hecho de experiencia común que es casi imposible quitar parte de los pantalones vaqueros de una persona sin su cooperación activa, puesto que se trata de una operación que ya es, en sí, muy difícil para el usuario».

³¹ Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 1998 (dep. 10 febbraio 1999), n. 1636. En doctrina vid.M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e blue-jeans*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, págs. 692 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Toghe e jeans. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. pen.*, 1999, págs. 2197 ss.; V. CARBONE, *Alla ricerca dell'arte del giudicare: perché i giudici credono ancora alla vis grata puellae?*, in *Corr. giur.*, 3, 1999, págs. 371 ss.; A. NAPPI, *I jeans e la logica: tra legittimità e merito*, in *Gazz. giur.*, 42, 1999, págs. 1 ss.; P. RENON, *I jeans... stanno stretti alla Cassazione (a proposito di una recente sentenza)*, in *Gazz. giur.*, 42, 1999, págs. 7 ss.

En algunas sentencias, han resurgido razonamientos como el siguiente:

«un acto inicial de fuerza o violencia [...] no constituye violencia real, dado que las mujeres, especialmente entre la población de extracción social baja o bajo nivel cultural, quieren ser conquistadas incluso con maneras bruscas, tal vez, para crear una especie de coartada para ceder a los deseos del hombre»³².

La interpretación tradicional de la noción de violencia sólo se ha puesto en tela de juicio desde mediados de los años sesenta, cuando varias decisiones de la Corte di Cassazione italiana, paralelamente al establecimiento de la libertad sexual como bien jurídico de referencia, empezaron a abandonar la pretensión de una fuerza imparable.

El modelo de *vis atrox* ha evolucionado hacia otro menos estricto, basado, de hecho, en el uso de la fuerza física. De los dos elementos de la definición restrictiva de la violencia - la extrusión de energía sobre el cuerpo de la víctima y el carácter irresistible de la misma - sólo sobrevivió el primero: según precisó la Corte di Cassazione, el uso de la fuerza «de cualquier grado e intensidad» debía

³² Vid. Trib. Bolzano, 30 Junio 1982; en doctrina L.D. CERQUA, *Considerazioni in tema di violenza carnale, nota a Trib. Bolzano 30 giugno 1982*, en *Giurisprudenza di merito*, 1984, págs. 135.

considerarse suficiente para la consumación del delito, siempre que se «superpusiera a la resistencia física de la otra parte»³³.

En esta primera fase de retracción de la orientación tradicional, el límite mínimo de la oscilación interpretativa seguía estando constituido por la *vis grata puellis*, de la que algunas sentencias seguían excluyendo la relevancia penal como forma de violencia ‘menor’, mientras que, el gravamen de la resistencia seguía recayendo firmemente en la figura femenina, llamada a merecer protección penal.

A día de hoy existen sentencias como la del Tribunal de Lodi, dictada el 14 de noviembre de 2013 que absolvió al violador basándose en que la víctima le había dejado llevarla en coche hasta su casa, lo que a ojos de los jueces, era prueba de una voluntad incompatible con una relación no consentida³⁴; a este respecto, la Corte di Cassazione declaró que el consentimiento no podía, en modo alguno, inferirse directamente del hecho de que la víctima no opusiera resistencia efectiva al agresor: tanto la ausencia de lesiones personales en el cuerpo de la víctima como el comportamiento sumiso, incluso después del abuso, debían considerarse irrelevantes a la vista del estado de miedo en que se encontraba³⁵.

³³ Vid. Cass. pen., 19 novembre 1965.

³⁴ Revocada (acertadamente) por el Tribunal de Apelación de Milán en su sentencia de 22 de enero de 2019.

³⁵ Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2000, nr. 1911.

En este punto, para superar la rigidez de la norma, que parecería configurar el delito de violencia sexual como un delito restringido, la jurisprudencia ha ido proporcionando interpretaciones cada vez más amplias de la conducta tipificada, hasta privarla de un efectivo alcance selectivo.

