

Favor reverentiae parentis

SUMARIO: 1. Introducción.–2. *Pietas* parental.–3. Alcance del término «parentes» y extensión de la aplicación de la *poena cullei*.–4. *Favor substantia filiationis*.–5. *Favor sanguinis*.–6. *Patria potestas* y *favor pietatis*: a) *ius vitae necisque*; b) *ius exponendi*.–7. *Favor vinculis*.–8. *Favor patrimonii domestici*.–9. *Favor securitatis*.–10. *Favor natura criminis*.

1. INTRODUCCIÓN

El tema desarrollado en el magistral, extenso y brillante *De parricidii crimine disputatio*¹ constituyó la disertación preceptiva previa a la obtención por Juan de Solórzano y Pereira (1575-1655) del grado en Leyes, en el año 1599, por la Universidad de Salamanca en donde había cursado estudios de derecho civil y canónico, grado al que en el año 1608 habría de añadir el de *doctor*

¹ Juan de SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Diligens et accurata de parricidii crimine disputatio, duobus libris comprehensa* (Salamanticae, 1605). Esta obra también aparece incluida como parte de otras ediciones que recogen otras partes de la producción científica de este jurista: junto a *De indiarum iure* (Lyon, 1672); y, en *Obras posthumas. Recopilación de varios tratados, memoriales, papeles y escritos algunos en causas fiscales y llenos todos de mucha enseñanza y erudición* (Zaragoza, 1676; Matriti, 1776) comprendiendo el análisis de *parricidii crimine disputatio* los 168 folios primeros. En mi estudio sigo su contenido incluido en la edición cesaraugustana de *Obras posthumas*; en adelante, SOLÓRZANO, *De parricidii crimine. De parricidii crimine* se desarrolla en dos libros: el primero, *De parricidarum supplicio, et personis quibus imponitur* comprende 23 capítulos que abarcan 80 folios; el segundo, *De personis, quae parricidii tenentur et cullei supplicio plectuntur* comprende 20 capítulos que se extienden del folio 86 al 168.

utriusque iuris. Esta obra, «que llaman comúnmente de oro»², marca el comienzo de su brillante trayectoria científica³ que fue el complemento precioso de su espléndida actividad académica en Salamanca y profesional en las Indias y en Castilla⁴.

El interés hacia este tema por parte de este jurista viene motivado, a mi modo de ver, por su objetivo académico de presentar una importante disertación como colofón para obtener el grado de licenciado *in utroque iure* con una exposición en la que quedase bien demostrado su amplio conocimiento de derecho civil y de derecho canónico; evidentemente, el tema elegido por Juan de Solórzano se prestaba perfectamente a ello por las implicaciones que el parricidio tiene tanto en *ius civile* como en *ius canonico* y esto le permitió poner de manifiesto su perfecto conocimiento de la normativa y literatura jurídica que componen ambos ámbitos jurídicos.

Esta obra de Juan de Solórzano va a constituir el hilo conductor de mi investigación; bien entendido que no es mi objetivo la realización de un estudio

² Así lo recoge el doctor Iosef DORMER, cronista de S. M. y del reino de Aragón, en el «Parecer» que emite «De orden del muy ilustre Señor Doctor Don Lazaro Romeo, Ordinario del Santo Oficio de la Inquisición del Reino de Aragón, y en lo Espiritual y Temporal Vicario General de la Ciudad y Arçobispado de Zaragoza sede vacante», previo a la publicación en Zaragoza en el año 1676 de *De parricidii crimine* (vid. nota anterior).

³ Del resto de la extensa obra científica de Juan de SOLÓRZANO destaco, a modo de recordatorio: *Decem conclusionum manus in augustissimo totius orbis terrarum Salmanticensis Scholae Theatro* (Salmanticae, 1607); *De Indiarum Iure, sive de Iusta Indiarum Occidentalium Inquisitione, Acquisitione, et Retentiones Tribus Libris Comprehensam. Tomus Alterum De Indiarum Iure, sive de iusta Indiarum Occidentalium Gubernatione, quinque librum comprehensum* (Matri, 1629-1639); *Memorial y Discurso de las razones que se ofrecen para que el Real y Supremo Consejo de las Indias deba preceder en todos los actos públicos al que llaman de Flandes* (Madrid, 1629); *Memorial o discurso informativo iuridico, historico, politico de los derechos, honores, preeminencias, y otras cosas, que se deven dar, y guardar a los consejeros honorarios y jubilados y en particular si se le deve la pitaça que llaman de la Candelaria* (Madrid, 1642); *Política Indiana*, sacada en lengua castellana de los dos tomos del Derecho y Gobierno Municipal de las Indias Occidentales (Madrid, 1648); *Emblemata Centum, Regio Politica* (Madrid, 1653); *Obras Varias. Recopilacion de diversos tratados, memoriales, y papeles, escritos en algunas causas fiscales, y llenos todos de mucha enseñanza, y erudicion* (Madrid, 1676); *Libro primero de la Recopilación de las Cédulas, Cartas, Provisiones y Ordenanzas reales* (Ms. 1622, Buenos Aires, 1945); *Apuntamiento para mejor inteligencia de la duda que se ofrece si se podra continuar el repartimiento de indios, que hasta aqui se ha hecho para la labor de las minas de azogue de Guancabelica, y beneficio de sus metales, y sacar algunos de nuevas Provincias, que ayuden a este trabajo por estar muy consumidos y apurados los que solian darse de las antiguas* (Ms. 1630, publicado por G. LOHMANN VILLENA, 1950). Sobre la vida y obra de SOLÓRZANO, vid., J. M. VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *Solórzano Pereyra [o Pereyra], Juan de (1575-1655)*, «Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos [hasta noviembre de 2006], editado y coordinado por Manuel J. PELÁEZ, vol. 2 (Zaragoza, 2006) 555-558 y literatura ahí citada; también, A. BARRERO, *Juan de Solórzano y Pereyra (1575-1655)*, «Juristas universales» (Madrid, 2004) vol. 2, 322-324 y literatura ahí citada.

⁴ Vid., J. M. VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *SOLÓRZANO Pereyra [o Pereyra], Juan de (1575-1655)*, «Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos [hasta noviembre de 2006], editado y coordinado por Manuel J. PELÁEZ, vol. 2 (Zaragoza, 2006) 555-558 y literatura ahí citada; también, A. BARRERO, *Juan de Solórzano y Pereyra (1575-1655)*, «Juristas universales» (Madrid, 2004) vol. 2, 322-324 y literatura ahí citada.

institucional sobre el parricidio⁵, y tampoco lo es el análisis de este crimen en este magnífico tratado. Mi pretensión es evidenciar cómo el *favor reverentiae parentis*⁶ se manifiesta en distintos aspectos de los que analiza nuestro jurista a propósito de la investigación criminal que lleva a cabo y cómo en este propósito juega el sistema de derecho común en los dos elementos que lo constituyen: derecho común (derecho civil y derecho canónico) y derecho propio que veo presente con toda claridad en la elaboración de *Parricidii crimine disputatio*.

Quiero poner de relieve también que en este tratamiento jurídico el mencionado jurista hace gala de su manejo magistral del sistema del derecho, así como de su impresionante formación humanístico-jurídica. Esta situación le supone tener como punto de partida un depósito jurídico-cultural estupendo de los contenidos del *ius commune* europeo con los que justifica e ilustra cada uno de los puntos de su interpretación jurídica.

