

HISTORIA DEL DERECHO CRIMINAL EN COMPOSTELA

Alfonso Otero

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.- I. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS EN CRISIS.- II. NUEVAS FORMAS.- 1. Hurto y robo.- 2. La traición.- 3. El alevé.- 4. La desnaturalización de los homicidios cualificados. a) El veneno. b) La premeditación. c) El precio.- 5. La inexistencia de agravantes en el Derecho histórico.- 6. El asesinato.- 7. En torno al procedimiento en caso de mujer forzada.- 8. El abigeato.- 9. La criminalización de los derechos del *pater familias*.- 10. Asoma el parricidio.- 11. Mi intención ahora.- III. EL PLANTEAMIENTO DE LOS TRATADISTAS ACTUALES.- 1. Su balance historiográfico.- 2. Los actuales cultivadores.- 3. Los penalistas.- IV. EXCURSO METODOLÓGICO.- 1. Acerca del método.- 2. Algo del método histórico crítico.- 3. Algo también del método dogmático.- V. EL PROMETIDO ENSAYO.- Boceto de El parricidio.

Últimamente se han publicado varios trabajos de Historia del Derecho que prefiero denominar criminal quizá por vislumbrar el reverdecir del desaparecido planteamiento romano: crímenes-delitos privados, y para eludir la poco afortunada calificación que se centra en las penas (1). Algunos de estos autores llaman la atención sobre el descuido de los temas de Derecho criminal por los tratadistas, poniéndolo de relieve con balances de la bibliografía disponible, y casi todos insisten en afirmar que no se debe aplicar la dogmática actual a la reconstrucción del Derecho criminal del pasado. Estos trabajos y estas consideraciones me han hecho recordar que desde siempre se ha prestado atención al estudio del Derecho criminal del pasado en Compostela, y se ha hecho con unos criterios conceptuales y metodológicos que han dado lugar a un conjunto con cierta identidad. Darlos a conocer y comentarlos me ha parecido que puede ser ilustrador, y de perlas sería que fuera provechoso.

(1) De hecho se habla ya de «delitos civiles» -quizá por la jurisdicción-, para los cuales incluso no encaja la calificación de penal.

He dicho "desde siempre", porque ya desde mi infancia doctoral me topé con lo criminal al estudiar el Riepto, puesto que es un procedimiento para casos de traición y aleve (2). La traición y el aleve, por consiguiente, me ocuparon, pero de una manera indirecta, pues mi objetivo era el procedimiento para sustanciarlos. Sin embargo, tuve ocasión de comprobar que traición y aleve, a veces confundidos por los tratadistas, como mezclados e identificados lo habían sido durante su vida real en el ámbito jurídico municipal, no estaban bien conocidos y necesitaban un estudio planteado, además, con otros puntos de vista y con nuevas perspectivas y métodos; cambio aconsejable, por lo demás, en todos los sectores de la investigación histórico jurídica. Lo vi, y medité lo suficiente para descubrir el origen tanto de la traición como del alevnadas ambas figuras en un ambiente de legitimidad, y ajenas, por lo tanto, a la tradición romana-, así como también sus vicisitudes evolutivas, especialmente interesantes las del aleve, al pasar a ambientes de legalidad que le eran extraños. De la traición se ocuparía A. Iglesia Ferreirós y, bastante después, C. Pardo estudió el aleve. Pero lo veremos luego.

I.

Por aquel entonces los investigadores partían, por lo general, de un supuesto germanismo como de algo indiscutible, pues la hipótesis germanista se había convertido en un axioma, y nadie trataba de fundamentarlo. Tampoco nadie lo había discutido hasta que Merèa dio la voz de alarma ante los excesos de la germanística (3), después de haber contribuido notablemente con su labor al cambio radical que se operó en la orientación de los estudios de la medievística y al abandono de la tesis germanista. García Gallo, inspirado por la observación de Besta sobre el Derecho de Cerdeña, ya había manifestado ciertas reservas en su *Historia del Derecho* y, después, hizo una revisión del planteamiento de la teoría germanista, poniendo de relieve que no estaba fundada y que podía ser objeto de tantas objeciones como las que él formuló (4).

(2) A. OTERO, *El Riepto en el Derecho castellano-leonés* (Roma-Madrid 1955); *El riepto de los fueros municipales*, en *AHDE*. 29 (1959).

(3) P. MERÈA, *Estudos de Direito hispânico medieval I* (Coimbra 1952).

(4) A. GARCÍA GALLO, *Historia del Derecho español I* (Madrid 1941) p. 377 n. 28; *La historiografía jurídica contemporánea*, en *AHDE*. 24 (1954).

II.

1.- Estaban así las cosas cuando García de Valdeavellano, con su habitual planteamiento de exponer el Derecho romano y luego el germánico para encarar el estudio de una institución, publicó su estudio sobre hurto y robo (5). El trabajo de García de Valdeavellano vino a caer en este ambiente y cuando se sentían estas preocupaciones de cambio. Era meritorio, pero, aparte de dejar en pie numerosas cuestiones, evidenciaba la necesidad de abandonar el planteamiento metodológico utilizado en él, que condicionaba los posibles resultados de la investigación. Además del germanismo, hasta cierto punto moderado en García de Valdeavellano, no era ya convincente su concepción del Derecho español como derivado y compuesto, mezcla del Derecho romano, Derecho germánico y Derecho canónico principalmente, porque cada día los estudios históricos iban reconduciendo a la tradición romana casi todo lo que se venía considerando germanismo. Se estaba librando por entonces la discusión acerca del *anefand*, uno de los últimos germanismos supervivientes, que acabaría por difuminarse después de la nueva lectura del palimpsesto de París y de su palingenesia (6). En su estudio, por otra parte, García de Valdeavellano se había ocupado nada más que del Derecho visigodo y el de la Alta Edad Media. Se veía, pues, la posibilidad de un estudio del hurto y robo desde los orígenes hasta el Código civil vigente, como se hizo habitual en Compostela, y obedeciendo a una concepción del Derecho que ve en las normas vigentes una manifestación histórica, portadoras de un pasado espiritual, cuya investigación se hace imprescindible, no sólo para una correcta interpretación actual de las mismas, sino para obtener la experiencia necesaria para cualquier reforma.

G. Rodríguez Mourullo, hoy destacado penalista, se encargó de la tarea de estudiar el hurto y robo en nuestro Derecho con estos nuevos planteamientos conceptuales y metodológicos, y partiendo de concebir históricamente el Derecho español como el resultado de la evolución interna del Derecho romano en el peculiar ambiente jurídico hispano, sin excluir la posibilidad de aportaciones de los Derechos germánico, canónico y demás que

(5) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Sobre los conceptos de hurto y robo en el Derecho visigodo y postvisigodo*, en RPH. 4 (1949).

(6) A. D'ORS, *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Indices* (Roma-Madrid 1960).

hayan podido condicionarla. Se publicó el trabajo doctoral (7), y no parece haber tenido mucha trascendencia. Entre los penalistas no despertó inquietudes que conmovieran su habitual dogmatismo; y puede que su depurada técnica y su fuerte dimensión y rigor jurídico hayan mantenido alejados también a los historiadores, incluso a los depredadores, siendo como es una fecunda cantera para el sector de los delitos contra la propiedad. Mas, ahora que lo vuelvo a mirar después de tantos años, debo decir que presenta alguna calificación anacrónica debido a mi falta de esta sensibilidad entonces.

2.- A. Iglesia estudió la traición en su tesis doctoral *La traición*, un voluminoso trabajo en el que ya se muestra la personalidad y la erudición del autor. No la publicó íntegra. A la imprenta dio un interesante trabajo que, como él mismo dijo, no recoge exacta ni totalmente su tesis doctoral (8), en la que partía de la hipótesis del nacimiento de la traición a través de mi idea del documental *cum Iudas traditore*, que apreciaba la infidelidad de Judas más que la entrega. Se había ampliado -dijo- y enriquecido su pensamiento, incidiendo en su trabajo, aunque permanecía el núcleo fundamental de su tesis, según también dijo. Sin embargo, siguió aceptando la hipótesis del nacimiento de la traición en la Alta Edad Media, al florecer la fidelidad típica de un ambiente de legitimidad, por lo cual no pudo existir en el ambiente romano de legalidad; pero nos dice ahora que la utilización de la categoría de traición en el mundo romano cuenta con razones harto importantes de justificación, lo cual es un contrasentido y, sobre todo, es un cambio.

A. Iglesia profundizó mucho en el estudio del mundo romano con el fin de comprobar que no existió traición en aquel ambiente. Parece que no quedó convencido, siempre me lo pareció, y puede ser debido a no captar debidamente la legitimidad. Le ocurre a muchos en nuestros tiempos. También, ya en la fijación de la traición operada en la legislación real castellana, sigue pareciéndome que no fue bien comprendida por los cultivadores del Nuevo Derecho encargados de hacerla, los cuales, con su mentalidad legalista, parecen no alcanzar a comprender la fidelidad, característica de un

(7) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La distinción hurto-robo en el Derecho histórico español*, en *AHDE*. 32 (1962).

(8) A. IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla* (Santiago 1971).

mundo de legitimidad, que les es ajeno; y tienden a confundir e identificar la traición con *crimen laesae majestatis*, *crimen perduellionis* -visible en las Partidas- y otras formas romanas a ellos familiares.

3.- Seguí ocupándome del aleve, el otro delito del Riepto de los Casos de Corte. De viejo tenía para mí que había nacido como delito de hijosdalgo que se hirieren o mataren sin desligarse, mediante desafío, de la paz y amistad jurada en Nájera (9). Pero aparecía un aleve, en el ámbito municipal leonés con alguna salpicadura al castellano, para calificar una serie de conductas especialmente odiosas, sobre todo el matar o herir sobre fianza o seguridad, figura semejante al aleve de Nájera, pero que, trasladado al ambiente municipal, ya parece el moderno delito complejo, aquí y ahora, de muerte y violación de tregua; delito complejo que no podía serlo el aleve de los hijosdalgo.

Se había importado el aleve al ámbito municipal por afán de imitación y por el ansia de reforzar la legalidad ciudadana. Mas el cambio, al pasar del mundo de la legitimidad real-nobiliaria al de la legalidad municipal, era notable, y las consecuencias iban a ser extraordinarias, porque había una diferencia fundamental. Uno era un orden de legitimidad, de tutela del propio derecho, al que poco a poco socavaba la legalidad real interviniendo de manera cada vez más amplia. El otro era un mundo de legalidad que, por su impotencia y falta de medios, recurría excepcionalmente a la fidelidad. Pero en el mundo de la legitimidad, lo fundamental, lo principal era la infracción de la fidelidad por la falta de desafío; y la muerte o heridas ocupaban un segundo plano. Mientras que en el ámbito municipal lo principal era la muerte o heridas, lo ilegal, la ilegalidad; y la vulneración de la tregua, de la seguridad, el aleve era lo accesorio, lo añadido, lo circunstancial. Se vislumbra ya que el aleve se convierta en la alevosía, una de las circunstancias agravantes de la penalística moderna, en la Codificación.

Un paso adelante en la evolución del aleve hasta convertirse en la alevosía lo dará el Ordenamiento de Alcalá. Ord. Alcalá 27, 1, al introducir

(9) A. OTERO, *Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá en el cambio del Ordenamiento medieval*, en *AHDE*. 63-64 (1993-1994) 525 ss.; *El Riepto* cit. p. 78.

su trascendental reforma (10), dispuso que en adelante se entendería ser “muerte segura” toda la que no se probara ser “peleada”. Se emplearía la formulación romana de *crimen impetu* frente, ahora, a la “muerte segura”, pero la ley 27, 1 denominó “muerte segura” a la que debía denominar, como era normal, “muerte sobre seguro”, es decir, “sobre seguro fecho”, “sobre seguridad de salvo”, en donde el asegurado, el seguro era el muerto. Mas al decir “muerte segura” se daba pie a entender que seguro era el autor y que aseguraba la acción; los dos aspectos de la agravante actual. Así, pareció más seguro el resultado y mayor seguridad para el autor en la muerte con pistolete, que ya se denomina muerte alevosa en las Recopilaciones. Y ésta parece ser la base de la que parten los codificadores para configurar la alevosía, que es típica y exclusiva del Derecho hispánico.

C. Pardo Núñez tomó para sí la labor de estudiar el aleve y verificar su origen y su evolución hasta convertirse en la alevosía de nuestro Código penal. Es una pena que esta tesis doctoral permanezca inédita.

4.- Pero lo más fructífero, sin duda, de la historia del aleve es el panorama esclarecedor que nos proporciona. De entrada, nos presenta un delito que se convierte en una circunstancia agravante. De inmediato, por consiguiente, se hizo inevitable preguntarse si existirían otros casos análogos, y se halló la respuesta viendo -sin volver el rostro siquiera- que el envenenamiento corrió parecida suerte.

a) Nuestra típica agravante de alevosía había nacido de un delito medieval. Y también el matar con el antaño enigmático y misterioso veneno de la *lex Cornelia*, el envenenamiento, se “medievalizó” por influencia de la fidelidad, lo que había de ser importante para su evolución posterior, sobre todo en la última fase, que lo convertiría por ello en una circunstancia próxima a la alevosía, como puede apreciarse en los viejos penalistas, especialmente en Groizard (11). Así como el *crimen sicariorum* se convertirá en otra, según veremos.

b) Era, fue para mí inevitable el, a primera vista, atrevimiento de pensar si la premeditación tendría parecido origen. Merêa vino a ser una inestimable

(10) OTERO, *Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá*, cit. p. 461 n. 8.