En este sentido, son emblemáticas las advertencias expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la sentencia *M.C. contra Bulgaria*, del 4 de diciembre de 2003³⁶.

Los jueces de Estrasburgo recuerdan que, históricamente, las pruebas de conducta violenta por parte del agresor, así como de resistencia por parte de la víctima, han sido consideradas durante mucho tiempo requisitos típicos del delito de violencia sexual en muchos países, pero, hoy en día, ya no pueden ser consideradas como tales por los Estados miembros, por lo que toda referencia a la fuerza física debe eliminarse del Derecho. Pues bien, si ahora se acuerda que el consentimiento de la víctima no puede inferirse de otros elementos que no sean el propio consentimiento, que debe ser libre de formación y estar claramente expresado, parece deseable una reforma centrada exclusivamente en el consentimiento de la persona ofendida.

³⁶ Vid. <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-attendibilita-vittima-consenso> violencia-sessuale.

Intervenir en la redacción del artículo 609-bis del Código Penal eliminando la referencia a la violencia y las amenazas podría, sin embargo, presentar perfiles problemáticos en relación con la prueba del delito, al desplazar todo el eje de valoración hacia la persona ofendida y su falta de consentimiento. Por otro lado, la redacción actual (que, por lo demás, consta también de un relevante párrafo segundo, relativo a la hipótesis de inducción al acto sexual) permite mantener el foco de atención en el comportamiento del agente, que debe ser probado en sus características ilícitas, que se encuentran adecuadamente en la violencia y la amenaza. Esto, además, supone excluir implícitamente cualquier forma de consentimiento. Para salvar las disposiciones del código y ajustarse a la legislación europea, y no sólo en este aspecto, la noción de violencia, como ya se ha mencionado, se ha ampliado progresivamente para incluir el ejercicio de cualquier energía que implique una invasión no deseada -o en cualquier caso no autorizada- de la esfera sexual de otra persona.

A la opinión pública esto probablemente le parezca un exceso, pero incluso un beso no deseado en los labios ha sido considerado reiteradamente como un acto violento (precisamente en los términos de la norma en cuestión), porque, aunque “no duele” según la comprensión común del concepto de violencia, no deja de constituir una lesión de la dimensión sexual que nunca ha sido consentida por la persona ofendida. En casos similares a éste, la jurisprudencia

considera que la conducta es violenta porque el gesto no se realizó en presencia de un disentimiento explícito, que se presume, sino con un carácter totalmente artero y repentino, por parte de una persona que ni siquiera pretendía 'interpelar' a la ofendida, tocando su esfera sexual con tal rapidez que ésta no se vio en condiciones de comprender lo que estaba ocurriendo, y mucho menos de reaccionar.

Es precisamente la previsión expresa de violencia y amenaza (como, repito, de inducción) lo que permitiría, por tanto, evitar salir de las peligrosas zonas grises, que podrían producirse si se exigiera la prueba del "no consentimiento".

Piéñese, entre otros, en los casos de violencia sexual cometida sobre una persona absolutamente incapaz de comprender la existencia misma del acto (por estar en coma, dormida, drogada, etc.), del que puede incluso no tener recuerdo alguno al día siguiente (caso que dista mucho de ser aislado).

En esta hipótesis, el delito se comete precisamente porque hay violencia, entendida como una invasión de la esfera sexual realizada "más allá" de la cuestión del consentimiento, que es totalmente indiferente para el autor: el delito, por tanto, se castiga no porque se haya producido contra la voluntad (no habrá que aportar ninguna

prueba de ello), sino porque se ha producido con violencia, 'obviando' radicalmente cualquier comprobación al respecto.