Me interesa en este momento y en este tema seguir el planteamiento del parricidio en Solórzano y Pereira por varias razones: la primera, porque este jurista tiene una excelente formación jurídica y humanística y constituye un excelente exponente del humanismo jurídico y lo que esto conlleva de impresionante bagaje intelectual –filosófico-jurídico en particular– en un autor renacentista dotado y formado en una clásica erudición elegante, fina y rica⁷ que le lleva a buscar el argumento *ab auctoritate* también en el mundo clásico, y a recoger diversas apoyaturas filosófico-jurídicas doctrinales exponentes de las variadas corrientes del humanismo jurídico que dota su obra de enorme riqueza⁸.

⁵ Por esta razón, también me he permitido seleccionar para este estudio la segunda parte de la obra de Juan DE SOLÓRZANO, *De personis, quae parricidii tenentur et cullei supplicio plectuntur* porque es en su contenido en donde he encontrado las elaboraciones jurídicas más finas en comparación con la primera parte del tratado, *De parricidarum supplicio, et personis quibus imponitur* en que, a mi modo de ver, el jurista presta mayor atención al análisis histórico y comparativo con diversas culturas de la institución del parricidio.

⁶ Aclaro que sigo en el desarrollo de este estudio, como ya he llevado a la práctica en otros anteriores (vid. E. MONTANOS FERRÍN, *El sistema del ius commune en la literatura jurídica indiana. El mayorazgo en la obra de Juan de Matienzo*, «Rivista Internazionale di Diritto Comune» 11 (2000) 33-42 = *Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano* (San Juan de Puerto Rico 2003) 381-391; *Una muestra del favor consanguinitatis en la obra de Juan de Matienzo*, «Rivista Internazionale di Diritto Comune» 14 (2004) 189-203; *Responsabilidad contractual por caso fortuito. “Un aspecto de la salvaguarda del status de la esposa supérstite en la obra de Juan de Matienzo”*, «Rivista Internazionale di Diritto Comune» 16 (2005) 211-224); *Favor feriae* «Estudios en homenaje a José Antonio Escudero López» (en prensa), el proyecto metodológico propuesto en su día por Manlio BELLOMO (vid. M. Bellomo, *I fondamenti ideali del diritto privato indiano nell’opera dei giuristi d’Antico Regime. Linee di un progetto*, «Rivista Internazionale di Diritto Comune» 11 (Roma, 2000) 297-304), y del que soy corresponsable. El objetivo de este proyecto se concreta en tratar de encontrar las convicciones básicas que han fundamentado los diversos tratamientos que sobre diferentes instituciones jurídicas realizaron los juristas indianos partiendo de la formación jurídica europea que tienen y que impregna su obra.

⁷ Sobre el humanismo jurídico y su formación es interesantísimo el estudio ya clásico de Domenico MAFFEI, *Gli inizi dell’umanesimo giuridico* (Milano, 1956).

⁸ Sobre la forma de argumentación jurídica de los juristas humanistas formados en derecho común, vid.: S. CAPRIOLI: «*De modis arguendi*» scripta rariora: 1. «*Dini opusculum*», «Studi Senesi», Ser. III, 12 (1963) 30-56 y «*Modi arguendi*»: Testi per lo studio della retorica nel siste-

El segundo motivo que me llevó a esta selección es que el mencionado jurista es poseedor de una sólida formación universitaria europea que trasluce perfectamente en *De parricidii crimine disputatio*; ahora me estoy refiriendo concretamente a su formación en *ius commune* derivada de sus estudios y doctorado en leyes. Conoce perfectamente el *Corpus iuris civilis* y el *Corpus iuris canonici*, pero también maneja y analiza la obra de los más grandes exponentes de la literatura jurídica del *ius commune* y basa sus argumentaciones no solo en la *communis opinio doctorum* de juristas de la época de esplendor del *ius commune* como, entre otros, Alberico de Rosciate, Bartolo de Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, sino también de épocas posteriores como Menochio, Claro, Covarrubias, Gregorio López...

Pero, el motivo más interesante para mí en la elección de este tema y de este jurista es seguir las argumentaciones personales que Solórzano elabora y que me han permitido reconstruir este *favor reverentiae parentis* que he subdividido a su vez en otros *favores* en los que, teniendo como fondo la reverencia parental, hago entrar materias específicas como: la *pietas* parental; el *favor substantia filiationis*; el *favor sanguinis*; la *patria potestas*; el *favor vinculis*; el *favor patrimonii domesticis*; el *favor securitatis* o el *favor natura criminis* y la elaboración de todo ello dentro del sistema del derecho común.

2. PIETAS PARENTAL

Es incuestionable que el *favor pietatis* es el motor de las relaciones parentales, y que el violar la piedad y reverencia debida entre parientes por parte de alguno de ellos tiene su máxima expresión en el parricidio que aparece como sanción un castigo especialmente severo y cruel: la *poena cullei*⁹. Precisamente Juan de Solórzano dedica en su obra el capítulo 2 del segundo libro a la argumentación teológica¹⁰, moral, filosófica¹¹ y jurídica –haciendo de nuevo gala del amplio bagaje de su formación humanística– en torno al desarrollo y

ma del diritto comune, «Studi medievali» 46, fasc. 1 (2005) 1-30; M. Bellomo, «Loci loicales» e forme del pensiero giuridico in alcuni testi dei secoli XIII e XIV, «Rivista di Storia del Diritto Italiano» 47 (1974) 5-18; también en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, IV. *Scritti storico-filosofici* (Milano, 1978) 31-42; A. Padovani, *Modernità degli antiqui. Breviario di argomentazione forense ¿?* y literatura citada en estos estudios.

⁹ «Merito liberos, qui parentibus necem intulerint, hac severissima cullei poena puniri, nemo nisi prorsus rationis expers poterit inficiari», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 2, fol. 89.

¹⁰ Precisamente Juan de SOLÓRZANO expone, a este respecto, en una frase en la que se hace eco del pensamiento de la Escuela Teológica, lo siguiente: «Sic etiam D. Ambrosius (ut alios ex Theologica schola preteream) “primus gradus, ait, gradus pietatis est iste, ut quos auctores tibi voluit esse Deus, honores obsequiis, abstineas contumeliis. Neque vul in laedenda est pietas parentum”», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 2, fol. 90.

¹¹ Recoge el pensamiento similar en este punto de diversidad de filósofos. Entre ellos, por ejemplo, el de Séneca (*de benefic.* lib. 6, cap. 23): «... etiam naturalem legem hominum mentibus insitam, hanc pietatem liberorum in parentes praecipere tradit...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 2, fol. 90.

ejercicio de esta *pietas* que debe de ser observada en las relaciones parentales¹² en la que la diversidad de autores –entre los que naturalmente están incluidos los correspondientes a la literatura jurídica del *ius commune*– está de acuerdo, y sobre lo que abundantemente escribieron, según precisa el jurista indiano, todos ellos.

No me interesa en este punto recoger las precisiones jurídicas de los diversos juristas manejados por el indiano¹³, sino que me parece de mayor interés seguir las fundamentaciones jurídicas sobre las que el propio Solórzano elabora su *favor pietatis* entre parientes, cuanto más cuanto que este mismo advierte que al respecto «affatim scripserunt quorum scripta compilare meum non est...»¹⁴.

El jurista indiano elabora su construcción jurídica sobre textos de la compilación justinianea que evidencian la piedad y reverencia que debe de estar presente en las relaciones parentales. Pone de relieve, en primer lugar, determinadas disposiciones que explicitan la *pietas* necesaria de los hijos a los padres y recuerda al respecto: la l. *liberto* (D.37.15.9) en que Ulpiano establece que al hijo siempre debe de parecer honrada e inviolable la persona de su padre¹⁵; o la l. *veluti* (D.1.1.2) en la que Pomponio considera como principio del derecho la obediencia a los padres¹⁶. En ocasiones, incluso se requiere la prueba de la *pietas* para la realización de determinadas actividades jurídicas, como es en el caso desarrollado por la l. *liberi* (C.3.28.28) en que Constantino dispone que los descendientes que promueven querrela de inoficioso testamento contra el testamento de sus ascendientes deben de probar que constantemente tuvieron a éstos el respeto debido¹⁷; y, en alguna ocasión, se recuerda que incluso el *praeses provinciae* puede compeler al ejercicio de este respeto, como recoge la l. *filia* [C.8.46(47).5] en que Diocleciano y Maximiliano lo establecen de forma expresa¹⁸.