(11) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado* (Burgos 1870).

ayuda para el esclarecimiento de esta hipótesis, pues, como se recordará (12), había salido al paso de Orlandis (13), que creía ver en nuestro Derecho alto medieval una premeditación que agravaba el homicidio y lo convertía en su “traición-delito de gravedad especial”. Merêa estimaba que podía ser preferible pensar en una persistencia del planteamiento romano de *crimen impetu* y *crimen cogitatione*. Mucho más adecuado parecía, y a mi me indujo a estimar que no existiría premeditación en Roma, sino *crimen cogitatione*, ni tampoco, por lo tanto, en la Edad Media. Un poco menos fácil de aceptar, quizá, para los siempre dispuestos a negar, pero otra figura delictiva, otro delito convertido en circunstancia agravante.

Nació la premeditación, y jugó un importante papel dentro del sistema penal que la vio nacer. Ahora acaba de desaparecer en nuestro nuevo Código penal de 1995, quizá por su incompatibilidad con los planteamientos de éste.

c) Del precio, que llegó a ser circunstancia agravante, se comenzaba su historia en las Partidas, como hace, por ejemplo C. Martínez (14), quien, siguiendo a Amor Naveiro (15), afirma que, si bien no puede hablarse de circunstancia en el Derecho romano, sí puede hablarse de antecedentes de ella. Y añade que “el homicidio por mandato regulado en la ley de *sicariis et veneficis* se recoge en nuestra legislación de Partidas, que, inspirada en el *crimen inter sicarios* del Derecho romano, puede considerarse el primer texto legal español y quizá el primero de los textos legales de los Estados europeos que tienen en cuenta la circunstancia agravante de precio”. En verdad que pocas veces se podrán encontrar tantas inexactitudes juntas. Y, en verdad que, aunque tomadas de Amor Naveiro, se repiten; y no es la mayor inexactitud el considerar Estado al Reino castellano-leonés de Alfonso X. Tampoco Part. 7, 27, 3 se inspira en el *crimen sicariorum*, sino que deriva de la Decretal *Pro humani* (Sexto 5, 4, 1), mal interpretada, precisamente, por considerarse el asesinato de la *Pro humani* igual al *crimen sicariorum*. Así,

(12) P. MERÊA, *Crimes deliberados e crimes de impeto*, en *BFDC*. 23 (1947).

(13) J. ORLANDIS, *Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *AHDE*. 16 (1945).

(14) C. MARTÍNEZ, *La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa*, en *Cuadernos de Política Criminal* 19 (1983).

(15) C. AMOR NAVEIRO, *La circunstancia agravante del precio en los delitos y faltas*, en *RGLJ* 140 (1922).

pues, el precio de las Partidas vendría a ser, según Amor Naveiro y C. Martínez, una agravante de “matar a traición por precio”, que es uno de los despropósitos, sí, de Part. 7, 23, 3, que fue lo que me llevó a esta sorprendente ley -que considero un añadido posterior a las Siete Partidas- en el estudio del asesinato. Esta confusión se da ya en la ley de Partidas, cuyo redactor tampoco entendió la Decretal por haber confundido también asesinato con *crimen sicariorum* al seguir a los glosadores de la *Pro humani*, y haber encontrado además traición, al considerar que quien mataba por precio o por mandato no era enemigo, ergo era traidor por matar no siendo enemigo. Y tampoco puede decirse que el *crimen sicariorum* sea un antecedente de la agravante de precio ni, menos, del asesinato, pues se trata de supuesto distintos. Concretamente, en el *crimen sicariorum* se contempla el matar por encargo que se hace a un profesional al que se paga; colaboración profesional contratada por un precio. Esto es, pues, un supuesto distinto al de matar por mandato que se hace a uno con vinculación personal del supuesto del asesinato. Por lo cual, el mandato en el asesinato, así como el precio en el *crimen sicariorum*, no son circunstancias.

También así parecía ver Baldo el *crimen sicariorum*, acertadamente para mí, pues lo configuraba como *locatio*, aunque se equivocaba al equipararlo al *assasinium* de la *Pro humani*, que, a mi parecer, es *mandato*. Y es por equiparar por lo que decía que *assasinium non est nomen artis*, pues para él el *nomen artis*, el nombre jurídico lo sería *crimen sicariorum* (16). No lo pudo decir así E. Montanos (17), porque todavía no se me había ocurrido cuando le dicté otra idea “demasiado ingeniosa”, pero desacertada, aunque la consideración sobre la canonística sea aprovechable.

En definitiva, el precio es otra circunstancia nacida del matar por precio, del *crimen sicariorum*.

5.- Pues bien, después de todo este acopio de esclarecimientos, la conclusión era clara: no existen circunstancias agravantes en el pasado. Y

(16) G. LÓPEZ, *Glosa Part. 7, 27, 3*.

(17) E. MONTANOS, *La inexistencia de circunstancias agravantes en el Derecho histórico*, en E. MONTANOS, J. SÁNCHEZ-ARCILLA, *Estudios de Historia del Derecho criminal* (Madrid 1990) p. 114.

como tal tema, se encargó de desarrollar esta conclusión E. Montanos (18). Ya sé que se dirá que siempre hubo acciones más graves, y así lo hizo un Presidente de Comisión de Concurso, objetando que siempre fue más grave matar al padre, pero, si bien no se le supo responder, desde el fondo de la sala se oyó decir que eso era parricidio. Entonces todavía sí, pero hoy ya no sería tanto despropósito, desde que el nuevo Código penal de 1995 dejó de incluir el parricidio. Se puede decir también que Mommsen habla de agravantes en el Derecho romano, pero se debe tener presente que su *Römisches Strafrecht* está en gran parte invalidado por la utilización de categorías anacrónicas, como lo está también la *Esposizione* de Ferrini y, sin duda alguna, casi todo lo que se ha escrito y se sigue escribiendo entre nosotros. Porque entristece oír hablar de parricidio e incluso de uxoricidio en la Alta Edad Media, y denominar eximente de adulterio en el parricidio a lo que la dogmática penal califica de excusa absolutoria.

6.- Consecuencia de las enseñanzas derivadas del estudio del alevé, y al ir en busca del precio y de ese conjunto de agravantes que recogía el artº 406 del Código penal interior, me encontré con el asesinato.

El asesinato y su historia es un mundo apasionante y de grandes enseñanzas metodológicas. Pocos temas han sido tan maltratados en su interpretación a lo largo de su historia, y aún hoy por los estudiosos. Puede afirmarse que su historia es la sucesión de una serie de interpretaciones de la Decretal *Pro humani*, origen del asesinato, la más de las veces erróneas, que se fueron acumulando y acabaron decantándose en el artº 406 del anterior Código penal. Puede decirse, pues, que C. penal 406, así como el 136 del actual, son la acumulación, el resultado final de la evolución de una serie de figuras delictivas contra la vida, que se fueron convirtiendo en circunstancias agravantes del homicidio. Es decir, las distintas figuras del homicidio que, así unificadas, se convirtieron en un homicidio agravado, configurado bajo la denominación de la figura siempre incomprendida del asesinato.

Se llegó a una diferenciación homicidio-asesinato después de que los errores de interpretación, a lo largo de la Historia, convirtieron al asesinato

(18) MONTANOS, *La inexistencia de circunstancias agravantes*, cit.

en una especie de polifacético “homicidio agravado” o “compendio” o “mezcla” de todos los homicidios tenidos como más graves. Homicidio simple y asesinato, al lado de cuyo binomio quedaba solamente, y en vía de desaparición cuando esto escribí, el ahora ya desaparecido parricidio. Lo que fue un proceso cultural de diferenciación parece volver a una simplificación originaria.

El asesinato, que nació por la calificación, en la Decretal *Pro humani*, de la muerte por mandato con el término venido de las Cruzadas, fue objeto de diversas interpretaciones condicionadas por las categorías de los sucesivos momentos históricos. Fueron muchos los materiales que logré reunir para la confirmación de mis hipótesis, y que utilizó E. Montanos en el trabajo que dio a la luz en los Estudios ya citados (19). En otra ocasión he de volver a ocuparme del asesinato, también porque parece un añadido posterior al título Part. 7, 27.

7.- Me interesé también, mientras tanto, por el procedimiento en caso de mujer forzada por influencia de Merêa (20), pues, aunque se trata del procedimiento en el Derecho municipal de la Edad Media, es mucho lo que se puede ver de la caracterización del delito a través del procedimiento que se sigue. Mas lo he arrinconado más de una vez por el hastío que me produce la actualidad del tema, que aún no ha trascendido a los historiadores. Para cuando comience a interesarles, me permito indicar el cuidado que se debe poner por el cambio que se operó en lo que los penalistas denominan bien jurídico protegido, que ahora es la libertad sexual, no vaya a ser que alguno, haciendo como acostumbra en casos semejantes, vea violación de la propia esposa en la Edad Media. De calificar como violación el forzamiento de la “puta conocida” los libraré la repetida advertencia de los fueros. He aquí un magnífico ejemplo de las modificaciones producidas por el cambio de las concepciones y, por ello, del cuidado en no emplear conceptos anacrónicos. Si bien la distinción podría ser resucitable para enjuiciar el novísimo tipo del acoso sexual.

Lo que sí ha trascendido, por la moda quizá y por la discusión de su licitud, es el aborto. Por cierto, que no me explico la admiración por el

(19) E. MONTANOS, *El asesinato*, en *Estudios*, cit. p. 256-316.

(20) P. MERÊA, *Sobre o regime da prova nas demandas de mulher forçada*, en *BFDC*. 38 (1963).

Procurato aborto de Nardi (21), al que no acabo de ver un trabajo específicamente histórico jurídico. Es, sin duda, una extraordinaria cantidad de materiales, pero buscados y expuestos quizá con otra idea, aunque pueden ser de gran utilidad cuando sean convenientemente utilizados con fines histórico jurídicos. Algo parecido a lo que sucede con su trabajo sobre el *culeus* de la pena del parricidio (22), que no puede considerarse una historia del parricidio, aunque en él se contienen muchos materiales e incluso ideas y conclusiones.

8.- Me he prometido hacer un trabajo sobre abigeato, tema que me ha preocupado en varias ocasiones. Siempre lo arrinconó, porque, llegado un momento, me asalta la duda de que he plasmado lo que a mí me parece que debería ser aquel delito, que doy por seguro que no acertaron a configurar los juristas romanos, como parecen opinar también F. Cancelli y U. Brasiello (23), por no comprenderlo, pues los romanos no fueron un pueblo ganadero. Y por seguirlos, Part. 7, 14, 19 lo califica de furto. Pero las Partidas en tema de delitos contra la propiedad no afinan precisamente, aunque critican a los que hablan de “furto de castiellos”.

9.- Fue para colaborar por lo que hubo de ocurrírseme el tema de *La criminalización de los derechos del pater familias*. Atribuí a efecto del *intellectus apretatus* la atinada elección, sin caer en la cuenta de que tal tema sólo se le podía ocurrir a quien hubiera estudiado la *patria potestas* y la patria potestad, y mucho hubiera dedicado también al Derecho criminal, para calificar el fenómeno evolutivo que había presenciado. Estaba, pues, prácticamente hecho. Lo hilvanó y lo dio a la imprenta E. Montanos (24).

10.- En el ámbito de la *patria potestas* no pude menos que encontrarme con el parricidio y los interesantes problemas que plantea, en especial su origen, su ampliación y su desaparición primera en la Edad Media, al pasar del ambiente familiar tardo romano, inspirado en la *pietas*, a otro basado en

(21) E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano* (Milán 1971)

(22) E. NARDI, *Lotre dei parricidi e le bestie incluse* (Milán 1980).

(23) F. CANCELLI, *Enciclopedia del Diritto* s. v. *Abigeato*; U. BRASIELLO, *Novissimo Digesto Italiano* s. v. *Abigeato*.

(24) E. MONTANOS, *La criminalización de los derechos del pater familias*, en *Estudios*, cit. p. 15-75.

la fidelidad, que dí en denominar natural frente a la jurada de los vasallos y también de la impuesta a algunos sirvientes. Puede verse ya este aspecto en *La criminalización de los derechos del pater familias* ya citado. Recientemente me hizo volver al parricidio algún trabajo, y hace muy poco la publicación de una tesis doctoral que, por el hecho de hacerse, supone algo de repulsa o de insatisfacción, al menos, de lo que se había hecho últimamente (25).

11.- Ahora me animo a volver, pero literariamente, por estos pagos que nunca abandoné, y lo hago especialmente porque me parece que las características de los actuales estudios de Historia del Derecho criminal hacen oportuno insistir en ciertas consideraciones conceptuales y metodológicas que no se observan o se hace inadecuadamente. Es mi propósito hacerlo a través de algún comentario sobre literatura histórico criminal de hoy y de más atrás, mediante alguna consideración metodológica después y, más adelante, utilizando estas normas que sostengo, en unas simples estampas sobre una figura criminal que considero debatida y paradigmática.

III.

1.- Últimamente, hemos comenzado diciendo, se han escrito algunos trabajos de Historia del Derecho criminal, que parecen ser más por el afán de ciertos autores de "republicar". No son muchos, pero insisten algunos autores en recordar el descuido de los tales temas por parte de los tratadistas.

Alguno de estos historiadores del que ahora denominan ya Derecho criminal hace balance de la bibliografía existente, y ya me adelanto a decir que parecen desconocer la de J. Lalinde (26), que estimo más completa y mejor. Se nos dice que, por no existir monografías, nos vemos obligados a acudir a obras de carácter general, y hasta se podía replicar que tanto mejor, pues, si bien, en general, las obras de síntesis se basan en monografías previas, siempre ha habido hombres geniales, con gran capacidad de síntesis;

(25) M. TORRES, *El parricidio. Del pasado al presente de un delito*. (Madrid 1991).