Por último, me gustaría observar que las absoluciones de los acusados en estos juicios suelen estar vinculadas a un ofendido cuya fiabilidad no ha surgido en términos tranquilizadores. Quiero subrayar que la absolución suele derivarse no de la idea de que el ofendido, en definitiva, agradeció el ejercicio de esa fuerza, sino de que sus palabras dejan dudas residuales sobre el curso real de los acontecimientos.

Se trata, pues, como siempre, de una cuestión de prueba y de su valoración prudente y razonada, lo que constituye una garantía indispensable para la estabilidad del sistema, y en primer lugar para el justiciable.

Si, por tanto, las reservas de naturaleza procesal sobre la novedad de la norma son más bien objeto de fructífera discusión, totalmente inaceptables aparecen los insidiosos estereotipos que las investigaciones empíricas presentan como altamente circulantes a nivel social, indisolublemente ligados a expectativas de rol³⁷ que, al legitimar determinados comportamientos masculinos, acaban

³⁷ G. [SUÁREZ BLÁZQUEZ](#), G., *La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de "liberación de género"*, en *RIDROM*, 30, 2023, 387-445.

contaminando e impidiendo una visión auténticamente consensuada e igualitaria de las relaciones sexuales.

BIBLIOGRAFÍA

BALDERSTON D., *Los marginal es lo más bello. Borges en sus manuscritos*, Buenos Aires, 2022.

BALZARINI M., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969.

BALZARINI M., *Violenza (Diritto romano)*, en *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 830-843.

BARCHIESI M., *Nevio epico*, Padova, 1962.

BERTOLINO M., *Libertà sessuale e blue-jeans*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 694-710.

BONIFAZI A., *Institutiones criminales, Venetiis*, 1768.

BORGES J.L., *Finzioni*, Milano, 2003.

BOTTA F., *'Stuprum per vim illatum'*. *Violenza e crimini sessuali nel diritto del terzo secolo d.C.*, in BOTTA F., LUCREZIO F., RIZZELLIG., *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce, 2016³, pp. 87-157.

BOTTA F., *"Per vim inferre"*. *Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, 2004.

BOTTA F., *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, Cagliari, 1996.

BRASIELLO U., *Incesto. Diritto romano*, en *NNDI*, VIII, Torino, 1962, págs. 499 ss.

- BRAUDEL F., *Storia e scienze sociali. La "lunga durata"*, in F. BRAUDEL (Coord.), *La storia e le altre scienze sociali. Antologia degli "Annales"*, Roma-Bari, 1982, pp. 162.
- BRAVO BOSCH M.J., *El iudicium domesticum*, en *Revista General de Derecho Romano*, 17, 2011, págs. 1-30
- BRAVO BOSCH M.J., *Mujeres y símbolos en la Roma republicana, Análisis jurídico-histórico de Lucrecia y Cornelia*, Vigo, 2017.
- BRÉLAZ C., *Lutter contre la violence à Rome: institutions étatiques et tâche privées*, en C. WOLFF (Coord.), *Les Exclus dans l'Antiquité. Actes du colloque organisé à Lyon les 23-24 septembre 2004*, París, 2007, pp. 219-239.
- BRESCIA G., *Elena e l'alibi della violenza. (Ovidio, Heroides 16-17)*, en *Revista de Estudios de las Mujeres*, 2, 2014, pp. 237-255.
- BRESCIA G., *La donna violata. Casi di stuprum e raptus nella declamazione latina*, Lecce, 2012.
- BRESCIA G., LENTANO M., *Scrivere di donne in Roma antica. La letteratura latina in ventuno figure femminili*, Roma, 2024.
- BUONGIORNO P., *Storia di un dialogo. La data della lex Iulia de adulteriis*, en P. BUONGIORNO, S. LOHSSE (Coord.), *Fontes Iuris. Actas de la VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten. Lecce, 30-31 de marzo de 2012*, Napoli, 2013, pp. 274-290.
- CARBONE V., *Alla ricerca dell'arte del giudicare: perché i giudici credono ancora alla vis grata puellae?*, in *Corr. giur.*, 3, 1999, pp. 371-375.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte speciale, II*, Lucca 1873³.
- CAZZETTA G., *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, 1999.
- CERQUA L.D., *Considerazioni in tema di violenza carnale, nota a Trib. Bolzano 30 giugno 1982*, en *Giurisprudenza di merito*, 1984, pp. 135-

139.