A través de la argumentación de Solórzano se demuestra que la piedad o la reverencia debida es el eje sobre el que deben girar las relaciones parentales, y que precisamente el parricidio atropella de forma violenta; por ello «non potuit

¹² SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 2, fols. 89-93: «Liberos, qui parentes occiderint, nullis non poenis meritò subdi, multis, magnisque rationibus suadet. De pietate, quae parentibus post Deum praestari debet. Parentes Deos appellatos, divina quaedam esse simulachra. Inde filios in sacris parentum esse, dici solere, cum Connano. Maturam inter homines quandam cognationem constituisse. Inter filios et parentes omnium maximam hanc necessitudinem esse. Filium qui hanc violat et patris vitae, quam tueri debet, insidiatur, in multa peccare. Ciconiarum et Meroptum in parentes pietas admiranda. Aurea Aurelii Cassiodori in impios liberos verba».

¹³ Constituyen una pluralidad los que en este sentido destaca el indiano, como, por ejemplo, Juan Sarisberio, Pedro Gregorio, Pedro Faber entre una diversidad.

¹⁴ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 2, fol. 90.

¹⁵ D.37.15.9: «Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet».

¹⁶ D.1.1.2: «Veluti erga deum religio: ut parentibus et patriae pareamus».

¹⁷ C.3.28.28 *pr.*: «Liberi de inofficioso querellam contra testamentum parentum moventes probationes debent praestare, quod obsequium debitum iugiter, prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerunt, nisi scripti heredes ostendere maluerint ingratos liberos contra parentes extitisse...».

¹⁸ C.8.46(47).5: «Filia tua non solum reverentiam, sed et subsidium vitae exhibeat tibi, rectoris provinciae auctoritate compelletur».

parricidii crimen atrocissimis poenis non coerceri»¹⁹ y queda también, por la gravedad de su delito, el parricida fuera del indulto pascual²⁰. Tan es así que este jurista, apoyándose en Fortunio Garsia, el *Hispanus*, considera que este supuesto criminal se puede calificar como «duplex delictum» puesto que son dos los preceptos transgredidos: el respeto a la vida de una persona y el deber de piedad parental²¹.

3. ALCANCE DEL TÉRMINO «PARENTES» Y EXTENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA POENA CULLEI

Para Solórzano está claro que la pena de parricidio debe de corresponder únicamente a los que incurren en este delito que solamente puede ser perpetrado por las personas unidas por determinado grado de parentesco²². En apoyo de su criterio al respecto se basa en varias disposiciones de la compilación justiniana: la l. *interpretatione* (D.48.19.42) en que Hermogeniano mantiene que al interpretar las leyes hay que rebajar las penas más que agravarlas²³ y el indianista afirma que «aliis suppliciis, alia maleficia puniantur»; la l. *respiendum* (D.48.19.11) en que Marciano recuerda, a propósito de las penas a imponer, que el juez debe cuidar de no decidir nada más severo o más indulgente de lo que exige la causa pues debe fallar según lo requiera ésta²⁴. Recoge también la clara opinión de Gregorio López cuando al glosar Partidas 7,8,12 plantea las personas que deben de estar comprendidas en el posi-

¹⁹ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 2, fol. 91.

²⁰ Así lo determina la l. *nemo* (C.1.4.3): «Nemo deinceps tardiores fortassis adfatus nostrae perennitatis expectet: exequantur iudices, quod indulgere consuevimus ubi primum dies paschalis extiterit, nullum teneat carcer inclusum, omnium vincula solvantur... 3. Nullam accipiat requiem vinculorum, qui quiscere sepultos quadam sceleris immanitate non sinit: patiatu tormento veneficus, maleficus, adulterator violatorque monetae; homicida et parricida quod fecit semper expectet; reus etiam maiestatis de domino, adversus quem talia molitus est, veniam sperare non debet...».

²¹ «... parricida quod fecit... non solum (ut rectè Fortunius Garsias Hispanus nosse doctissimus inquit) unum tantum, sed duplex delictum, duplex praeceptum transgrediendo, commiserit, duplicari sibi poenas, nequaquam queratur. Qui cum parentem interfecit, non solum homicidii reus esse dignoscitur, sed etiam violare pietatis crimen incurrit...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 2, fol. 90.

²² El análisis en extenso sobre este punto se puede seguir en SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 6, fols. 106-109: «Parricidii crimen malè hucusque à doctoribus ad patrum spiritualium, iudicum, dominorum, et similium personarum interfectores extensum. Planè qui patriam, aut principem produnt, parricidas passim à bonis auctoribus appellari et non maiestatis tantum, sed parricidii reos videri. Hoc debitum patriae amorem exposcere. De quo nonnulla. Pilatum in Christi Domini morte parricidium commisisse secundum aliquos. Qui eius interitus? Praeceptoribus non secus ad parentibus reverentiam deberi, an in nece eorum parricidii crimen committatur».

²³ D.48.19.42: «Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae».

²⁴ D.48.19.11 *pr*: «Perspicendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituat, quam causa deposit: nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est, sed penso iudicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est...».

ble parricidio y excluye a determinadas personas que no están unidas por el parentesco requerido al efecto²⁵.

Vamos a ver ahora el planteamiento (derecho común y derecho hispano) que articula el jurista indiano cuando aborda el alcance que debe darse al término «parentes»; y así, conforme a dicha concreción, y, por ese determinado parentesco con la posible víctima, quiénes podrán ser considerados reos de parricidio. Todo parece indicar que la calificación a estos efectos no está muy clara en la compilación justiniana: en la l. *pompeia de parricidiis* Marciano castiga con la pena *cullei* a quien dé muerte a una persona dentro de una amplísima y detallada estela parental que comprende la línea consanguínea y la de afinidad²⁶; sin embargo, Modestino determina en la l. *poena & qui alias* para los que mataran a otras personas fuera de la madre, del padre, el abuelo o la abuela (para los que únicamente se reserva la sanción del *culleo*), la pena capital ordinaria. La respuesta «in terminis iuris communis», según Solórzano, es la admisión en la consideración de parricidas a todos los ascendientes y descendientes «absque ulla gradus praefinitione»²⁷ y a los transversales comprendidos hasta el cuarto grado, lo que coincide con la amplitud aportada por Marciano. Es la respuesta que da también «Alphonsus rex noster» en Partidas 7, 8, 12²⁸ y Gregorio López²⁹, magnífico representante de la ciencia del *ius commune*, quien, por cierto, se hace eco de la duda que había podido desarrollar la l. *poena & qui alias* que restringía, a efectos penales, la consideración de parientes³⁰ y también la l. *sed et sciendum* (D. 48.9.3) que concretaba los consanguíneos solamente hasta el primo hermano³¹.

Esta misma duda de interpretación fue, sin duda, apreciada por nuestro indianista quien busca, a este propósito, también una respuesta filológica en la

²⁵ GEGORIO LÓPEZ, *Glosa a Partidas 7,8,12 sub verbi «al hijo»: «... et patrino, el filiolo, et vassallo, et domino, et in episcopo, et subdito capitulo, et parochiano, quod forte in practica non reciperetur...».*

²⁶ D. 48.9.1: «Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patrualem matrualem, patrum avunculum amitam, consobrinum consobrinam, uxorem virum generum socrum, vitricum, privignum privignam, patronum patronam occiderit cuiusve dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis, sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit...».