(26) J. LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona 1970).

y puede bastar la mención de Mommsen. Mas al hacer el balance de la producción se presenta uno que ya parece rutinario: el consabido du Boys y las no menos repetidas notas de Q. Saldaña al von Liszt, que no miraron, o el bueno de B. Gutiérrez, que nadie mira, con razón. Todo esto ya se convirtió en rutina, pero esta rutina de citar mezclados a Mommsen, Gutiérrez, du Boys y Ferrini ya es más grave, porque supone ausencia de toda crítica que, sabido es, nos obliga a valorar a los distintos autores, pues no tienen la misma autoridad. No se puede mezclar a Mommsen, Gutiérrez y Saldaña que, por otro lado, poco tienen que ver con Beneyto, Minguijón o el inidentificable J. M. Pérez. Así no se va a ninguna parte, ni tampoco denominando clásicos de la Historia del Derecho criminal a Hinojosa y a García Gallo, del cual, por cierto, no conozco estudio alguno específicamente criminal.

Acerca de la primera parte de este balance de los estudios de Historia del Derecho criminal que comentamos (27) se puede añadir alguna otra consideración, para insistir en la necesidad de una ponderada crítica, aparte de la valoración concreta de cada uno de los autores. Así y aunque sorprenda a alguno, debo repetir que el *Römisches Strafrecht* de T. Mommsen está en gran medida invalidado por la utilización de la dogmática moderna en el estudio y exposición del Derecho criminal romano. No quiere esto decir que no pueda ser utilizado, pero debe hacerse con el necesario discernimiento. Para aquellos que utilicen la traducción de P. Dorado les recomendaría que lo hagan siempre acompañados de la versión alemana para poder aprovecharse de las imprescindibles notas y verificarlas siempre en las fuentes, y, así, poder comprobar la labor de interpretación del autor. Otro tanto puede decirse de la *Esposizione* de C. Ferrini, quien hace también una especie de Manual moderno con el Derecho criminal romano, viniendo a resultar el Derecho criminal romano un Derecho semejante al actual. Puesto que nuestro expositor menciona la edición de Pessina (28), aunque alguna vez cita por otra, no deja de sorprender que no se citen las exposiciones *Diritto penale germanico rispetto all'Italia* de P. Del Giudice y *Diritto penale canonico* de Schiappoli, siendo así que son exposiciones generales interesantes, aunque no tanto ni por las razones que lo eran para Pessina. Es que en la *Enciclopedia del Diritto penale*, Pessina incluye en un primer volumen estas exposiciones

(27) Ya habrá advertido el lector que me refiero a J. SÁNCHEZ-ARCILLA, *Introducción*, en *Estudios* cit. p. 7 ss.

(28) E. PESSINA, *Enciclopedia del Diritto penale italiano* I (Milán 1905).

porque obedece a una hoy trasnochada concepción del Derecho italiano -al igual que el Derecho francés y el español- como un Derecho derivado y compuesto, fruto de la combinación de otros Derechos puestos en contacto; mezcla o combinación cuyos principales "elementos" son el romano y el germánico, que se suponían Derechos de estirpe, y el canónico, que había tomado como punto de partida el Derecho romano, pero procediendo con una gran independencia y originalidad. Sólo a título de información y por su rareza citaré, de España, el *Derecho penal canónico* del celebrado filósofo compostelano Amor Ruibal (29), para el que se dice haber contribuido su pariente, el frustrado penalista Amor Naveiro, a través de quien se operó la influencia de D. Schiappoli.

Un poco arrinconadas se dejan las exposiciones de Derecho criminal germánico. Ha remitido el entusiasmo germanista, y aunque la evolución del Derecho criminal hispánico se puede explicar, como en general, sin echar mano de importantes influencias del Derecho germánico, no por eso se debe relegar alguna importante exposición de Derecho criminal germánico, pues también puede ser ilustrador el conocimiento de R. His (30) y E. Wilda (31). Y también se debe tener en cuenta a F. Dahn (32), porque es siempre interesante para nuestro período visigodo, incluso en sus más novelísticos estudios. Y no se debe olvidar a H. Brunner (33), siempre esclarecedor. Si acaso, a propósito de germanismo, puede ser oportuno insistir en que se debería distinguir entre influencia del Derecho germánico e influjo de vivencia o espíritu germánico, que sí parece haberse dado y ser importante, y que es visible, por ejemplo, en modas de vestimenta incluso (34), que podría explicar algunas manifestaciones que parecen confundir a algunos autores, incluso a juristas (35).

Con los tratadistas actuales se deben observar criterios de valoración semejantes. Por cierto, que no se puede calificar como tratadista por la simple

(29) A. AMOR RUBIAL, *Derecho penal canónico* (Santiago 1921).

(30) R. HIS, *Geschichte des Deutschen Strafrecht bis zur Karolina* (Munich-Berlin 1928).

(31) E. WILDA, *Das Strafrecht der Germanen* (Italle 1842).

(32) F. DAHN, *Westgothische Studien. Entsbungsgeschichte, Privatrecht, Strafrecht, Civil-und Strafproces und Gesamtkritik der lex Visigothorum* (Würzburg 1974); *Die Könige der Germanen* (Würzburg 1861-1909).

(33) H. BRUNNER, *Deutsche Rechtgeschichte* (Leipzig 1906).

(34) J. L. MURGA, *La moda bárbara en la decadencia romana* (Pamplona 1993).

(35) J. ALVARADO, *Ordalías y Derecho en la España visigoda*, en *De la antigüedad al Medievo* (1993).

edición de la obra del práctico Antonio de la Peña, ni como monografía de Historia del Derecho criminal *La condición jurídica del nasciturus* de J. Maldonado (36). Y por cierto otra vez, que entre los prácticos tengo siempre muy en cuenta a L. Mateu y Sanz (37), y entre todos a P. Farinaccio (38), si bien no es fácil encontrar su obra, aunque se cita.

Pero decía también de la necesidad de la valoración crítica, porque no son iguales, por ejemplo, J. Orlandis y F. Tomás y Valiente. J. Orlandis desarrolló un tanto germanísticamente los temas insinuados por Hinojosa con resultado más bien brillante que convincente. F. Tomás y Valiente es muy celebrado por su *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, que me parece una Parte general, al uso hodierno, del Derecho criminal de la Edad Moderna, a la que denomina Monarquía absoluta; por lo cual será también un planteamiento anacrónico y, además, sociológicamente conducido. Dentro de esta línea de utilización, inconsciente quizá, de la dogmática actual se encuentra R. Roldán (39), de quien ya dije de viva voz. Aporta muchos materiales, sin duda, que le han sido aprovechados, pero su planteamiento es anacrónico, y sus calificaciones están hechas con categorías actuales las más de las veces.

Tampoco se deben citar conjunta e indiferenciadamente los autores de Manuales Minguijón, Riaza-García Gallo, Beneyto y Lalinde, porque no tienen la misma entidad ni igual valía. Minguijón, Riaza-García Gallo y Beneyto tienen cosas aprovechables, pero se debe poner a un lado, para diferenciarlo, a Lalinde. Su *Iniciación histórica al Derecho español* (40) es una obra magna. El autor puede que sea un dogmático que se fabrica su propia dogmática. Puede en ocasiones no atinar y, de hecho, muchas veces no es acertado, mas siempre es fecundo y aprovechable.

2.- En los momentos actuales, algunos autores insisten en afirmar que no se debe aplicar la dogmática actual a la reconstrucción del Derecho

(36) J. MALDONADO, *La condición jurídica del nasciturus* (Madrid 1946).

(37) L. MATEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali* (Madrid 1776).

(38) P. FARINACCIUS, *Praxis et Theoricae criminalis*, en *Opera omnia* (Venetiis-Romae-Lugduni 1603-1639).

(39) R. ROLDÁN, *Los delitos contra la vida en los fueros de Castilla y León* (La Laguna 1978).

(40) LALINDE, *Iniciación histórica* cit.

criminal del pasado, según también hemos dicho al comienzo, pero no parece claro lo que entienden por dogmática los que tal predicán, ni observan la recomendación que hacen.

Recientemente nos brinda E. Gacto un trabajo sobre *Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal en la doctrina jurídica de la Inquisición* (41). El autor, que es de los que hacen recomendaciones metodológicas, nos ofrece un primer párrafo en el que dice haber interpretado el término *defensiones* de los tratadistas del Derecho criminal inquisitorial en el sentido de o como circunstancias atenuantes. Traduce *defensiones* a nuestra terminología actual, y lo hace a sabiendas, según parece, de que “la moderna doctrina penal -que es bastante posterior a la doctrina penal de la Edad Moderna!!- (42) ha sistematizado científicamente el problema de las circunstancias modificativas en general y de las atenuantes en particular... “. Porque -sigue- “naturalmente, en la doctrina jurídica de la Edad Moderna la cuestión aparecía tratada con un grado de abstracción mucho menor”, pues ya dijo Tomás y Valiente que “la responsabilidad se mide siempre atendiendo a esas circunstancias, que hoy en día han sido objeto por la legislación y por la doctrina de un tratamiento general y sistemático; pero en la Edad Moderna no se da esa regulación sistemática, sino que las “circunstancias” se aprecian de modo particular en cada delito...” (43).

No hace falta juzgar. Se juzga por sí solo. Y es interesante, además, que Tomás Valiente tampoco atine, e incurra igualmente en el anacronismo de calificar, aunque sea con comillas, de circunstancias, porque no existían entonces, y las *defensiones* existentes parecen ser otra cosa. Ante todo, parece claro que los tales tratadistas hablan y teorizan de *defensiones*, que “podían” inclinar al juez a rebajar la pena. ¿Por qué pues, se traduce *defensiones* por circunstancias atenuantes, siendo así, además, que desde Compostela se ha demostrado que no existen circunstancias, tal como hoy se conciben, en el Derecho histórico, ya que aparecen en la codificación?

A mi parecer, se debe decir que los tratadistas del Derecho criminal de la Inquisición hablan en sus escritos, para adoctrinar a los jueces, de

(41) E. GACTO, *Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal en la doctrina jurídica de la Inquisición*, en *Estudios penales y criminológicos* 15 (Santiago 1992).

(42) Las admiraciones son mías.

(43) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (s. XVI-XVII-XVIII)* (Madrid 1978).

defensiones, especie de elementos accidentales que podían inclinar al juez, es decir, que el juez podía apreciar para imponer una pena inferior, porque el juez tenía arbitrio judicial; las *defensiones* se pueden seguir o no, según estime el juez. Sin embargo, las circunstancias modificativas de la codificación obligan al juez, que debe apreciarlas y aplicarlas so pena de incurrir en infracción de ley. Ya no hay arbitrio judicial. Es que las circunstancias emergen y el arbitrio judicial se sumerge. Por consiguiente, es un error calificar las *defensiones* como circunstancias atenuantes. No existen, pues, circunstancias atenuantes en el Derecho criminal de la Inquisición, y cualquier teorización y clasificación de las *defensiones* como tales circunstancias está invalidada, es un error.

Otro ejemplo tenemos en M. Torres en *El parricidio* ya citado, que incluso alude a los consejos vertidos por E. Gacto. Este trabajo me parece desconcertante y desatinado, pero no quiero hablar de él porque antepone que mereció las más altas calificaciones como tesis doctoral y que fue publicado con observancia de las sugerencias del tribunal calificador que relaciona, muy digno de respeto para mí, aunque le pasaron desapercibidos muchos planteamientos y afirmaciones censurables. Dejando a un lado, pues, el enfoque y desarrollo, sorprendentes para mí, de afirmaciones desatinadas, baste decir, y porque lo repite varias veces, la ya aludida calificación de eximente o “como una digamos atenuante” (sic) (44) que hace del adulterio en el parricidio romano, siendo así, además que de lo que podría ser eximente, si acaso, sería del homicidio del adúltero, figura que fue calificada por la dogmática penal como excusa absolutoria, precisamente porque lo que justificaba la absolución es que matara también a la mujer o a la hija. Y de las muchas afirmaciones pintorescas basta señalar las de pág. 7 y 21. En fin, que la historia del parricidio sigue sin hacer.

3.- Quizá pudiera ser un acierto prescindir de los penalistas actuales que se han interesado por la dimensión histórica en introducciones o en capítulos preliminares e incluso en estudios concretos. Sin embargo, considero que se puede hablar de alguno aunque sólo sea porque nos permiten hacer advertencias y consideraciones metodológicas. Como tales, y no como

(44) TORRES, *El parricidio*, cit. p. 64, 169 et passim.

historiografía, considero a los autores desde comienzos del período constitucional, cual Pacheco, Groizard, Laserna y Montalván, aún cuando hagan consideraciones sobre momentos anteriores.

Podemos comenzar por C. Camargo, que en su *La alevosía* (45) hace un capítulo que supera lo imaginable. Está tan firme en su concepto actual de la alevosía que la trasplanta y la ve existir desde siempre sin variación, aunque para ello tenga que interpretar arbitrariamente o alterar!! incluso los textos. Tiene también una monografía sobre *La premeditación* (46), cuyo capítulo histórico no es tan despropositado, aunque tampoco acierte, y no lo es porque sigue los estudios de Ferrini, del Giudice y Schiappole de la *Enciclopedia* de Pessina, además de Mommsen y E. Costa, lo cual no pudo hacer en *La alevosía*, porque el aleve es una figura delictiva típica y exclusiva del Derecho castellano-leonés, para la que no tenía bibliografía, y, después, al convertirse en circunstancia, lo fue exclusiva del Derecho hispánico. Unos años antes ya se había preocupado de la premeditación, entonces en el Derecho positivo español (47), y dedicaba el primer capítulo a los antecedentes legislativos; tan poco de fiar que ni siquiera cae en la cuenta de que Nov.Recop. 12 ,21, 3 es Ord.Alcalá 22, 1 que comenta inmediatamente antes.