COSSA G., *Attorno ad alcune aspetti della lex Iulia de vi publica et privata*, en *SDHI*, LXXIV, 2008, pp. 209-308.

DALLA D., *“Ubi Venus mutatur”*. *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano, 1987.

DE CRISTOFARO C., *Inpudicus. Il diritto romano di fronte al prisma della sessualità maschile dalle origini al principato*, Napoli, 2022.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES A., [La mujer en las constituciones de Constantino recogidas en el Código de Justiniano](#), en *RIDROM*, 30, 2023, pp. 133-159.

FARALDO CABANA F., ACALÉ SÁNCHEZ M. (Dir.); RODRÍGUEZ LÓPEZ R., FUENTES LOUREIRO M.A. (Coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018.

FARALDO P., *“Sol sí es sí”*. *Hacia un model comunicativo del consentimiento en el delito de violación*, en ACALÉ SÁNCHEZ M., MIRANDA A.I., NIETO MARTÍN A. (coord.), *Reformas penales en la península ibérica, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Penal y Procesal penal*, 10, 2021.

FIORI R., *Materfamilias*, in *BIDR*, 96-97, 1996, pp. 455-498.

FISCHEL J.J., *Screw Consent. A Better Politics of Sexual Justice*, Oakland, 2019.

FLORES E., *Latinità arcaica e produzione linguistica*, Napoli, 1978.

FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito* (Altea-Alicante, 2004), en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 10, 2021 (*Derecho penal romano / coord. por Domínguez Tristán P., Panero Oria P.*), pp. 595-618.

FUSCO S., *La pudicitia come fondamento dello statuto etico-giuridico della*

- donna romana*, in *RIDA*, 65, 2018, pp. 105-124.
- FUSCO S., *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*, Roma, 2020.
- GIUNTI P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990.
- GRAZIOSI M., *Infirmetas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 33, 1993, pp. 99-143.
- GUARINO A., *Studi sull'incestum*, en ID., *Pagine di Diritto Romano*, VII, Napoli, 1995, pp. 180-261.
- IACOVIELLO F.M., *Toghe e jeans. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 1047-1060.
- KUNKEL W., *Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS*, 83, 1966, pp. 219-251.
- LAMBERTINI R., «*Stuprum*» violento e ratto, in *Index*, 36, 2008, pp. 505-524.
- LAMBERTINI R., *Poteva il marito perdonare la moglie adultera nel diritto romano tardoantico?*, en *KOINΩNIA*, 43, 2019, pp. 587-599.
- LAMBRINI P., *Ovidio giurista*, in GAROFALOL., GHEDINIF. (Coord.), *Ovidio e i Fasti. Memorie dall'antico*, Venezia, 2021, págs. 200-217.
- LÁZARO GUILLAMÓN C., [*La monogamia como fundamento de las estructuras conyugales en los sistemas jurídicos occidentales: un aporte romanístico*](#), en *RIDROM*, 28, 2022, pp. 275-394.
- LENTANO M., *Lucrezia. Vita e morte di una matrona romana*, Roma, 2021.
- LONGO G., *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto. Diritto civile e diritto romano*, III, Padova, 1970, pp. 453-535.