²⁷ SOLÓRZANO Y PEREIRA, *De parricidii crimine* 2, cap. 14, fols. 144 y 145.

²⁸ Partidas 7, 8, 12: «Si el padre matare al hijo, o el hijo al padre, o el abuelo al nieto, o el nieto al avuelo o a su visavuelo, o alguno dellos a el; o el hermano al hermano, o el tío a su sobrino, o el sobrino al tío, o le marido a su muger, o la muger a su marido; o el segro, o la suegra, a su yerno, o a su nuera, o el yerno, o la nuera a su suegro, o as suegra; o el padrasto, o la madrastra a su entenado, o el entenado al padrasto, o a la madrastra, o el aforrado al que lo aforro...».

²⁹ GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a Partidas 7, 8, 12, verb. «qualquier dellos»: «Adde l. 1. et l. set et sciendum, D. ad leg. Pomp. de parric. ... et approbatur hic opinio illa, quod omnes isti puniuntur ista speciali poena; quod nota propter dubium, quod oriebatur ex l. penul. & qui alias, D. eod.».*

³⁰ GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a Partidas 7, 8, 12, verb. «qualquier dellos»: «... quod nota propter dubium, quod oriebatur ex l. penult. & qui alias, D. eod.».*

³¹ D. 48.9.3: «Sed sciendum est lege Pompeia de consobrinis comprehendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propioreve gradu sunt, sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur.».

que, por cierto, establece la misma comparación que había utilizado entre el derecho común y el derecho hispano, ahora entre el concepto que el latín establece con la acepción «parentes» que incluiría también los transversales y el idioma patrio que extiende el término «parientes» a todas las personas unidas por grado de consanguinidad, o de afinidad³².

Solórzano dedica el capítulo 14³³ al análisis de las personas, incluidas dentro de las diversas líneas y grados, a las que debe de extenderse el término «parentes» y a las que, por tanto, les debe de ser impuesta la pena de parricidio si alguno incurriese en el delito de dar muerte a uno de los comprendidos en la parentela. Me interesa el seguimiento de este discurso porque en su desarrollo articula, como ya señalé, de forma muy expresiva al interés que me ocupa (sistema de derecho común), la argumentación «in terminis iuris communis» y la que «Hispana nostra consentit». El indianista al utilizar estos dos términos resulta sumamente expresivo y pone de manifiesto lo que el derecho propio «consiente»: la pena de *culleum* a los parricidas, considerada como tal en Partidas 7.8.12³⁴. Está claro que este jurista está reflejando de una forma muy gráfica lo mismo que, como veremos, expresa la ciencia jurídica europea: los reinos hispánicos se regulan en este aspecto de forma distinta a los reinos europeos y la apoyatura al planteamiento de «Hispania nostra» es una concreta disposición del código alfonsino; y, no solo, porque también la glosa de Gregorio López refiere una respuesta jurídica similar³⁵. Si hacemos caso al contenido de esta glosa y al análisis de Solórzano tendremos que afirmar que, siglos después de la redacción del código alfonsino, los juristas hispanos siguen insistiendo en que la pena del parricida determinada «en nuestra España» es la establecida por la l. *pompeia de parricidiis*. Quedaría ahora esta pregunta en el aire: ¿se aplicaba en la realidad?; si solamente tuviéramos presente la ley de Partidas podríamos pensar que, quizás, el estilo escolástico con que está redac-

³² SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 14, fol. 145: «... Quinimo extra legis Pompeiae tractationem, parentum nomen, apud bonos Latinae linguae scriptores, ad transversales quoque referri... et nos patrio idiomate, omnes, qui nobis quoquo affinitatis, aut consanguinitatis gradu iunguntur, *parientes* vocamus...».

³³ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 14, fol. 144: «Cullei poenam novioribus legibus, quibus Hispana nostra consentit, non in parentes et liberos, uxores et coniuges tantum, sed est in quorundam etiam propinquorum interfectores irrogatam videri. Quinam hi sint. Parentum nomen ad consanguineos interdum extendi. Martianus, Iustinianus, et Alfonsus explicati. Cullei poena propinquorum necem non vindicari, tandem contra communem defenditur. In fratrum occissoribus in dubium vocatur. De fraterno amore plurima. Insignes Quintiliani et Valerii in fraticidas loci. Parricidii nomen fraternae caedi a bonis auctoribus datum. De Romuli parricidio. Livius an male crimen Horatii, perduellionem dixerit?».

³⁴ Partidas 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: ... mandaron los Emperadores, e los Sabios antiguos que este atal que fizo esta nemiga, 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 simio, e despues que fuere en el saco con estas quatro bestias, cosan la boca del saco, e lancenlos en la mar, o en rio que fuere mas cerca de aquel lugar do acaesciere...».

³⁵ Gregorio LÓPEZ, *Glosa a Partidas 7, 8, 12*: «... publice flagellatus sacco corii cum cane, gallo, colubre et simia, est includendus, et consitus in eo projiciatur in mare, vel flumen propinquius...».

tada la obra habría llevado a contemplar esta pena y a describirla también, pero importantes mentes jurídicas como la de Gregorio López o la de Solórzano insisten en la aplicación de esta pena en Hispania estando ya en el siglo XVI.

Julio Claro declara, siguiendo a Baldo, que la pena de *culleum*, establecida por la l. *pompeia de parricidii*, «hodie non est in usu» y que «apud nos autem decapitantur prout alii homicidie» mientras que en España se mantiene la pena tradicional: «in regnis Hispanie dantur canibus lacerandi, et eculeo insuuntur et proiciuntur in flumen»³⁶. Sobre el pensamiento de este autor reflexionaron, como es sabido, muchos otros y entre ellos, tanto autores europeos, como juristas indianos; en concreto y sobre el punto que estamos analizando merece la pena citar por ejemplo a Menocchio y a nuestro Solórzano Pereira. El primero, haciéndose eco de la literatura jurídica coetánea, es claro en su afirmación: «poena l. pompeiae in parricidam hodie non esse in usu»³⁷; sin embargo al describir la pena que «hispani puniant his temporibus parricidas» advierte que se mantiene el histórico *culleum*³⁸. Hemos visto que la literatura jurídica europea manifiesta como realidad la no aplicación de la pena originariamente impuesta en la l. *pompeia* a los parricidas, pero también destaca su aplicación en los reinos hispanos lo que supone el reconocimiento de una praxis jurídica propia en Hispania, manifestación clara de singularidad jurídica; en definitiva, de *ius proprium*. El jurista indiano que demuestra de continuo su buen conocimiento del derecho común europeo recoge, como hemos visto, esta distinción que me parece singularmente interesante a la hora de ver el juego del sistema del derecho común: el *ius commune* y los *iura propria*.

En otro orden de cosas, Juan de Solórzano reitera la gravedad de este delito y advierte que: «parricidium non tan facile excusari potest, quam fieri» porque se trata de un crimen muy grave y nefasto³⁹ y, en consecuencia, ninguna causa

³⁶ I. CLARO, *Sententiarum Receptarum, Liber Quintus* (Venetiis, 1689) & *parricidium*, fol. 47va: «Sed quaero, quae sit pena parricidii? Respond. quod parricida vinus insuatur corio una cum gallo gallinaceo, cane, vipera, et simia, et proiciatur in mare vel in flumen... Sed certe poena illius legis hodie non est in usu, ut dicit Bald. in dicta l. unica...».