Paradigmática puede ser la monografía de Fernández Albor (48), que en su forma doctoral se denominó *Contribución al estudio de la diferenciación dogmática entre homicidio y asesinato*, título más elocuente para ayudar a comprender la inadmisibilidad de un tal estudio histórico, al que se dedica un capítulo de unas cien páginas. Porque es sabido que al pasado no se le pueden hacer preguntas sobre problemas actuales que no conoció, y problema de actualidad, y que debatían por entonces los penalistas, era el de la conveniencia de establecer un homicidio simple y unos homicidios agravados bajo la denominación de asesinato, que parecía encuadrar en aquel cajón de sastre que era el artículo 406 del Código penal anterior. Era un proyecto de la dogmática penal que la Historia no conoció. El autor fue advertido, pero creyó zanjar el problema con el cambio de título y una nota previa a modo

(45) C. CAMARGO, *La alevosía* (Barcelona 1953).

(46) C. CAMARGO, *La premeditación* (Barcelona 1958).

(47) C. CAMARGO, *La premeditación en el Derecho positivo español*, en ADP. 8 (1955) 291-312.

(48) A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Homicidio y asesinato* (Madrid 1964).

de lema, pero conservó su labor. Así, vino a resultar que en todo tiempo se encuentra, por un lado, homicidio y, por otro, asesinato, considerando asesinato los homicidios más graves; por lo cual, venía a resultar que siempre existió la distinción homicidio-asesinato. Esto es lo que se deduce, pues el autor no hace más que ir presentando y describiendo las distintas figuras del pasado.

La realidad histórica, sin embargo, nos muestra un proceso que ya insinué más arriba, y que no dudo en repetir ampliado. La evolución histórica llevó a una diferenciación homicidio-asesinato después de que los errores de interpretación a lo largo de la historia convirtieron al asesinato en una especie de "mezcla" de todos los homicidios tenidos como más graves, un homicidio agravado, tras convertirse en simples circunstancias agravantes las diversas figuras de homicidio. Homicidio simple y asesinato, al lado de cuyo binomio quedaba, en vías de desaparición, el parricidio (49). Esto, pues, vino a ser el resultado de un proceso histórico, el punto de llegada que, naturalmente, no ha existido siempre.

El trabajo de M. Alonso sobre *El sistema de las circunstancias del delito* (50), publicado como tesis doctoral vallisoletana, contiene numerosas consideraciones históricas. Es claro cuál puede ser mi juicio, pues estimo que en el pasado no existen circunstancias tal y como se conciben en la actualidad; y es incorrecto incluso hablar de precedentes.

Un capítulo aparte, quizá, merecen algunos autores que hicieron exposiciones del Derecho de algún fuero que editaban, como Sancho Izquierdo con el *Fuero de Molina* (51), en el que ve Derecho penal, Derecho administrativo y Hacienda pública, o Peña Mantecón con el *Fuero de Salamanca* (52), del que injerta algún texto en un retórico y pobrísimo discurso doctoral, al uso de la época, y últimamente E. Ramírez con el *Fuero de Plasencia* (53), que parece una especie de historia del municipio y descripción institucional

(49) El parricidio no se contempla ya en la reforma operada por el Código de 1995.

(50) M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general* (Universidad de Valladolid 1982).

(51) M. SANCHO IZQUIERDO, *El Fuero de Molina* (Madrid 1916).

(52) M. PEÑA MANTECÓN, *Ensayo para un estudio histórico-crítico-comparado del Fuero de Salamanca* (Salamanca 1904).

(53) E. RAMÍREZ, *El Fuero de Plasencia* (Mérida 1987).

muy de tesina al uso en las Facultades de Filosofía y Letras. El trabajo de J. Guallart sobre *El Derecho penal de la Compilación de Huesca* (54) es la exposición que puede esperarse de un penalista: una especie de traducción al lenguaje penal de la actualidad. Su otro trabajo sobre *El principio de legalidad en los Fueros de Aragón* (55) nunca me ha sido asequible, pero el enunciado me produjo curiosidad y me sigue produciendo perplejidad, puesto que tengo para mí que ni siquiera Feuerbach es el autor de tal principio, sino que lo sería el partero del Estado, Hobbes, asustado por su creatura el Leviathan, y para ponerle freno. R. Gibert volvió a este tipo de estudios con uno sobre *El Derecho de la Novenera* (56) y con otro sobre *El Derecho de Sepúlveda* (57), pero los trabajos de Gibert, que, por lo demás, es historiador, son otra cosa, pues sigue el fuero y no hace calificaciones anacrónicas, de actualidad. Su utilización es provechosa, y recomendable por lo tanto.

IV.

No creo que hoy en día se pueda seguir afirmando que una de las cuestiones más agudas de los estudios histórico jurídicos sea el de la dogmática que se debe aplicar en la reconstrucción de los Ordenamientos jurídicos del pasado. Es que ha transcurrido medio siglo desde que se debatió la polémica suscitada por E. Betti respecto al Derecho romano, que fue debatida enérgicamente por los romanistas y que repercutió en la Historia del Derecho, dando lugar aquí a comentarios de cierta entidad acerca de los problemas que en este sentido plantea la reconstrucción histórico jurídica (58). Pero la polémica no quedó definitivamente decidida, pues restaron algunos partidarios de la utilización de las categorías actuales en la reconstrucción del pasado.

(54) J. GUALLART, *El Derecho penal de la Compilación de Huesca*, en ADA. 4 (1947-1948).

(55) J. GUALLART, *El principio nullum crimen, nulla poena sine previa lege en los Fueros de Aragón*, en HM.

(56) R. GIBERT, *El Derecho medieval de la Novenera*, en AHDE. 21-22 (1951-1952).

(57) R. GIBERT, *Los Fueros de Sepúlveda. Estudio histórico-jurídico* (Segovia 1953).

(58) Para hacerse una idea bastaría citar a G. CASANDRO, *Metodología storica e Storia giuridica* (Bari 1949) y H. R. HOETINK, *Les notions anachroniques dans l'historiographie du Droit*, en RHD. 23 (1955), sin olvidar las respectivas aportaciones metodológicas del fecundo B. PARADISI.

Después de esta polémica suscitada por la utilización del método dogmático, que sería más ajustado denominar bettiano, se han alcanzado algunos esclarecimientos, sobre todo en el estudio de la Historia constitucional alemana, que permiten superar dudas y sentar conclusiones más firmes, según hemos de ver.

1.- Pero antes de seguir con estas consideraciones acerca del método dogmático y de la dogmática, voy a permitirme unas breves consideraciones acerca de método. No voy a decir nada acerca de la importancia del método, porque ya está sobradamente dicho, tanto, quizá, que se había manifestado en el mundo de la investigación jurídica una reacción contraria a las obras especiales sobre método, insistiendo en que las preocupaciones metodológicas se volcaran en la propia labor investigadora, puesto que, la mejor metodología, se decía, es la que se desprende de la labor científica de los maestros. Siempre fui secuaz de este planteamiento, y procuré imitar a los que me parecieron admirables. Sin embargo, algunas veces vuelvo, con preocupaciones concretas ya, a lo que en su día me hubo de ocupar por mor de la necesaria información.

No son muchas, por lo demás, las obras de metodología histórica y de la Historia jurídica de que disponemos, y que voy a recordar porque las veo ausentes en los "Proyectos de Investigación" de los actuales Concursos de Cátedras, que han sustituido a la antigua "Memoria" por lo que tenía de la denigrada Oposición y por considerarse "traslaticia", sin caer en la cuenta de que sería peor que se hubiera hecho "perpetua", como el Edicto del Pretor; y a partir de entonces ya nadie lee ni copia siquiera, porque se fotocopia.

Decía que no era mucha la bibliografía metodológica que circulaba. La *Introducción al estudio de la Historia* de W. Bauer (59) había superado la obra de E. Berhein (60) en la que se habían fundado casi todas las anteriores, al lado de la cual se mantenía la admiración por las virtudes de J. Huizinga (61). Y de los españoles García Villada (62).

(59) W. BAUER, *Introducción al estudio de la Historia* (trad. García de Valdeavellano) (Barcelona 1944).

(60) E. BERNHEIN, *Introducción al estudio de la Historia* (Barcelona 1937).

(61) J. HUIZINGA, *El concepto de la Historia y otros ensayos* (México 1946); *Sobre el estado actual de la Ciencia histórica* (Madrid 1934).

(62) Z. GARCÍA VILLADA, *Metodología y Crítica históricas* (1921).

Entre las metodologías histórico jurídicas campaban por sus respetos von Schwering (63) y E. Besta (64), al lado de los cuales se fueron añadiendo, por citar a nuestros más conocidos, Pitzorno (65), Cabral de Moncada (66), K. S. Bader (67) y los ya citados Casandro y H. R. Hoetink, junto con el siempre interesante B. Paradisi (68). Entre nosotros es obligado destacar las obras de los romanistas U. Álvarez (69) y A. d'Ors (70), con importantes consideraciones metodológicas, así como las orientaciones bibliográficas de las *Lecciones* de Torres López (71) y, sin duda alguna, las varias, aunque no siempre elogiadas, obras de García Gallo (72).

Cuando estaban así las cosas, algo que no se me alcanza debe de haber ocurrido porque, sin más, apareció el ya inesperado segundo volumen de la *Metodología* de Hernández Gil (73), y reimpresos ambos volúmenes, con alguna ligera modificación inicial, en sus *Obras completas*. Se hace una traducción más, ahora parece que la definitiva, de la acreditada obra de K. Larenz (74) y sigue apareciendo con regular periodicidad la ciclópea de Vallet de Goitysolo (75), como una especie de codicilo proporcionado a su enorme legado.

He dicho algo debió de haber ocurrido, a pesar de tener por casi seguro que la publicación de estas metodologías no obedece a causa estimable

-
- (63) C. von SCHWERING, *Einführung in das Studium der germanischen Rechtsgeschichte in ihrer Teilgebiete* (Friburgo 1922).
- (64) E. BESTA, *Avviamento allo studio della Storia del Diritto italiano* (Padua 1926).
- (65) B. PITZORNO, *Elaborazione scientifica della Storia del Diritto italiano* (Padua 1928).
- (66) L. CABRAL DE MONCADA, *O problema metodológico na ciência da História do Direito português*, en *AHDE*. 10 (1933).
- (67) K. S. BADER, *Aufgabe und Methoden der Rechtshistorikers* (Tubinga 1951).
- (68) B. PARADISI, *I nuovi orizzonti della Storia giuridica*, en *RISG*. 6 (1952-53).
- (69) U. ÁLVAREZ, *Horizonte actual del Derecho romano* (Madrid 1944).
- (70) A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (Salamanca 1943).
- (71) M. TORRES LÓPEZ, *Lecciones de Historia del Derecho español I* (Salamanca 1935).
- (72) A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español II. Metodología y fuentes* (Madrid 1971); *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, en *AHDE*. 23 (1953); *Cuestiones de historiografía jurídica*, en *AHDE*. 44 (1974).
- (73) A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho I* (Madrid 1944); *Metodología del Derecho II* (Madrid 1971); *Obras completas V. Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid 1988).
- (74) K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. Rodríguez Molinero) (Barcelona 1994).
- (75) J. B. BALLEST DE GOITYSOLO, *Metodología jurídica* (Madrid 1988); *Metodología de las leyes* (Madrid 1991); *Metodología de la determinación del Derecho* (Madrid 1994).

alguna, aunque vienen como de perlas para advertir de la situación de ausencia de información conceptual y rigor metodológico que se observa, y que acabo de atribuir en buena parte a la falta de lecturas, consecuencia en buena medida, para mí, de la supresión de la tradicional "Memoria".

2.- Durante mucho tiempo no hubo duda acerca del método utilizable para la investigación de la Historia del Derecho. El método histórico crítico constituye un delicado medio de investigación que ha conducido a la obtención de valiosos resultados y, a pesar de su repulsa en algunos ámbitos, su sustitución no parece aconsejable en el horizonte metodológico de nuestros días. Se intentó, pero no se ve otra cosa que la previsible bajada del nivel científico de los estudios histórico jurídicos. Su esencia estriba, como es sabido, en dirigirse a las fuentes críticamente con ánimo de reconstrucción histórica. Consiste en un análisis filológico de las fuentes hasta obtener la mayor depuración de las mismas (76).

La labor de crítica es particularmente interesante para la Historia del Derecho, porque la Historia del Derecho es Historia de textos, y los textos jurídicos han llegado a nosotros frecuentemente modificados por diversas causas. Se hace necesario descubrir las modificaciones e incluso sus causas, hasta obtener la mayor depuración, si queremos hacer una Historia científica, bien sea por su exactitud o por su verificabilidad.

El gran medio que prestigió al método histórico crítico en el sector de la romanística fue la llamada crítica de interpolaciones. Pero el método presenta unas perspectivas más amplias, y cualquier otra técnica de investigación histórica le es aplicable. He ensayado esta técnica en nuestros textos medievales con visible resultado, y especialmente en el estudio de las arras (77), de las mandas (78) y de las aventajas (79), a pesar de que nuestros textos medievales, especialmente los fueros municipales, solían añadir los

(76) Una breve exposición de este método puede verse en A. d'Ors (*Presupuestos* cit. p. 40 ss). Las obras de von Schwerin (*Einführung* cit.) y de E. Besta (*Avviamento* cit.) son una ejemplar adaptación del método crítico a la Historia jurídica.

(77) A. OTERO, *Las arras en el Derecho español medieval*, en *AHDE*. 25 (1955).

(78) A. OTERO, *Mandas entre cónyuges*, en *AHDE*. 28 (1958).

(79) A. OTERO, *Aventajas o mejoría*, en *AHDE*. 30 (1960).

nuevos preceptos al núcleo originario, conservando los antiguos sin apenas manipulaciones; superposición, por lo demás, que permite seguir la evolución de los institutos aún mejor, como también se puede apreciar en estos trabajos aludidos. Pero de poco ha valido, a no ser para que se me tachara de romanista, lo cual he tomado como un elogio. Y siempre me mantuve fiel al método crítico.