- MOLÈ M., *Stuprum*, en *NNDI*, XVIII, Torino, 1971, pp. 582-587.
- LUCREZI F., *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio" II*, Torino, 2004.
- MACHLUS S.J., *La palabra máa sexy es sí. Una guía de consentimiento sexual*, Barcelona, 2019.
- MALÓN A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Pamplona, 2020.
- MANFREDINI A.D., *La donna incestuosa*, en *Annali dell'Università di Ferrara*, n.s., Sezione V, Scienze giuridiche, I, 1987, pp. 11-28.
- MIGLIARESI M., *Note sulla lex Scantinia: legge comiziale?*, in *Iura*, 55, 2004, pp. 4-32.
- MOMMSEN TH., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.
- NAPPI A., *I jeans e la logica: tra legittimità e merito*, in *Gazz. giur.*, 42, 1999, pp. 1-8.
- PADOVAN M., *Il soggetto passivo*, en GAROFALO L. (Coord.), *Diritto Penale Romano. Fondamenti e Prospettive. I. Le discipline generali I*, Napoli, 2022, pp. 279-320.
- PASQUINO P., *Transazioni brusche. Prime riflessioni su violenza e ius*, en *TSDP*, Numero speciale, 2022, pp. 1-26.
- PENNACCHIO C., *Lex Cornelia de sicariis et venefici(i)s. Per una storia dell'impatto della violenza sull'opinione pubblica. I. Contesto storico, personaggi, norma e parole chiavi*, Torino, 2023.
- PIRO I., *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica*, Milano, 2013.
- PONTI G., MERZAGORA I., *Sessualità, cultura e delitto*, en CANEPAG., LAGAZZIM. (Coord.), *I delitti sessuali*, Padova, 1988, pp. 32-52.
- PUGLIESE G., *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale*.

- A proposito della lex Iulia de vi publica*, Torino, 1939.
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, 1961.
- REDUZZI F., *Il concetto di vis tra diritto privato e repressione criminale*, en *Anales de historia antigua, medieval y moderna*, 55.2, 2021, pp. 37-44.
- RENDAC., *La «Lex Plautia de vi»: problemi e ipotesi di ricerca*, in *Index* 36, 2008, pp. 473-487.
- RENON P., *I jeans... stanno stretti alla Cassazione (a proposito di una recente sentenza)*, in *Gazz. giur.*, 42, 1999, pp. 7-9.
- RIZZELLI G., *In has servandae integritas custodias nulla libido inrumpet (Sen. Contr. 2.7.3)*, en in BOTTAF., LUCREZIF., RIZZELLIG., *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce, 2003², pp. 149-199.
- RIZZELLI G., *La lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997.
- RIZZELLI G., *La violenza sessuale su donne nell'esperienza di Roma antica. Nota per una storia degli stereotipi*, en HOEBENREICHE., KUEHNEV., LAMBERTI F. (Coord.), *El Cisne II. Violencia, proceso y discurso sobre genero*, Lecce, 2012, pp. 295-377.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ R., *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Madrid 2018.
- SERRA C., *El sentido de consentir*, Barcelona, 2024.
- SINOGOWITZ B., *Studien zum Strafrecht der Ekloge*, Athinai, 1956.
- SPAGNUOLO VIGORITA T., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 2010³.
- SPAGNUOLO VIGORITA T., *La data della lex Iulia de adulteriis*, en *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, pp. 79-96.

SUÁREZ BLÁZQUEZ G., [La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de "liberación de género"](#), en RIDROM, 30, 2023, pp. 387-445.

TORRENT A., [Derecho penal matrimonial romano y poena capitis en la represión del adulterium](#), en RIDROM, 17, 2016, pp. 238-301.

TREGGIARI S.M., *Roman Marriage. Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991.

VALMAÑA A., [Recensión a Rosalía Rodríguez, La violencia contra las mujeres en la antigua Roma, Dykinson, Madrid, 2018](#), en RIDROM, 23, 2019, pp. 447-453.

VITZTHUM W., *Untersuchungen zum materiellen Inhalt der Lex Plautia und Lex Iulia de vi*, München, 1966.

VOLTERRA E., *Intorno a D. 48.5.44 (43)*, en ID., *Scritti Giuridici*, II, Napoli, 1991, pp. 521-535.