³⁷ I. MENOCCHIO, *De arbitrariis iudicium* (Mediolani, 1602) *casus* 356, nr. 13, fol. 145 y en el fol 147 desarrolla: «Hanc poenam in usu desiisse iam sua aetate testantur Baldus, et Sahcetius in l. l. C. de patrib. qui filios distrax. et nostris temporibus Placa in cap. 22. num. 9. vers. caeterum Modestinus, et Iulius Clarus in practica criminali, & parricidium ; qui alios idem affirmantes refert...».

³⁸ I. MENOCCHIO, *De arbitrariis iudicium, casus* 356, nr. 14, fol. 145 y en el folio 147 desarrolla: «In Hispania traduntur canibus lacerandi, et dilaniandi vel insuuntur culleo, et proiciuntur in flumen. Sicuti testantur Placa in dicto cap. 22. num. 9. vers. caeterum Modestinus, et Iulius Clarus in dicto & parricidium, qui etiam affirmat, se in ea regione vidisse parricidam strangularum.

³⁹ «Parricidii crimen grave adeo est, et nefarium, ut nullius causae praetextu excusari posse videatur...», así se expresa Juan de SOLÓRZANO quien dedica al análisis jurídico del tema el capítulo 18 de la obra que examinamos, vid. SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 18, fols. 157-161: «Nullam causam inveniri posse, quae parricidium excuset; optimis exemplis probatur. Qui parricidium parricidio vindicant, potius dimitti et ampliari, quam absolvi. Orestis et Alcmaenonis parricidia etiam si in patrum ultionem facta, furiis punit. Ciceronis de causis furiarum, quae parricidas exagitant, verba. Orestem Diis in Areopago sedentibus absolutum. Parricidium etiam involuntarium extra poenam non esse. In voluntarii homicidii quae fuerit poena apud Grecos. Furiosum si in furore parricidium commiserit impunem esse. Quid si post delictum efficiatur furiosus?»

podría justificar el faltar a la *pietas* debida a los padres según mantiene el jurista indiano⁴⁰ apoyándose en la l. *furiosae* (D.27.10.4) en que Ulpiano señala que, aunque la potestad del padre y de la madre sea desigual, se les debe la misma piedad filial⁴¹.

Como es natural quedan excluidos de castigo penal, por no constituir delito, los supuestos que de una forma casual o fortuita conlleven la muerte de alguno de los que, por parentesco, quedarían incluidos en el parricidio y así es reconocido por la literatura jurídica⁴². Es el supuesto previsto, por ejemplo: en la l. *aut facta* (D.48.19.16) que determina la no existencia de pena en el caso de lesiones producidas por el ejercicio del *ius correctionis* por un ascendiente que, interpretado *in extenso*, nos llevaría ante el supuesto contemplado de homicidio fortuito; en la l. *poena & sane* (D.48.9.9.2) que determina la impunidad de la muerte causada a un ascendiente por locura del causante porque no existiría el dolo necesario para la existencia del delito a la que hace referencia, por ejemplo, Ulpiano en la l. *sed & si quemcumque* (D.9.2.5.1) e incide en similar supuesto la l. *divus* (D.1.18.14) al referir el supuesto del demente que causa la muerte de su madre.

Juan de Solórzano reitera la consideración que le merece la conducta criminal a la que nos referimos y expresa de forma muy clara que el parricidio es un crimen atroz cuya perseguibilidad no prescribe nunca⁴³. El jurista indiano que conoce muy bien la compilación justiniana se basa en ella para elaborar su sustentación sobre la determinación del delito de parricidio como *crimen publicum*⁴⁴. Esta calificación consta de forma específica en el contenido de las *Institutiones* que lo incluyen bajo la rúbrica «de publicis iudiciis», en concreto en el & *alia deinde* (Inst.4.18.6)⁴⁵; y el parricidio da lugar a juicio público por-

⁴⁰ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 6, fol. 159: «Nimirum quia nullum tantum scelus inveniri potest, quod sit parricidio vindicandum et cum aequalis pietas parentibus debeatur».

⁴¹ D.27.10.4: «Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debetur».

⁴² Entre otros juristas se puede seguir la argumentación en I. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium*, casus 346, nr. 37 en que, a propósito de la no procedencia de pena de parricidio señala: «... non procedere in filio furioso, et mente capto, qui occidendo patrem non punitur poena parricidii...».

⁴³ De forma reiterada y varia insiste en estas consideraciones como, por ejemplo, cuando afirma: «... Quare simplicem iuris docendi rationem, et viam magis sequutus, cum communi veterum schola, Pauli verba, prout iacent, accipienda esse contendo, et iustissimè vicenii praescriptionem, quae in aliis criminibus solet locum habere, in parricidio cessare, cuius atrocitas, ut expiationem nullam, ita nullum temporis subterfugium habere meretur», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 20, fol. 168.

⁴⁴ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 20, fols. 166-168: «Parricidii crimen publicum esse. Ideo eius accusationem cui vis è populo datam. Parricidio Rempublicam laedi. Parricidii accusationem nullo temporis spatio finiri, licèt reliqua crimina vicennio extinguatur. Paulus in l. fin de parricidiis expositus. Nova eius interpretatio cum Cuiacio relata. Quae tamen reiscitur postea, et communis magis probatur».

⁴⁵ Inst.4.18: *De publicis iudiciis*, 6: «Alia deinde lex asperrimum crimen nova poena persequitur, quae Pompeia de parricidiis vocatur. Qua cavetur, ut, si quis parentis aut filii aut omnino adfectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id ausus fuerit, nec non is, cuius dolo malo id factum est...».

que según establece la l. *non omnia* (D.48.1.1) se funda en las leyes de juicios públicos⁴⁶. Esta situación criminal le lleva a demostrar que es un delito cuya «*accusatio nullis temporis spatiis possit extinguui*»⁴⁷ y, aunque buen conocedor también de la literatura jurídica, hace en este caso una referencia genérica a *communiter interpretes* –entre ellos Boerio, Bosio, Claro– que aceptan de forma similar esta situación, Solórzano se fundamenta directamente en las fuentes normativas. En concreto, se remite a Paulo quien en el contenido de la l. *eorum* (D.48.9.10) afirma que la acusación contra los que pueden quedar sujetos a la pena de parricidio es siempre posible⁴⁸; y en esta misma falta de prescripción criminal insiste la l. *in cognitione* (D.29.5.13) al afirmar que se permite acusar en todo momento a aquellos a quienes se puede aplicar la pena por parricidio⁴⁹. A mayor abundamiento el jurista indiano trae a colación una disposición que, de forma paralela y refiriéndose a otra conducta criminal, determina también la intemporalidad de la acción a la que podría dar lugar: la l. *qui falsam & accusatio* (D.48.10.19.1) en la que de nuevo Paulo establece que la suposición de parto no puede ser excluida por plazo de prescripción alguno, y lo mismo da que haya muerto o no la mujer que se pretende hizo la suposición de parto⁵⁰.

4. FAVOR SUBSTANTIA FILIATIONIS

Los hijos naturales, es decir, aquellos nacidos *extra matrimonium*, ¿*parricidii poena teneantur* de igual forma que los hijos legítimos⁵¹? En este punto la literatura jurídica europea, medieval y moderna está de acuerdo («*concors scriptorum omnium schola*») en que son las leyes naturales, y no las civiles, las que han de tenerse en cuenta; de manera que, tanto los hijos naturales como los nacidos de legítimo matrimonio, «*pietas aequalis debitur*» a sus padres; en con-

⁴⁶ D.48.1.1: «Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Iulia miestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, iulia de annonae».

⁴⁷ «... nullisque dissimulationis, quantumvis longaevae praescriptionibus, et metis excludi...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 20, fol. 167.

⁴⁸ D.48.9.10: «Eorum, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur».