3.- La preocupación de nuestros historiadores del Derecho actualmente parece ser la dogmática aplicable en la reconstrucción del Derecho del pasado, a juzgar por la repetición que hacen de que no se debe aplicar la dogmática actual que, a pesar de todo, siguen aplicando, como hemos comprobado.

La dogmática, se dijo, equivalió al dominio de lo que Wieacker denomina positivismo científico y que Koschaker denominó *Juristenrecht*. Pero no conviene hablar de Dogmática sino a partir de Ihering, quien combatió las exageraciones del conceptualismo a que había llegado la Pandectística y propugnó la construcción de un sistema orgánico denominado Dogmática. Mas lo que sea la Dogmática no es todavía claro, si bien parece entenderse por Dogmática jurídica el conjunto de conceptos sistemáticos que parecen mostrarse con la pretensión de líneas fundamentales de la Ciencia jurídica; y para hacer resaltar su inderogabilidad se importó del campo teológico el término dogma con que se designa. Pero esta dogmatizada Dogmática, por lo que se puede comprobar, padece de relatividad histórica, pues varía en continua creación y carece de la pretendida rigidez dogmática, que incluso en la Escuela vienesa aspiró a ser la garante de un Derecho sin Historia.

Es todavía más difícil entender la aplicación del denominado método dogmático (80), que parece consistir, en Betti al menos, en la utilización de categorías jurídicas modernas en la labor de reconstrucción del pasado. Es comprensible que, en la labor de interpretación y reconstrucción del pasado, el historiador no pueda despojarse totalmente de las categorías mentales con las que fue formado como jurista actual, pero debe procurarlo, y demostrará

(80) Para una completa exposición del método dogmático con documentación bibliográfica sobre la polémica suscitada por Betti, vid. U. Álvarez (*Horizonte* cit. p. 291 ss.).

tanto mayor sensibilidad histórica cuanto más se adapte a la época que trata de reconstituir y cuanto menos trasplante ideas que son actuales.

De acuerdo que la Historia no es, ni puede ser, reconstrucción fiel e integral del pasado, sino que siempre tiene algo de visión del historiador y actualización del pasado. Por eso, en parte es inevitable al interpretar y necesario después al reconstruir, la utilización de conceptos actuales, pues el prescindir totalmente de ellos podría ser tanto como renunciar a traducir a nuestro lenguaje los términos del Derecho histórico por el peligro de que cada traducción puede ser una traición, lleva consigo el riesgo de revelar un pensamiento íntimo (81). La solución puede ser hacer una advertencia cuando se traduce, como puede ser el uso de las comillas.

Conocí y tengo presente la discusión metodológica suscitada en su día por Betti, pero para mí fue mucho más ilustradora la lección vivida en el seno del círculo jurídico de Carl Schmitt, porque fue acompañada de deslumbrantes resultados prácticos acerca del influjo de las ideas actuales en la interpretación y exposición del pasado.

Los investigadores en general, pero especialmente los de la Historia constitucional alemana, procedieron en la investigación y exposición del pasado con categorías procedentes del ámbito del Estado moderno, trasladando incluso las ideas de Estado, Soberanía, Territorio, Administración y demás a momentos anteriores al nacimiento del Estado, con lo cual han deformado, sin duda, la realidad histórica. Böckenförde dio la voz de alarma y demostró la deformación operada en un documentado e ilustrador trabajo (82). Ya antes, Otto Brunner (83), influido también por las aclaraciones de Carl Schmitt acerca del origen y de la verdadera idea del Estado moderno y de las figuras que lo circundan, ha sabido percibir ese condicionamiento que sufrieron los predecesores y, eliminando conceptos anacrónicos y procediendo con categorías de la época correspondiente, ha llegado así a una mejor

(81) HOETINK, *Les notions anachroniques* cit. p. 17 ss.

(82) E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die Deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19 Jahrhundert* (Berlín 1961).

(83) O. BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter* (Viena 1965).

comprensión de los fenómenos del pasado, en especial de los medievales. Y éste es también el claro proceder de algunos autores como R. Schnur, R. Kösselleck y otros, influidos también por las ideas schmittianas.

En el seno de la Historia del Derecho español no han tenido eco estas manifestaciones, que sí se han escuchado con fruto en otros países, y en otras disciplinas aquí. Y bien que nos hubiera venido, porque aquí tenemos de todo: tenemos Estado visigodo y Estado medieval, Administración medieval, relaciones Iglesia Estado en todo tiempo, Derecho territorial visigodo y medieval, sin que falten uxoricidio y circunstancias agravantes en la Edad Media, así como usufructo y *patria potestas* en la Alta Edad Media. Cualquiera día se encontrará usufructo de acciones en el Fuero de León (84).

V.

Qué duda cabe que no pretendo hacer un estudio completo del parricidio ni del hurto o del asesinato. *Sine ira pero cum studio* quiero hacer, como ya insinué, una especie de boceto sobre una figura que considero paradigmática, pero debatida, con la utilización de las reglas que, a pesar de haber sido señaladas algunas, mejor quisiera que se desprendieran de estas mis pinceladas. Lo haré sobre el parricidio, intentando retocar un poco el cuadro un tanto oscuro que se nos ofrece.

1) En un principio estimo que debió de distinguirse matar a uno del grupo o matar a uno ajeno a él, porque el Derecho sancionador existente en

(84) No es difícil encontrar ejemplos ilustrativos. Uno de los más gráficos y de los más significativos que podría aportar del error derivado de la utilización de conceptos anacrónicos, y quizá de algo más, es el de E. de Hinojosa en su celebrada *Historia General del Derecho español* (Madrid 1924). Dice en la pág. 335:

Los germanos no conocieron al principio la propiedad individual de la tierra, incompatible con su género de vida nómada y errante. El territorio se consideraba propiedad del Estado, el cual lo daba en usufructo, sirviendo de base a la distribución anual de los campos laborables, la división de gentes y familias. Tal era la organización de la propiedad territorial, según la describe César en el año 51 antes de Jesucristo (1).

(1) César. De bell. gall., 22. *Agriculturae non student, majorque pars eorum victus in lacte, caseo, carne consistit. Neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprias, sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui tum una coierunt, quantum et quo loco visum est agri, attribunt anno post alio transite cogunt*

la organización social solía distinguir para muchos efectos a los que no son del grupo, de los miembros del grupo, que eran iguales, eran parecidos, eran pares. Por consiguiente, se distinguiría matar a uno del grupo, a un par, o matar a uno ajeno, a un extraño.

Tenía la impresión de que, en la discusión etimológica del término parricidio, había llegado a prevalecer la que se refleja en el *Thesaurus* (85); esto es, parricidio sería la muerte de persona de la misma *gens*, de un par. Sería, pues, muerte de uno de aquellos que con el tiempo pasaron a ser ciudadanos. Y veía una confirmación de esta distinción entre pares, ciudadanos y extranjeros o extraños al grupo en la diferenciación entre vecinos y albarranos que se da en nuestros fueros municipales (86), como consecuencia, quizá, de la regresión, y con la consecuencia de mayor sanción para la muerte del vecino, del par. Diferenciación que, por la misma razón, se observa en todas las leyes populares germánicas, Derechos germánicos cuya principal característica sigue pareciéndome el primitivismo (87).

Pero esta conclusión etimológica no tiene, que yo sepa, respaldo en los textos. Los textos, incluso los puramente literarios, cuando dicen, nos dicen ya de un parricidio referido a la muerte del *pater*, del padre; que nunca podría venir a ser parricidio, sino patricidio. Así, pues, según la hipótesis etimológica, lo que había sido muerte de un par, de un *pater*, pasaría a ser la muerte del padre de uno.

Por consiguiente, se hace necesario justificar, o explicar al menos, esta reducción, que bien pudo ser debida a la universalización, tan patente en el mundo romano desde cuando el grupo ciudadano superó al gentilicio; proceso de universalización con el cual pudo colaborar la tendencia abolicionista, a fin de reservar la pena, especialmente odiosa la del odre, para el que se pudo haber considerado el más grave de los crímenes.

(85) THESAURUS, X, I s.v. *parricida: prima pars vocis compositae primitus homines eadem gente vel origine coniunctus, deinde, sc. tempore legum antiquissimarum, usu dilato omnes ingenuos vel cives significas evidetur, sed postea Romani vocen, quam nimirum cum parens vel pater iugebant...*

(86) Por ejemplo, F. Ledesma 348 y F. Madrid 9, 16.

(87) Para quien disponga de él, es más fácil consultar en P. CANCELANI, *Barbarorum leges antiquae* (Venetis 1781-1792).

Mas, como contrapartida o como una especie de flujo de aquel reflujo, se operó una ampliación de los que se denominan ahora sujetos pasivos del delito. Ya no sólo era matar al padre, sino también a parientes más alejados -*alios propinquos*-, como los ascendientes, hermanos y patronos, operada en Constantino (CTh. 9, 15 = Brev. 9, 12). La extensión del parricidio puede que sea explicable por el tránsito de la familia agnaticia a la cognaticia, porque, si bien dicha constitución dice sólo *aut omnino affectionis eius*, debe tenerse en cuenta que Liber 6, 5, 17 y 18, procedentes de la repetida constitución y alguna otra próxima, hablan y generalizan *proximos sanguinis sui*.

Un poco más difícil tuvo que haber sido la inclusión de la mujer, porque en el matrimonio *cum manu* la mujer estaba *loco filiae*; por tanto, incluso en el *ius vitae ac necis*. Pero esta situación ya estaría minada por su condición de *mater*, sobre todo frente al hijo, y a medida que la mujer, por las influencias conocidas (88), había ido adquiriendo relevancia, primero en el campo ético y, poco a poco, en el campo jurídico, aunque sin llegar nunca a adquirir la *potestas*. Su inclusión, por tanto, pudo tener lugar antes, pero ya era posible al desaparecer el matrimonio *cum manu* en el régimen de matrimonio libre. ¿Cuándo pudo ser? Lo cierto es que ya aparece incluida la muerte de la mujer por el marido en la *Lex Pompeia de parricidiis* (D. 48, 9, 1) del año 55 a. C., antes, pues, del Principado, en que ya no tenemos datos de persistencia del matrimonio *cum manu*.

En todos los sentidos, sin embargo, vino a ser la muerte del hijo la más trascendental incorporación al parricidio, porque suponía una limitación del carácter absoluto de la *patria potestas*, puesto que venía a ser la supresión del *ius vitae ac necis*, el más absoluto de los poderes del *pater* y, también una radical desnaturalización de la figura del crimen, que, se debe recordar, comenzó siendo la muerte del padre por parte del hijo. El giro era realmente copernicano. Tan copernicano era que escandalizó, hasta el punto de llevar a no titular parricidio a aquel conjunto de muertes, como hemos de ver. Y así se explica el cambio de denominación del *crimen*, crimen que ya será la muerte de *alios propinquos* o de *omnio affectionis eius* o bien de *proximos sanguinis sui*. Si bien ya desde viejo se venía distinguiendo, puesto que a la

(88) A. OTERO, *La patria potestad en el Derecho histórico español*, en *AHDE*. 26 (1956) 216 ss.

muerte de los *propinquos* se aplicaba la pena de la *Lex Cornelia* y no la típica del parricidio, el *culeus*, que prefiero denominar odre porque refleja la impermeabilidad. A estas alturas, por consiguiente, aunque los romanos no lo hayan hecho, parece acertado hablar o distinguir un parricidio propiamente dicho, en sentido estricto y un parricidio en sentido amplio, como insinúa Nardi (89).

La inclusión del hijo en el parricidio debió de ser un largo periplo. Es que el derecho de vida y muerte, aunque absoluto, debería ejercerse con sujeción a ciertas formalidades, que parece reflejarnos Ulpiano (D. 48,8,2) (90) con el reconocido añadido final de procedimiento ante el *praeses provinciae* de sabor muy tardío. Adriano vendría después a limitar, puesto que excluye la arbitrariedad, en cuanto que sanciona la muerte del hijo por atrocidad, por hacerlo más bien como un ladrón que como un padre que ejerce su derecho (91). Limitación, pues, pero reconocimiento todavía del derecho de vida y muerte. La supresión de este *ius vitae ac necis* la hará Constantino en su constitución del año 318 (CTh. 9,15,1= Brev. 9, 12), que califica ya como parricidio, y castiga con la pena del *culeus* al padre que diere muerte a su hijo. Es aquella constitución que hemos dicho que debió de producir, si no escándalo, si sorpresa, por lo cual se debió de sustituir en CI. 9,17 la tradicional rúbrica *De parricidiis* por la nueva *De his qui parentis vel liberos occiderunt*, como también se hizo en Occidente. Era la consecuencia de la conversión de la *patria potestas* de un poder absoluto en un *officium pietatis*.

Comienza a retroceder el parricidio, no es que comience a desaparecer. Su desaparición temporal, claro, ha de ser repentina y más adelante. Lo que ocurre ahora, y que va a tener su reflejo más gráfico en *Liber* 6,5,17 y 6,5,18, es que, a la vista de la ampliación desnaturalizadora de sujetos pasivos, algunos textos dejaron de denominar parricidio, pero otros conservaron la terminología. No es que el parricidio desapareciera ya en tiempos de Eurico

(89) NARDI, *Lotre dei parricidi* cit.

(90) D. 48, 8, 2: *Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet.*

(91) D. 48, 9, 5: *Divus Hadrianus fertur, quam in venationes filium eum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis, quam patris iure interfecit; na patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

en la *antiqua* 6,5,18, *De his qui proximos sanguinis sui occiderint*, y reapareciera en el ambiente más culto de Chindasvinto en la ley 6,5,17, *De parricidis et de eorum rebus*, como en su día insinué a E. Montanos (92). Sería que *Liber* 6,5,17 y 6,5,18 se inspiran en constituciones distintas. *Liber* 6,5,18 se inspira en una constitución que había dejador de titular parricidio por las razones apuntadas, y *Liber* 6,5,17, como obra de Chindasvinto, sería una vuelta al Breviario, a la constitución Brev. CTh. 9,12, que todavía titulaba y calificaba de parricidio, en aquella labor de preparación de la codificación en *Liber iudiciorum* del Edicto -más visigodo ya por la reforma de Leovigildo (93)- y de las leyes -leyes ahora y no edictos- de los monarcas posteriores a Leovigildo, muchas de ellas, como ésta, actualizadoras de las *leges* más usadas del Breviario (94); forma de codificación por lo cual el *Liber* pudo haber suplantado al Breviario; suplantación que, por no haberlo apreciado así, sorprendía a Paulo Merêa (95).

2) Ya estaban así las cosas en el Derecho romano y así siguieron en el Derecho visigodo, como hemos visto. En el Derecho romano, matar a determinadas personas, padres y los mas próximos parientes, era parricidio, pero la grave pena del odre se aplicaba solamente a la muerte de unos pocos, a los que propiamente se le podía aplicar la calificación de parricidio, puesto que a la muerte de los otros se aplicaba la *Lex Cornelia*. Es por esta razón por lo que parece recomendable, según dijimos, distinguir un parricidio propiamente dicho, el que se seguía sancionando con la pena del odre, y un parricidio en sentido amplio; distinción que se hacía en la práctica, pero que los romanos no teorizaron. Mas conviene advertir que, en el Derecho visigodo, al desaparecer la pena del *culeus*, esta distinción pierde el sostén de la pena distinta, pues *Liber* 6,5,17 y 6,5,18 hablan simplemente de *morte puniatur* y de *morte damnetur*, sustituida en la versión de Ervigio de 6,5,18 por *traditio in potestate*, que no se hizo en 6,5,17, con lo cual se unifica la sanción y desaparece la base para distinguir.

3) Sigue pareciéndome que el parricidio, tal y como lo hemos visto consolidarse, desapareció en la Alta Edad Media; pues, sencillamente, porque

(92) MONTANOS, *La criminalización* cit. , en *Estudios* cit. p. 51.

(93) Con esto ya he querido decir que puede ser menos Edicto por ser el edicto reformado por Leovigildo, revestido o a punto de revestirse de *plenitudo potestatis* y, por tanto, de poder legislativo.

(94) Vid. OTERO, *Las partidas y el Ordenamiento de Alcalá* cit. p. 468 n. 17.

(95) MERÊA, *Estudos de Direito hispánico* cit. Prólogo.

no se encuentra el término parricidio en los textos de la época (96), debido no sólo a la culminación de aquella excesiva extensión a que hemos aludido. El hecho de que no se mencione podría bastar, pero es que no se emplea a pesar de que se siguen sancionando conductas que en momentos anteriores se calificaban como parricidio. Pero ya sé de la dificultad de algunos para comprender estas que denomino desapariciones, temporales o virtuales también, pero desapariciones al fin y al cabo. Espero que la reciente desaparición del parricidio ayude a comprender la medieval, aunque tengan motivación distinta, y haga innecesario citar la desaparición del usufructo, de la *patria potestas*, de la mejora y otras más que se dieron en la Edad Media. Porque el parricidio ha vuelto a desaparecer en el Código penal de 1995, ahora porque, según ha dicho algún político legislador, no es más grave matar al padre, queriendo decir quizá que bastaba hacerlo homicidio agravado. Ya veremos como fue la desaparición en la Edad Media.

Se ha dicho que los textos municipales altomedievales no contemplan la figura del parricidio por su carácter de Derecho especial (97). De haber repetido exactamente mi formulación se hubiera dicho que los fueros breves son un Derecho especial complementario del *Liber iudiciorum*, por lo cual, al no contemplar el parricidio, podría sospecharse que en este tema seguiría rigiendo el *Liber* y, por consiguiente, subsistiría el parricidio como allí se regulaba. Pero inmediatamente se aprecia que los fueros extensos, que ya no son un Derecho especial complementario, sino que tiende a sustituir al *Liber*, no contemplan la figura del parricidio o, para mejor decir, al tratar -ahora por separado- la serie de muertes que lo constituían, no las califican como parricidio. Y no calificarían así porque el parricidio e incluso el término estarían olvidándose u olvidados, como parece demostrar también el Fuero

(96) Solamente, que yo sepa, en el fuero de Alfonso VI a los clérigos de Astorga en 1087 se dice: *Idcirco omnino aufero a vobis clericis supradictae Sedis Nuctium, Magneriam, Fossatia, Raussium, homicidium, parricidium, poena calida, pausatarias, invitas tam ex parte Regia quam Episcopalia*. (J. RODRÍGUEZ, *Los Fueros del Reino de León II* 1981, p. 43).

(97) J. SÁNCHEZ-ARCILLA, *El parricidio*, en *Estudios* cit. p. 187 ss. Este autor, que conoce de viejo mis ideas sobre parricidio y ésta de su desaparición en la Edad Media convertido en traición a través de su colaboradora, parece debatirse en un intento de probar que no sea exacta, sin decirlo, claro, porque hacerlo mientras yo no escribiera, sería una indiscreción reveladora. Pero al final parece que viene a aceptarla sin admitirlo, al opinar que cuando deja de aplicarse el *Liber*, los fueros extensos, en los supuestos antes calificados como parricidio, impondrían la pena del traidor.

Juzgo que, al hacer la versión romanceada de *Liber* 6, 5, 18 y 6, 5, 19, omite el término parricidio que empleaban. Estaba olvidado el término y era anacrónica la figura por los trascendentales cambios operados; y tanto se llegó a olvidar y tan extraño se hizo que ni siquiera se restableció al recibirse el parricidio con el Nuevo Derecho en las Partidas.

Decíamos que los fueros breves no mencionan al parricidio, y que los fueros extensos, al tratar la serie de muertes que lo constituían, no las calificaban como parricidio, y antes de pasar adelante debemos añadir que no todos los fueros extensos contemplan separada o especialmente la muerte de los parientes próximos; concretamente, los fueros de la Extremadura leonesa no se ocupan de esas muertes contempladas en la otra Extremadura. Siempre cuido comparar estas dos zonas de desarrollo del Derecho municipal porque presentan notables diferencias, sobre todo en Derecho patrimonial familiar, que repercute en la responsabilidad económica por la comisión de delitos; piénsese en la no responsabilidad económica, claro, de los padres por los delitos del hijo emparentado y de la mujer por los de su marido, hasta el punto que se repite insistentemente: *e este la sua mulie con la sua medietate a saluo*.

En todo este amplio conjunto de Zamora, Salamanca, Alba, Coria, Cima-Coa y Usagre-Cáceres, excluidos claro está los enclaves Béjar y Plasencia, solamente se ocupan de nuestro tema, aunque indirectamente, F. Zamora 5 y F. Ledesma 196.

F. Zamora 5 (98) nos dice que el hijo que hiere a su padre o a su madre sea desheredado. Viene a ser la formulación de una causa de desheredación, que lo es por doquier, más que una disposición penal. Y F. Ledesma 196 (99) dispone que no debe pechar homicidio el padre que por "pecados" mata al hijo o a sobrinos hijos de hermana. Tomando pecados por malfechos difícilmente se podría pensar en ejercicio de un derecho de corrección. De cualquier forma no alude a parricidio. Así, pues, ni uno ni otro texto asoma siquiera el término parricidio.

(98) F. Zamora 5: Quien so padre osua madre ferir osobre cruz iuramentar, sea deseredado e non aya parte en so auer.

(99) F. Ledesma 196: Quien matar su fijo.- Todo omne que por pecados matar fijo o fija o sobrino o sobrina fija de yrmana, non peche omizio.

Argumentar que en el Reino leonés se aplicó más intensamente el *Liber udiciorum* para justificar la ausencia del parricidio en los fueros leoneses se encontraría con la prueba de que el Fuero Juzgo suprime el término calificador; y en León hay varias versiones romanceadas del *Liber* anteriores a la oficial, que lo suprimirían también.

No son muchos, por lo demás, los datos que proporcionan los fueros extensos de la Extremadura castellana para aclarar lo acontecido con el parricidio. Encontramos en casi todos los fueros de esta zona y sus derivados disposiciones acerca del supuesto de la mujer que mata al marido, y se aprecia una coincidencia general en la sanción: *sea quemada, si prouado fuere, o saluese por fierro caliente*. La sanción y la prueba son las típicas de la mujer; son las que se les impone en casi todos los Ordenamientos municipales por la comisión de los delitos considerados más graves (100), pero el hecho no se califica de parricidio ni se hace calificación alguna (101), con la única excepción de F. Brivesca 4, 17, 10 que hemos de ver califica de traición o aleve.

Insisten menos los fueros en la contemplación de la muerte de la mujer por parte del marido, y no se da la coincidencia en la sanción observada para la mujer. Unos, como F. Brihuega 55 (102), imponen una simple sanción económica, aunque fuerte, y lo declaran enemigo, y otros, como F. Alcalá 71 (103), establecen muerte y pérdida de *lo suyo*; pena que recuerda la de traición.

F. Soria 511 nos permite dar un paso más, porque, después de establecer la general pena de hoguera para la mujer que mata a su marido, nos dice que el marido que mata a su mujer debe morir por ello, *que sea primero rastrado e despues enforcado* (104), disposición que se debe completar con F. Soria 506 (105), texto que añade la sanción económica, que también

(100) Vid. A. OTERO, *El riego de los fueros municipales*, en *AHDE*, 29 (1959).

(101) F. Cuenca (295) 11, 43; F. Zorita 267; F. Béjar 342.

(102) F. Brihuega 55: *Tot omne qui su mujer matare, a sabendas, peche CC et VIII morabetinos et salca por enemigo della...*

(103) F. Alcalá 71: *Todo omne qui su mujer matare, muera.- Todo omne qui su mujer matare, muera por elo, si lo podiere aver, e pierda lo suyo.*

(104) F. Soria 511: *Si mugier alguna matare su marido, muera por ello en muerte de fuego. Otrossi si alguno matare su mugier, muera por ello, que sea primero rastrado o despues enforcado, saluo si la matare fallando la faciendo adulterio con otro.*

(105) F. Soria 506: *Maguer dicho es que la mugier pierdalo que ouiere por el mal fecho que fiziere el marido; pero si el marido matare su mugier ola mugier su marido, el malfechor*

corresponde, y el destino de las calañas y de sus bienes con la consideración, que volveremos a ver, de la pérdida del pariente y del algo.

La pena establecida por F. Alcalá 71 nos hacía recordar la de la traición, y ahora la pena de muerte establecida por F. Soria 511 y 506, junto con la forma de ejecutarse, nos aclara definitivamente que la muerte de la mujer por el marido se sanciona como la traición, pero no se califica de tal -no así, más adelante veremos por qué, la muerte del marido por la mujer-, puesto que F. Soria 491, tomado de F. Real 17, 2, establece que todo el que mata a traición o aleve debe ser arrastrado, ahorcado y pagar las calañas dobladas o todos sus bienes; a traición o aleve, porque sabido es que los fueros usan indistintamente y juntamente también traidor y alevoso en ocasiones (106). Así, pues, se sanciona como traición, aunque sin calificar de tal, pero no se califica de parricidio.

También califican de traición los textos de los fueros extensos -no muy abundantes, por cierto- que contemplan la muerte del padre por parte del hijo, la forma más genuina del parricidio propiamente dicho. La calificación de traición se hace de una forma tan clara y contundente que sorprende que no haya sido advertida por los historiadores del parricidio, pues no la han proclamado, así como tampoco anunciaron la desaparición del parricidio, sustituido por la traición. Ya F. Brihuega 61 (107) lo establece claramente, pero el Fuero de Soria lo hace de una manera meridiana, y, al recoger el Fuero Real, aporta consideraciones que arrojan luz sobre la desaparición del parricidio y de los motivos de su sustitución por traición, concepto, como es sabido, ajeno al mundo romano.

Si bien Galo Sánchez (108) no señala que concuerden, de viejo tengo para mí que F. Soria 492 y F. Real 4,21,24 coinciden, y ahora puede decirse

pierda las calannas o pierda lo que ouiere. Ca non serie derecho los fijos o los herederos perder el parient e perder el algo e el derecho que deurie auer de la su parte.

(106) F. Soria 491: Todo omne que matare a otro a trayçion o a aleff, ssea arrastrado e enfforcado por ello, e tomen de sus bienes las calannas dobladas; e si sus bienes non cumplieren, pierda lo que ouiere; e las casas del traydor ssean derrocadas.

(107) F. Brihuega 61: ... et si matare a su padre o a su madre, muera por ello si alcanzado fuere; et si no, vaya por traidor et non herede.

(108) G. SÁNCHEZ, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares. Historia del Fuero de Soria* (Madrid 1919) p.265.

que procede de él, y hasta puede ser otra prueba de la relación, puesto que parece clara la labor del soriano de completar con la realidad local, en F. Soria 493 y 494, la disposición de ámbito general del Reino contenida en F. Real 4,21,24 (109).

(109) F. Real 4, 21, 24

El riepto del traidor en esa mesma guisa se faga que el del alevoso... E traydor es quienquier que mata señor, ò lo fiere, ò lo prende ò mete en él mano à mala parte, ò lo manda ò lo conseja facer, ò quien alguna destas cosas face a fijos de su señor natural, ò aquel que debe regnar, de mientra que no saliere de mandado de su padre. Otrosi, traydor es quien yace con muger de su señor, ò el que es en consejo que otro yaga con ella: otrosi traydor es quien deshereda su Rey, ò es en consejo de desheredarle, ò quien trahe Castiello ò Villa murada.