⁴⁹ D.29.5.13: «In cognitione aperti adversus senatusconsultum testamenti eius, qui a familia sua occisus dicatur, quinquennii tempus constitutum est senatusconsulto Tauro et Lepido consulibus: quod tamen ad extraneos pertinet, namque eos, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusare permittitur eoem senatus consulto».

⁵⁰ D.48.10.19.1: «Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur, nec interest, decesserit nec ne ea, quae partum subdidisse contenditur».

⁵¹ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 3, fols. 95-99 plantea y desarrolla: «Naturales quòque, et extra matrimonium procreatos liberos, aequè ac legitimos parricidii teneri. De spuris et incestuosis quosdam contrà sentire. Nos pluribus in verùmque partem expensis, nullam quoad hunc casum liberorum differentiam faciendam seriò docemus. Naturam aequalem filiis omnibus esse. Nullum parentem à filio in ius vocari permissi, quidquid alii opinentur. De spuris plura scitu non indigna».

secuencia, unos y otros son responsables de parricidio en el supuesto de dar muerte a sus progenitores⁵².

Solórzano comienza fundamentando esta afirmación buscando referencias que avalen la inamovilidad del derecho natural que deriva de la filiación extraconyugal y las encuentra de forma directa en: la l. *eas* (D.4.5.8) en que claramente Gayo determina que el derecho civil no puede alterar los derechos naturales⁵³. Nuestro indianista aporta *a simile* diversas disposiciones jurídicas que, extrapoladas de su contexto jurídico, pueden ser aducidas con criterio similar: la l. *amicissimos & Lucius* (D.27.1.36.1) en que Paulo afirma que el padre no puede negarse a ser curador de uno de sus hijos que está emancipado porque, aunque por tener tres hijos podría estar dispensado, al ser solicitado como tal curador por su hijo emancipado no puede obrar contra los sentimientos naturales⁵⁴; la l. *tutelas* (D.4.5.7) en la que de nuevo este jurista insiste en la validez de criterios naturales al razonar que las herencias y las tutelas se defieren de forma que se designan a las personas atendiendo a los vínculos de la naturaleza⁵⁵. El jurista indiano se fija en las obligaciones de los hijos respecto de los padres –en los que se incluye a los naturales– y aporta *ad abundantiam* también al propósito que estamos analizando: la l. *quique litigandi* (D.2.4.4) en que Ulpiano determina que los padres no pueden ser citados a juicio por sus hijos aunque se trate de descendientes no legítimos⁵⁶; la l. *parentes* (D.2.4.6) en la que Paulo de forma clarísima dispone que nadie puede citar en juicio a los ascendientes naturales, pues ha de ser guardada la misma reverencia a todos los ascendientes⁵⁷; la l. *adoptivus & unde nec vulgo* (D.23.2.14.2) en que este mismo jurista deduce que el padre ilegítimo no puede casarse con su hija natural porque para contraer matrimonio debe respetarse el derecho natural y la moral⁵⁸. También utiliza la expresión de Ulpiano en la l. *furiosae* (D.27.10.4)

⁵² SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 3, fol. 95.

⁵³ D.4.5.8: «Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest...».

⁵⁴ D.27.1.36.1: «Lucius Titius ex tribus filiis incolumibus unum habet emancipatum eius aetatis, ut curatores accipere debeat; quaero, si idem Titius pater petente eodem filio emancipato curator a praetore detur, an iure publico uti possit et nihilo minus trium filiorum nomine vacationem postulare, respondi praemium 'quidem' patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportere, sed cum filio suo curator petatur, 'contra naturales stimulos facit, si tali excusatione utendum esse temptaverit'».

⁵⁵ D.4.5.7: «... ex nobis autem legibus et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur; ut ecce deferunt hereditatem senatus consulto matri et filio...».

⁵⁶ D.2.4.4.3: «Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt, nec tamen ut Severus dicebat, ad solos iustos liberos, sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem is ius non vocabit».

⁵⁷ D.2.4.6: «Parentes naturales in ius vocare nemo potest; una est enim omnibus parentibus servanda reverentia».

⁵⁸ D.23.2.14.2. «Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt, igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem, tantundem iuris est et in sorore et sororis filia, idem e contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem eum esse, unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est; contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere».

en que, a propósito de la curatela que el hijo debe a la madre loca, considera este jurista que «pietas eis aequalis» a ambos padres aunque la potestad del padre y de la madre sea desigual⁵⁹; y esta «piedad igual» es la que deben de tener los hijos –legítimos y naturales y por esto, seguramente, la referencia a la desigual potestad del padre y de la madre y, sin embargo, igualdad respecto a la *pietas* debida por los hijos– respecto de los padres. Por lo tanto, Solórzano extiende todos estos razonamientos y reitera que los hijos naturales en nada se diferencian de los legítimos⁶⁰ y así aquéllos como éstos incurrir en parricidio si matan a sus padres quedando sometidos a la pena prevista para este crimen.

Entre los comentaristas, Baldo de Ubaldi, resulta, a mi modo de ver, en el punto que estamos analizando singularmente claro. Lo es cuando, a propósito de su comentario sobre la controversia entre señor y vasallo acerca de la sucesión del feudo⁶¹, afirma que el padre que mata a hijo espúreo queda sometido a la ley pompeya de parricidio. Se basa en la l. *hos accusare & omnibus* (D.48.2.12.4) que determina que a pesar de que la disposición que obra en el caso de los parricidas no cabe estrictamente en el supuesto de los esclavos, sin embargo como la naturaleza es algo común a todos los hombres, se les aplica dicha norma por analogía⁶². En este supuesto el comentarista aplica un criterio analógico que le lleva a este razonamiento, y a insistir en el ámbito de la naturaleza en el que todos los hombres «procreati de materia primi seminis humani»⁶³; planteamiento que le lleva a afirmar claramente en su comentario a l. *quum acutissimi* (C.6.42.30) que el padre que mata al hijo espúreo, o viceversa, es penado con la pena de parricidio porque hay que tener en cuenta la sustancia de la filiación, no la calidad⁶⁴.

La calificación jurídica se mantiene en la literatura jurídica posterior, así por ejemplo: Julio Claro, apoyándose en una buena selección de juristas y, con la rotundidad característica de su obra, considera que el que mata a su padre natural «dicatur parricida» y, en consecuencia, debe de ser penado con la pena establecida para el parricidio⁶⁵; también Menochio que utiliza similares fuen-

⁵⁹ D.27.10.4: «Furiosae matris curatio ad filium pertinet; pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debetur».

⁶⁰ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 3, fol. 97.

⁶¹ BALDO DE UBALDI, *Comm. in usus feudorum*, cap. 1 & *si de feu. fuer. contr. inter dom. et vass.*, fol. 59, nr. 12.

⁶² D.48.2.12.4: «Omnibus autem legibus servi rei fiunt excepta lege Iulia de vi privata, quia ea lege damnati partis tertiae bonorum publicatione puniuntur, quae poena in servum non cadit, idemque dicendum est in ceteris legibus, quibus pecuniaria poena irrogatur vel etiam capitis, quae servorum poenis non convenit, sicuti relegatio, item nec lex pompeia parricidii, quoniam caput primum eos adpraehendit, qui parentes cognatosve aut patronos occiderint; quae in servos, quantum ad verba pertinet, non cadunt, sed cum natura communis est, similiter et in eos animadvertetur...».

⁶³ «Item civitas minor est mundo de quo isti sunt naturaliter seu materailiter procreati: quia sunt de materi primi seminis humani, nam semen hominis non ligat a potentiam divinam...», Baldo de Ubaldi, *Comm. in usus feudorum*, cap. 1 & *si de feu. fuer. contr. inter dom. et vass.*, fol. 59, nr. 12.