F. Soria 492

Traydor es qui mata su sennor natural o fiere o le prende o mete mano en el o lo manda o lo conseja ffazer, o quien alguna destas cosas ffaze affijo de su sennor natural, a aquel que deue rregnar demjentre que non salliere de mandado de su padre, o que yaze con mugier de su sennor o que es en consejo que yaga otro con ella, o que deshereda su rey o es en conseio de desheredarle, o qui trahe castiello o villa murada.

F. Soria 493

Otrossi ssea dado por traydor qui matare su padre o su madre odent arriba, como auuelo o visauuelo, o qui matare su hermano, o su sennor cuyo pan comjere o cuyo mandado fiziere o de qui soldada rreçibiere, como todo aportellado demjentre biuiere con su sennor, o sil yoguiere con la mugier, o qui ffiriere o matare a otro sobre tregua o sobre ffiadores de saludo o sobre saludamjento o sobre affiamjento, si antel tenje desafiado e despues le afio, o fuere en conseio de muerte de qualquier dellos.

F. Soria 494

Maguer dicho es que qui matare a otro sobre tregua ssea traydor e muera por ello...

Por consiguiente, F. Soria 493 considera traidor al que matare a su padre o a su madre y a sus ascendientes, como abuelo o bisabuelo, y también a su hermano; junto con y equiparándolo a la muerte del *señor cuyo mandato ficiere o de quien soldada recibiere*, que era traición en el ámbito municipal. Mas esta extensión a los ascendientes y hermano permite suponer que el redactor de F. Soria conocía el Nuevo Derecho recibido, pero tanto mejor es su testimonio, puesto que, conociéndolo, nos recoge el uso local, coincidente con el general, que consideraba estas muertes traición y no parricidio.

Coincidente, como es natural, pero quizá aún más interesante es el testimonio del Fuero de Briviesca. Sabido es que el Fuero Real fue concedido tanto a Briviesca como a Soria. En Soria fue incorporado al fuero de la ciudad, que se conservó, mucho de su contenido que no chocara con lo fundamental de su viejo Derecho, por un hombre que tengo por buen jurista y fiel conocedor del Derecho tradicional. En Briviesca se limitaron a resumir el texto del Fuero Real, resumen en el que hicieron algunas modificaciones que podemos apreciar por los subrayados de su editor (110); pero en ocasiones el adaptador añadió algún texto suyo para recoger peculiaridades de su municipio coincidente con el Derecho tradicional, como es el caso de F. Briviesca 4, 17, 10, advirtiéndolo convenientemente (111). Añadió aquí, después de recoger el conocido supuesto de la muerte sobre seguro, que no contemplaba tampoco el Fuero Real, con una formulación que es difícil suponer que no tiene inspiración en el Derecho recibido, que el que matare al padre o a la madre, a la mujer o a algún tío o al hermano o *a su fijo mismo* deben arrastrarlo por ello como alevoso. Yo me permito añadir, porque debería decirlo,

(110) J. SANZ GARCÍA, *El Fuero de Verviesca y el Fuero Real* (Burgos 1927).

(111) F. Briviesca 4, 17, 10: Que el que mata a padre, madre, tío, hermano, fijo o muger, muera arrastrado.- Nueva en nuestro Fuero Briviescano y dice así: Qui matare ome seguro, non le auiendo dicho nin fecho por que, e non le auiendo menazado ni desafiado, o auiendo ante comido o beuido con el, o saludandolo o teniendolo asegurado de dicho e de fecho e de consejo, o si matare padre o madre o hermano de padre o madre, o tío hermano de padre o madre, o hermano, o a su fijo mismo, o a su mugier non la fallando en adulterio, o a ome con quien uiua o de quien sea paniaguado, o a su fijo del señor con quien uiure, arrastrenle por ello como aleuoso. Et haya el Rey la mitad de todos los bienes. Et sus fijos si los ouiere la otra meytad; si non ayanlos los parientes mas propinquos.

arrastrenlo e enforquenlo como traidor e alevoso. Interesantísimo porque es el primer texto municipal, único que conozco, que contempla paladinamente la muerte del hijo y la califica de traición, digo, aleve, y el único que califica expresamente de traición o aleve la muerte de la mujer, pues ya hemos visto que F. Soria 511 no hace la calificación, aunque impone la pena de tal.

He dicho que es el único texto que califica expresamente de traición la muerte del hijo, porque hemos de ver que F. Soria 504, al contemplar el supuesto de la muerte del hijo por exceso en la corrección, atribuida también al hermano, hijo emparentado, considera a éste traidor, aunque para excusarlo, de acuerdo con F. Soria 493, pero no al padre que pudo matar castigando con exceso. Incluso da la impresión de eludirse; y digo eludirse porque me parece notar en el Derecho municipal una especie de *favor patris*, como califico una especie de ansia de que el padre no mata al hijo, y que si lo mata es por accidente, *non queriendo*. Aunque quizá sea simplemente porque el padre, que había llegado a ser parricida, ahora sería traidor, pero el padre no puede ser propiamente traidor, pues el padre no debe fidelidad al hijo.

F. Real 4,17,8 tomó del Derecho recibido el supuesto del *menestril* -F. Soria 495 dice *clerigo o lego o menestral*- que castigando para enseñar mata al aprendiz (112), y establece que si lo hizo con la palma, cinta, verdugo y otra cosa ligera *no sea tenido por el homecillo*, pero si lo hiciere con palo o con piedra u otra cosa que no debiere, *y ende muriere, sea tenido de la muerte*, esto es, por homicida. Así, pues, el menestral que mata por excederse en la corrección comete homicidio, es homicida. F. Real 4,17,8 pasó a F. Soria 495 y F. Briviesca 4,17,8 (113) sin modificación importante.

(112) A mí me hace recordar la controversia que Ulpiano 32 *ed.* (D. 9, 2, 5, 3) entabla con lo escrito por Juliano 86 *dig.* (D. 19, 2, 13, 4) sobre el supuesto del zapatero que propina con una horma un golpe en la nuca a su aprendiz con tanta vehemencia que le hizo saltar un ojo. Los juristas romanos discutían sobre la acción aplicable; los romanistas también, y sobre la forma del sorprendente golpe. Mas en los fueros el planteamiento es otro; nada de acciones, sanciones.

(113) Más arriba puse a dos columnas los textos de F. Real y F. Soria; ahora reproduzco F. Real y F. Briviesca para que se pueda observar la forma de adaptación de F. Briviesca, porque los textos coinciden en lo esencial.

El padre, lógicamente, tenía también un derecho de corrección, aunque no derivado de la *patria potestas* ahora, ya que ésta había desaparecido, pues incluso este derecho es ejercido también por el hermano, que no tiene *potestas* (114), pero la muerte por el exceso *in corrigendo* y la prueba son distintas. Para el padre se sigue un camino distinto al del menestral. F. Alcalá 22 (115) nos dice que si el padre mata al hijo *non queriendo* debe probar que antes no tuvo *baraia* con él, que no lo hizo con mala voluntad, sino que lo hizo *por castigamiento por bien*; y si no fuere creído, jurando con doce vecinos debe ser creído. Es decir, que si el padre mata al hijo por ocasión castigándolo, no debe pechar ni salir por enemigo; pero no se dice si por homicidio o por qué. De todas formas, la prueba de que no tuvo *baraia* u otra contienda es muy gráfica para demostrar que no había motivo de rencor. Recuerda a Adriano (D. 48,9,5)? Es la misma que se aprecia en la fazaña de Libro de los Fueros 302 para condenar a Domingo de Nájera, que era casado en Logroño y mató a su suegro con el cual vivía como *emparentado* (116). Y muy

F. Real 4,17,8

Qualquer menestril que tenga
aprendiz para enseñar su menester,
è castigandolo,ò enseñandolo lo
firiere de ferida quel debe, como
con cinta, ò con palma o con
verdugo delgado, ò con otra cosa
ligera,è de aquellas feridas muriere
por ocasión, no sea tenido
por el homecillo: è si lo firiere
con palo, ò con piedra, ò con
fierro, ò con otra cosa que no
deba, y ende muriere, sea tenido
de la muerte: y esto mesmo mandamos,
si en esta guisa alguna lision
le ficiere: ca non se puede
escusar de culpante, porque fizo
ferida qual no debia.

F. Briviesca 4,17,8

Que cualquier menestral que
tenga aprendiz pa enseñar su menester
e castigandolo lo firiere
como con cinta,palma, o verdugo
delgado o con otra cosa ligera,
no sea tenido por el omezilla;
mas si lo firiere con palo o con
piedra, ò con fierro, y ende muriere,
sea tenido de la muerte.

- (114) A. OTERO, *La patria potestad en el Derecho histórico español*, en *AHDE*. 26 (1956) p. 226.
 (115) F. Alcalá 22: Todo omne dAlcala o de su termino qui matare a so fixo a non queriendo.-
 Todo omne dAlcala o de so termino que matare a su fijo a non queriendo, si ante non
 ovo otra *baraia* o otra contienda no peche si non VIII moravedis; nin esca enemigo por
 ferida que les de por castigamiento por bien, et por aventura muriere e si nol creviere,
 iure con XII vezinos, e sea creido que no lo fizo con mala voluntad.
 (116) Libro de los Fueros 302: Esto es por fasannya, que Domingo de Nagera era casado en
 Logronno e moraua con su suegro e *baraio* con el e salio de casa. Et una manñana vino

interesante es el enfoque dado en el Libro de los Fueros 266 (117), que hace depender la posible sanción a los padres que hirieren con medios inadecuados par corregir, como piedra o hierro, de que el hijo denuncie al alcalde mediante solicitud de aprecio.

F. Soria 504 nos presenta el supuesto de la muerte del hijo por exceso del padre en la corrección junto con otros dos supuestos un tanto distintos. Son tres supuestos, unidos por otrosí, a primera vista heterogéneos, pero homogeneizados por un denominador común: eximir al padre del pago de las calañas en los tres casos. Puede que la aparente heterogeneidad haya sido buscada de propósito, especialmente en el otrosí de los resultados dañosos producidos por los animales propios, para poner de relieve lo inadecuado de la pretensión, de sabor de mal uso señorial. Y hasta puede ser que para ello se haya hecho alguna alteración, que trataré de hacer más clara mediante la presentación del texto a dos columnas (118).

a casa de su suegro e el suegro yasia e leuantose ael. Et dixol: sal de my casa e tirrol una goloia; e Domingo de Nagera mato a su suegro e mandol el rey prender; e tenyal preso en Seuillia...

(117) Libro de los Fueros 266: Esto es por fuero; que sy padre o madre fiere a su fijo de fierro o de fuste o de piedra e non se apreçia al alcalle sobre su padre osobre su madre, que non peche nada por ello...

(118) F. Soria 504

Por que acaheçe a algunos que en castigando sus fijos o sus njetos, o hermano a hermano delos que son emparentados et biuen con el padre, cueyda fazer poco et falle a mucho, que delas feridas que les fazen uiene muerte, et los dannos alleganse todos a los padres et alas madres en muchas maneras; [el hermano que por tal ocasion como esta matasse su hermano non sea dado njn llamado por traydor.] et otrosí por que por accasion acaheçe a alguno que cauallo o otrabestia o o ganado suyo fiere o mata o ffaze algun danno a el mismo o a su mugier o a alguno de sus fijos, non sea tenjdo de rresponder en njnguna manera destas a demanda quel fiziesse aquel que ouiesse a auer las calonnas por el sennor.

Por que acaheçe a algunos que en castigando sus fijos o sus njetos, o hermano a hermano delos que son emparentados et biuen con el padre, cueyda fazer poco et falle mucho, que delas feridas que les fazen uiene muerte, et los dannos allegasen todos a los padres et alas madres en muchas maneras; et otrosí por que por ocasion acaheçe a alguno que cauallo o otra bestia o ganado suyo fiere o mata o ffaze algun danno a el mismo o a su mugier o a alguno de sus fijos, non sea tenjdo de rresponder en njnguna manera destas a demanda quel fiziesse aquel que ouiesse a auer las calonnas por el sennor; ni el hermano que por tal ocasion como esta matasse su hermano, non sea dado njn llamado por traydor.

Como se ve, comienza nuestro texto contemplando el ejercicio del derecho paterno a corregir. El supuesto es el de siempre, el del padre que castiga a sus hijos o a sus nietos, que serán hijos de un hijo emparentado, es decir, de un hijo que sigue viviendo en la casa paterna, con la novedad de la inclusión de un hermano, hijo emparentado, al que se le atribuye el derecho de castigar a su hermano. Y, como siempre, al castigar, queriendo hacer poco se hace mucho y sobreviene la muerte. El texto no dice que ocurre, sino que, por vía de otrosí con y copulativa, intercala otro supuesto, a primera vista sorprendente. Se dice que, si un caballo u otro animal del padre hiere o mata a él mismo o a su mujer o a un hijo, no está el padre obligado a responder a la demanda de las caloñas que le hiciere el delegado del señor -añadiendo- ni el hermano que matase a su hermano *por tal ocasión como esta* sea dado por traidor; ocasión que, tengo para mí, debe ser, naturalmente, no ésta, sino aquella del supuesto anterior del castigo.

Pero vayamos por partes. El hermano que mata a su hermano castigándolo se dice que *non sea dado rjn llamado por traydor*, pues podría serlo a tenor de lo establecido en F. Soria 493. Del padre no se dice nada, porque el pago de caloñas de que se le exime se refiere, sin duda, al supuesto

Otrossi, porque el peccado entre todos los males siempre trauaia en sembrar mal et discorida, et mucho mas entre que mayor debdo an en uno, acahece alas uegadas que el padre et la madre biuiendo, mata alguno de de los fijos emparentados a otro su hermano, et pues el mal la perdida dellos se allega todo al padre et ala madre, non en perder el un fijoque ua por tal como sobredicho es, et auer perdido ellotro por muerte; en esta rrazon el padre et la madre non sean tenjdos de pechar las calonnas por la mala fecha que fizo su fijo. Et sil quissidemandar, non rresponda por ellas; ca tuerto serie perder los fijos por tal desauentura et perder el algo.