⁶⁴ BALDO DE UBALDI, *Comm. ad l. quum acutissimi*, *Comm. in sextum codicis librum* (Venetiis, 1586) fol. 153.va.

⁶⁵ Julio CLARO, *Sententiarum Receptarum, & parricidium*, fol. 48va.

tes jurídicas y que en tono más expresivo determina que si el hijo natural mata a su padre se le debe castigar como parricida dado que según la naturaleza le tiene que prestar a su padre natural la misma reverencia que si fuera hijo legítimo⁶⁶.

5. FAVOR SANGUINIS

Es el *favor sanguinis* el que, a mi modo de ver, opera en la respuesta que Solórzano da a la cuestión que se plantea sobre si en algún supuesto puede justificarse y quedar, por tanto, sin sanción penal la muerte del padre por los hijos. En concreto, la referencia es al caso específico del padre proscrito «quem bannitum vocant»⁶⁷ planteada «in statuto», según advierte Bartolo en su comentario a la l. *si adulterium & liberto* [D.48.5.39(38).9], en la que éste se cuestiona acerca de si el liberto puede dar muerte a su patrono sorprendido en adulterio con su mujer (en aquellos casos en que el sorprendido puede ser muerto en el acto)⁶⁸. El comentarista está echando mano de una disposición del Digesto, que considera caso similar, para dar respuesta a un problema que se plantea a nivel estatutario, situación que también aprecia como «estatutaria» Alberico de Rosate en su comentario a esa misma l. *si adulterium & liberto*⁶⁹. Es decir, salta en el escenario jurídico una clara situación no prevista en la compilación justiniana y que la práctica ha manifestado: ¿se puede matar impunemente al padre proscrito de la misma forma que puede, o no, dar muerte el liberto al patrono sorprendido en adulterio? Bartolo plantea las dos cuestiones de forma simultánea, pero la respuesta es distinta: aunque el liberto sorprenda al patrono yaciendo con su mujer, éste continúa siendo su patrono y prevalece el derecho de patronato de manera que no puede ser muerto por el liberto⁷⁰; sin embargo, el comentarista resuelve de forma distinta la otra cuestión: el hijo puede dar muerte al padre *ex bannito* en los supuestos en que éste

⁶⁶ I. MENOCHIO, *Additiones, De arbitraris iudicium, casus* 346, nr. 21, fol. 149.

⁶⁷ El jurista indiano dedica amplio espacio a este tema, vid. SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 4, fols. 99-103: «Proscriptum patre, quem bannitum vocant, à filio circa parricidii crimen, quidquid alii arbitrentur, occidi non posse. Hoc variis rationibus et exemplis corroboratum. Limitari tamen ubi pater in patriam, aut Principem aliquid hostili anima moliretur, nec alia remedii via daretur. Expenduntur in hanc rem elegantissima Marcelli, Ciceron, et aliorum testimonia. Patria non plus quam parentibus debere. Maiorem parentem à Varrone appellari. Qui obiter declaratur. Hoc etiam exemplis adstructum».

⁶⁸ D.48.5.39(38).9: «Liberto patroni famam lacescere non facile conceditur, sed si iure mariti velit adulterii accusare, permittendum est, quomodo si atrocem iniuriam passus esset. Certe si patronum, qui sit ex eo numero, qui deprehensus ab alio interfici potest, in adulterio uxoris deprehenderit, deliberandum est, an impune possit occidere quod durum nobis esse videtur, nam cuius famae, multo magis vitae parcendum est».

⁶⁹ Alberico DE ROSATE, *Comm. ad l. si adulterium & liberto*, fol. 183va: «... statutum sit in civitate que liceat impune bannitum offendere, non tamen propter hoc licet liberto patrono, filio patre, vel vasallo duum occidere, vel offendere...».

⁷⁰ Bartolo DE SASSOFERRATO, *Comm. ad l. l. si adulterium & liberto*: «... hic libertus reperiat patronum in adulterio remante tam patronus et hoc iura patronatus...».

podría convertirse en enemigo y tráfuga. Éstos naturalmente son los casos en que el *pater* hubiera incurrido en *crimine maiestatis o patriae proditiōne*, es decir, en delitos por los que el autor pierde la ciudadanía según refiere Paulo en el contenido de la l. *amissione & qui deficiunt* (D.4.5.5.1). Bartolo, insistiendo en este punto, afirma que, de la misma forma que pierde la ciudadanía, pierde a su hijo⁷¹ y trae a colación como situación paralela aquella prevista en la l. *in bello postliminium & filius* (D.49.15.12.3) que dispone que el hijo, sometido a patria potestad, puede contraer matrimonio sin consentimiento de su padre si éste está en cautiverio⁷². No es de extrañar que el comentarista insista en que las situaciones criminales cometidas por el padre y que darían pie a su muerte propiciada por su hijo sean aquéllas en las que, como hemos visto, se produce un quebrantamiento de la fidelidad al incurrir en delito de lesa majestad o de traición; y no es de extrañar porque la lealtad es el bien más protegido durante el medievo. Es por esto, probablemente, por lo que acepta la situación prevista en la l. *minime* (D.11.7.35) referida al padre o al hijo que se dan muerte respectivamente y resultan impunes si la víctima había incurrido en algún acto que conlleve la destrucción de la patria⁷³ pues se trata de un quebrantamiento de la fidelidad debida. Fuera de estas dos situaciones criminales la doctrina jurídica parece criminalizar siempre la muerte del padre; así por ejemplo, tenemos una clara manifestación en Rosciate que afirma que ni es lícito al hijo matar a su padre *bannitum*, ni tampoco al liberto dar muerte al patrono⁷⁴.

La respuesta que la doctrina de siglos posteriores da a la cuestión que analizamos parece no ser acorde manifestándose algunos juristas conformes con la postura bartoliana, respecto a la cuestión estatutaria planteada, como por ejemplo Menochio quien incluso hace una lectura más amplia y considera impune no solo al que, en las circunstancias mencionadas por Bartolo, mata a su padre o a su hijo⁷⁵, sino también al marido que, por lo mismo, mata a su mujer o a la mujer que por ello da muerte a su marido⁷⁶.

Sin embargo, Juan de Solórzano, de forma clara, actúa movido por un *favor pietatis* («tantum pietati tribuo»), y mantiene que de ningún modo es lícito a un

⁷¹ Bartolo DE SASSOFERRATO, *Comm. ad l. l. si adulterium & liberto*: «...hic libertus reperiat patronum in adulterio remante tam patronus et hoc iura patronatus, sed non sic in ex bannito que efficitur hostis et transfuga civitatis... sicut ius perditur civitati ita perditur filio...».

⁷² D.49.15.12.3: «Medio tempore filius, quem habet in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset, nam utique nec dissentire, susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit non mirum, quia illius temporis condicio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat».

⁷³ D.11.7.35: «Minime maiores legendum putaverunt eum qui ad patriam delendam et parentes et liberos interficiendos venerit; quem si filius patrem aut pater filium occidisset, sine scelere, etiam praemio adficiendum omnes constituerunt».

⁷⁴ Alberico DE ROSATE, *Comm. ad l. si adulterium & liberto*, fol. 183va: «Statuto stante, quod quis possit impune bannitum occidere: non tamen licet filio occidere patrem bannitum, neque liberto patronum».

⁷⁵ I. MENOCHIO, *Additiones, De arbitris iudicum, casus 346*, nr. 29, fol. 150va: «Extenditur... qui occidit patrem bannitum; stante statuto, quod bannitus impune occidi possit...».