Otrossi, por que el peccado entre todos los males siempre trauaia en sembrar mal et discordia, et mucho mas entre aquellos que mayor debdo an en uno, acahece alas uegadas que el padre et la madre biuiendo, mata alguno de los fijos emparentados a otro su hermano, et pues el mal e la perdida dellos se allega todo al padre et ala madre, non en perder el un fijo que ua por tal como sobredicho es, et auer perdido ellotro por muerte; en esta rrazon el padre et la madre non sean tenjdos de pechar las calonnas por la mala fecha que fizo su fijo. Et Et sil quisieren demandar, non rresponda por ellas; ca tuerto serie perder los fijos por tal desauentura et perder el algo.

de los animales. Por más que pienso, no creo que de la formulación *ni el hermano sea dado njn llamado por traydor* se pueda deducir que en el texto se dijera antes otro tanto del padre, por el ni, y, de aquí, poder deducir que, sin la ocasión de corregir, el padre que mata al hijo fuera traidor. No hay base para suponer que se le considerara tal, como tenemos para el hermano, su hijo, en F. Soria 493, y se opondría la fuerte consideración de que el padre nunca podría ser considerado traidor, pues no debe fidelidad al hijo. Otra vez me parece ver muestras de la tendencia a suponer que el padre no mata al hijo deliberadamente.

Respecto al supuesto de los resultados dañosos producidos por los animales propios que matan al padre-dueño, a su mujer o a su hijo, da la impresión de haber sido un mal uso señorial, que ahora se trata de superar en el ámbito municipal. En otros lugares se suprimió mediante privilegio, como el de Jaime I, recogido en Fueros de Aragón (119), que aprecia el momento de la entrega, subsidiaria del pago -pagar o entregar- en la noxalidad.

El supuesto del último otrosí es interesante para comprobar la desaparición general del parricidio, sustituido por la traición, al menos en el Derecho de la Extremadura castellana y sus derivados. En un comienzo, con sabor de preámbulo de documento medieval, se considera un gran pecado la muerte de su hermano por el hijo emparentado, calificada de traición, y de cuya sanción económica responde -en la Extremadura castellana, no en la leonesa- el padre, al que aquí se establece que no debe *pechar por el fijo que ua por tal commo sobredicho es -traydor* se dice en el otrosí anterior- por la ya conocida razón de *ca tuerto serie perder los jijos por tal desventura et perder el algo*. El contrasentido o paradoja del sistema de calañas de pagar el perjudicado que tiene derecho a participar en lo pagado, por el ansia del señor de recibir su parte. Y aprovecho la ocasión para añadir que el argumento se refiere al último supuesto solamente, pero no al caso del primer supuesto de corrección, aunque le cuadre, puesto que allí se eximen por el ejercicio del derecho de corregir. Debo expresarlo para rectificar lo dicho en otra

(119) Fs. Aragón 8, 299 (Lacruz): Ordeno el rey don Iayme que si la bestia matara a su senyor, o a su fillo o a sieruo de su senyor, non sea dada por omicidio. Item...

ocasión (120), que afirmé ser esta consideración la causa de la exención del padre por la muerte del hijo *in corrigendo*, y negar que se reconociera al padre un derecho de corrección, si bien allí se quería afirmar que tal derecho no procedía de la patria potestad, inexistente entonces y por ser ejercido por el hermano.

Así, pues, se confirma que el parricidio desapareció en Hispania en la Alta Edad Media y que fue sustituido, al menos en la Extremadura castellana, por la traición. El cambio, a primera vista un tanto sorprendente, no lo es tanto como parece, y tiene su explicación, que nos permite incluso verlo como un cambio normal dada la transformación general operada con el tránsito al mundo alto medieval, transformación general que no podía menos que afectar a la familia y, consiguientemente, a sus entornos. Mas este cambio producido por el tránsito al alto medievo ya fue precedido de una gran transformación operada en el seno de la familia hasta convertirla en una comunidad con fines fundamentalmente éticos, inspirada en las *pietas* y regida por un *officium pietatis* del *pater*.

Porque sabido es (121) que la familia romana sigue en la época clásica como un grupo unido por la sumisión al *pater*, y en principio debió de ser un organismo más bien político que privado. La *patria potestas* era el eje sobre el que giraba la familia y su organización; una *patria potestas* concebida como un poder absoluto y perpetuo. Pero existe toda una evolución por la cual la *patria potestas* se comienza a concebir como *officium*, como un deber de protección y obediencia. El proceso de universalización del mundo romano acompañado de una serie de causas de índole política, social y económica y la concepción cristiana del matrimonio fueron haciendo que la vida familiar y su funcionamiento acabaran por no ser reguladas por aquella síntesis de sujeción y poder sino únicamente por la *pietas*, que convierte el poder del *pater* en un *officium pietatis*.

Esta transformación de la familia desde ser un organismo político, cuyo *pater* era un par, hasta convertirse en una comunidad centrada en la *pietas*,

(120) OTERO, *La patria potestad* cit. p. 226.

(121) OTERO, *La patria potestad* cit. p. 211.

hemos visto que ha tenido trascendentales repercusiones en la configuración del parricidio a lo largo del período romano, hasta ponerlo al borde de su desaparición.

Estando así las cosas, se produjo la desaparición de la organización política romana y, después, la de su continuadora la Monarquía visigoda, que trajo consigo la desaparición del poder público con su protección. Esta desaparición obligó a una búsqueda de protección que condujo al repliegue a las comunidades inferiores, familiar y vecinal, en cuya cohesión y solidaridad se intentaba encontrar el medio de suplir el amparo tutelar desaparecido. Mas esta protección familiar no era suficiente y se echaría mano de la experiencia, y así como antaño se había ido al patronato romano, se vino a recurrir a las relaciones de protección señorial, que llenaron el vacío de la desaparecida tutela del poder público visigodo (122).

El poder señorial proporcionaba protección, como todo poder, a cambio de obediencia, pues el poder es síntesis de protección y obediencia, pero dada la debilidad de medios y lo rudimentario de la urdimbre social la obediencia hubo de reforzarse con la fidelidad. La fidelidad, que lo invade todo en la Alta Edad Media, vino a ser la base del poder.

El repliegue familiar también produjo parecidas consecuencias. La familia se hizo más amplia y solidaria, con una organización patrimonial comunitaria que provocó la crisis de la *patria potestas* y su desaparición por la preponderancia de la comunidad, titular ahora de las adquisiciones y no el padre. Ya no bastaba tampoco el poder del padre y hubo que echar mano de la fidelidad, por lo cual la fidelidad vino a suplir y sustituir a la patria potestad; al padre se le debe obediencia y fidelidad.

Por todos los escalones del poder campea y domina la fidelidad. En la familia también se debe obediencia y fidelidad; deber de fidelidad cuya infracción es traición. Es así como estimo que se debió de operar la marginación y desaparición del parricidio y su sustitución por la traición predominante en el medievo.

(122) Vid. A. OTERO, *El código López Ferreiro del Liber iudiciorum*, en *AHDE*. 29 (1959) p. 564 ss.

4) El parricidio reaparece en las Partidas traído por la Recepción del Nuevo Derecho. Lo regula Part. 7, 8, 12 (123) con unos matices muy característicos de la jurisprudencia de la época, aunque sin emplear la calificación de parricidio. Se percibe, sin duda, la procedencia de CI. 9, 17, pero con síntomas claros de haber sido manipulado por comentaristas. El hecho de no calificar de parricidio se recordará que es para mí otra prueba más del profundo olvido de la romana calificación, que sí emplea tres siglos más tarde (?) Gregorio López en su comienzo de la glosa a esta ley, un comienzo, *lex ista loquitur de crimine parricidii*, probablemente ingenuo, porque a Gregorio López no lo he notado nunca irónico ni crítico, como podía haberlo sido, por ejemplo, en la glosa a la desafortunada Part. 7, 23, 3, en cuyo comienzo se limita a decir *non bene explicat lex ista*, pudiendo ser un poco más severo.

Nuestra ley enumera los posibles autores y víctimas del parricidio, que vienen a ser los habituales, para los que se establece la típica pena del odre, que ya estaba en desuso en el Derecho romano y no se usaba en sitio alguno por aquellos tiempos, según Gregorio López (124), por lo que aquí, en Castilla-

(123) Part. 7, 8, 12: Que pena meresce el padre que matare al fijo, o el fijo que matare a su padre, o alguno de los otros parientes. - Si el padre matare al fijo, o el fijo al padre, o el abuelo al nieto, o el nieto al auuelo o a su visauuelo, o alguno dellos a el; o el hermano al hermano, o el tío a su sobreno, o el sobreno al tío, o el marido a su muger, o la muger a su marido; o el suegro, o la suegra a su yerno, o a su nuera, o el yerno, o la nuera a su suegro, o a su suegra; o el padrastro, o la madrastra a su entenado, o el entenado al padrastro, o a la madrastra, o el aforrado al que lo aforro. Qualquier dellos que mate a otro a tuerto, con armas, o con yeruas, paladinamente, o encubierto, mandaron los Emperadores, e los Sabios antiguos que este atal que fizo esta enemiga, que sea açotado publicamente ante todos; e de si, que lo metan en un saco de cuero, e que encierren con el un can, e un gallo, e una culebra, e un ximio; e despues que fuere en el saco con estas quatro bestias, cosan la boca del saco, e lancenlos en la mar, o en el rio que fuere mas cerca de aquel lugar do acaesciere. Otrosi dezimos, que todos aquellos que diessen ayuda, o consejo, porque alguno muriesse en alguna de las maneras que e suso diximos, quier sea pariente del que assi muere, quier estraño, que deue auer aquella mesma pena que el matador. E aun dezimos, que si alguno comprare yeruas, o ponçoña para matar a su padre, e desde que las ouiere compradas, se trabajasse de gelas dar, maguer non gelas pueda dar, nin cumplir su voluntad, nin se le aguisasse, mandamos que muera por ello, tambien como si gelas ouiesse dado, pues que no finco por el. Otrosi dezimos, que si alguno de los otros hermanos entendiere o supiere, que su hermano se trabaja de dar yeruas a su padre, o de matarlo en otra manera, e non lo apreciabiere dello, pudiendolo fazer, que sea desterrado por cinco años.

(124) Glosa Part. 7, 8, 12 (7): *non est in usu, secundum Bal. et Salic.*

León, todo lo más se ejecutaba de la manera simbólica que nos narran nuestros autores de los tiempos modernos. Pero no debe sorprendernos, pues sabido es que las Partidas son un cuerpo legal, pero una *Summa* de acentuado carácter didascálico. Tan escolástico que Part. 4, 18 dedica siete leyes para explicar las dignidades por cuyo nombramiento salía el hijo del poder del padre, y que son Procónsul, Praefectus Urbis, Magister Militum y otras romanas.

Novedosa es la aplicación de la pena del odre a los *que diessen ayuda o consejo al matador*. Y otro tanto parece serlo la muerte para el que compra *yeruas o ponçoña* para matar a su padre *maguer non gelas pueda dar*; es decir, el que las compra para matar, pero no las suministra y aunque no las suministre (125). E incluso parece ser novedad la condena de destierro al hermano que conociendo la intención de su hermano de matar al padre *non lo apercibierte dello*. Repito todos estos datos porque es menester, y lo hago en la forma del texto, con la terminología de Partidas para no incurrir en el anacronismo de emplear conceptos de formas de participación y de actos punibles que no encajarían, porque la época no los conoció.

Los textos legislativos no se volvieron a ocupar del parricidio después de las Partidas. No se encuentran muestras ni en el Ordenamiento de Montalvo ni en las Recopilaciones, aunque en la práctica debió de utilizarse bastante Part. 7, 8, 12, sobre todo en casos relacionados con adulterio, como parece deducirse de Antonio de la Peña (126) y L. Matheu y Sanz (127). Los tratadistas, sin embargo, se ocuparon detenidamente, alguno, como Solórzano (128), con su trabajo más bien romanistas, es celebrado aún por los actuales. Antonio Gómez (129) hizo una especie de tratado de Derecho criminal en cuyo capítulo III sobre homicidio dedica atención al parricidio de Partidas, con una forma bastante parecida a los comentaristas, a los que cita con sus cargantes

(125) No obstante, se discute, pues Glosa Part. 7, 8, 12 (9) dice: *non ergo sufficeret sola emptio veneni ad interficiendum patrem, ut puniatur ista poena, sed requeritur, quos processit ad dandum, et non potuit; ...et tene menti, quia Hostiens. voluit contrarium in... et dubitavit de hoc Joann. de Anan. in...*

(126) LÓPEZ REY, *Un práctico castellano del siglo XVI*. Antonio de la Peña, en RCJS. 66 (1934).

(127) L. MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali* (Madrid 1776).

(128) A. SOLÓRZANO, *Diligens et accurata de parricidii crimine* (Salamanca 1605).

(129) A. GÓMEZ, *Variarum resolutionum III* (Madrid 1768).

disquisiciones. Otro tanto puede decirse de Gregorio López, cuya Glosa abunda en citas y más citas y controversias.

Y con esta literatura se tendió el puente hasta la codificación, en cuyo umbral me detengo para no irrumpir *in munere alieno*.

P. S.

Al principio de este título prometí hacer unas pinceladas sobre el cuadro del parricidio, que consideraba un tanto oscuro, pero me encontré con que alguna parte del cuadro estaba sin pintar o su hechura no me complacía; y no bastaban las pinceladas. Esta es la razón por la que hubo que hacer más en alguna zona, buscando textos, clasificándolos y comentándolos. Hubo que pintar de nuevo; y espero que esta parte de la labor haya sido fecunda y agradable.