⁷⁶ I. MENOCHIO, *Additiones, De arbitris iudicum, casus 346*, nr. 114, fol. 155.

hijo matar a su padre porque, aun en los casos en que las leyes civiles hubieran declarado a éste como enemigo público o reo de lesa majestad, los derechos de cognación y agnación están por encima y las dejan sin efecto. De esta manera, la *pietas* debida a los padres no puede ser anulada por ningún pacto ni dirimida por ningún derecho⁷⁷ según interpreta *in extenso* el jurista indiano basándose en: la l. *in bello postliminium & quibus ius* (D.49.15.12 *pr.*) que determina que el derecho de postliminio se da tanto en tiempo de guerra como de paz⁷⁸. El indiano en la elaboración de esta construcción, que estimo absolutamente original en este aspecto, insiste en que el orden natural que determina la relación parental tiene también como consecuencia la obligación de alimentar el hijo al padre proscrito o condenado por traición porque esa relación natural debe permanecer incólume y aporta como fundamento: la l. *ius autem* (D.2.14.34) en que se recoge la opinión de Juliano sobre que el derecho de agnación no puede renunciarse por pacto, del mismo modo que no puede uno decir que no quiere ser heredero de propio derecho⁷⁹; y, desde luego, la l. *iura sanguinis* (D.50.17.8) en que Pomponio determina que los derechos de sangre no pueden quedar abolidos por derecho civil alguno⁸⁰, como de forma paralela recuerda que la l. *si adulterium & liberto* no permite al liberto privar de la vida a su patrono aun sorprendiéndolo en adulterio con su propia mujer. Son disposiciones de la compilación justiniana en las que se basa el jurista indiano para elaborar su posición en torno a que «sanguinis vinculis pietas satisfecit» y, por todo ello, considera que no puede de forma impune el hijo matar al padre, ni el padre matar al hijo aunque éste haya sido declarado autor en los graves crímenes mencionados⁸¹, y *a contrario sensu* recuerda el contenido de la l. *eos* (D.47.16.2) en que Paulo determina que no debe absolverse, pero tampoco castigarse de forma tan severa al que oculta a un atracador afín o pariente, pues no es lo mismo su delito que el de los que encubren a personas extrañas⁸².

⁷⁷ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 4, fol. 100: «... Mihi vero (tantum pietati tribuo) etiam in hoc casu filio patrem occidere nequaquam licere, magis arridet; nam si lex civilis, publicos hostes et maiestatis reos, cognationis et agnationis iuribus effectibus privet, naturalis tamen sanguinis qualitas et debita parentibus pietas nullo pacto aboleri, nulloque iure dirimi potest...».

⁷⁸ D.49.15.12 *pr.*: «... quibus ius postliminii est tam in bello quam in pace, nisi foedere cautum fuerat, ne esset his ius postliminii».

⁷⁹ D.2.14.34: «Ius agnationis non posse pacto repudiari, non magis quam ut quis dicat nolle suum esse, Iuliani sententia est».

⁸⁰ D.50.17.8: «Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt».

⁸¹ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 4, fol. 100: «... Et quamvis occidendi proscriptum, sive perduellionis damnatum, potestas omnibus fiat, cum tamen id necessitati non subiiciatur, quod potestati, seu voluntati committitur, non omnino impium filii, facinus impunitum relinquere debere censerem, qui de patris vita, pro qua optimum consilium capere debuit, tam iniquum sumpsit arbitrium. Cum neque patronum impune possit libertus etiam in casu permissio, ut Modestinus docet, vita privare, neque ut in receptatoribus Paulus scribit par sit eorum delictum, qui nihil ad se pertinentes homines occiderunt, et eorum, qui non affines quidem vel cognatos, sed patrem ipsum pro quo mori debuerant, interfecerint...».

⁸² D.47.16.2: «Eos, apud quos adfinis vel cognatus latro conservatus est, neque absolventes neque severe admodum puniendos; non enim par est eorum delictum et eorum, qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt».

En definitiva, se trata de un supuesto que no tiene respuesta en la compilación justinianea, pero que se plantea a nivel estatutario y que es resuelto (utilizando disposiciones de Justiniano y argumentándolas en paralelo o *a simile* o *a contrario sensu* o *in extenso*) de forma distinta por los juristas a los que he aludido.

6. PATRIA POTESTAS Y FAVOR PIETATIS:

a) *ius vitae necisque*

Me resulta sorprendente la extensión que dedica Juan de Solórzano al estudio de un *ius proprium civium romanorum* que, según había referido Gayo, no tiene comparación en pueblo alguno⁸³; estoy aludiendo a la serie de atribuciones que enmarcan el contenido de la *patria potestas* que tiene el *pater familias* en Roma⁸⁴. En los momentos en que la patria potestad era concebida como un poder absoluto, el *pater* podía hacer uso del mismo y ejercer un derecho pleno de disposición sobre la persona del *filius familias* a él sometido. De esta forma, el *pater* puede ejercitar el *ius vitae ac necis*, el *ius vendendi*, el *ius exponendi* y la *noxae deditio* sobre sus *fili familiae*. Se trata, por tanto, de una subordinación jurídica total a la voluntad del *pater* lo que definiría la situación del *filius*.

La expresión máxima de esta voluntad del poder del *pater* viene determinada por el derecho de vida y muerte⁸⁵ que puede ejercer sobre sus *fili* y del que tenemos muchos ejemplos en la literatura antigua. Este derecho que el *pater* tiene sobre los sujetos a su potestad existe desde los tiempos históricos y perduró durante el Imperio; está reconocido por la *lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem*⁸⁶, aunque pienso que fue raramente ejercido. Naturalmente, la relación (sujeción-poder) entre el *pater* y sus *fili* que es la determinante de la mencionada atribución va marcando la configuración de la *patria potestas* en Roma y el paso, en un primer momento, de un poder absoluto del *pater* a un poder de corrección basado sobre unas relaciones jurídicas determi-

⁸³ Situación que recoge SOLÓRZANO PEREIRA: «... Romani tamen, iam inde a nascentis reipublice tempore adeo magnam sibi in liberos potestatem adrogarunt, et tot iuribus, totque privilegiis munitam, ut patria potestas propria civium romanorum, neque eo modo apud alios homines usu recepta...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 7, fol. 110.

⁸⁴ GAIUS, *Institutiones* 1, 55: «... quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus».

⁸⁵ A mi modo de ver se trata de una manifestación del poder jurisdiccional que ostenta el padre como apunta P. VOCI, *Exame delle tesis*, 104 ss; no puede considerarse como una dimensión del carácter de propietario que asiste al *pater* como señala Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht* (Graz, 1955) 617.

⁸⁶ PAPIANUS, *Collatio* 4, 8: «Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem, quod bonum fuit legi comprehendi, ut potestas fieret etiam filiam occidendi, velis mihi rescribere: nam scire cupio. Respondit: numquid ex contrario praestat nobis argumentum haec adiectio, ut non videatur les non habenti dedisse, sed occidi eam cum adultero iussisse, ut videatur maiore aequitate ductus adulterum occidisse, cum nec pepercerit».

nadas por el poder del *pater* y la sujeción del *filius*. La transformación que esta institución opera ya en el último momento de su evolución en Roma determinará que el *pater* actúe movido por la *pietas* que es la ley humana y universal⁸⁷.

Solórzano dedica al análisis de la evolución del *ius vitae necisque* cuatro capítulos, pero siempre teniendo como telón de fondo el tema del que se ocupa: el parricidio. el 7, «De filiis sit ad parentes transitus. Horum in filios imperium ex natura ipsa descendere...»⁸⁸; el 8, «Ius occidendi filios olim parentibus datum, posterioribus legibus ademptum, nec nisi modicam coercionem, aut exheredationis remedium illis relictum...»⁸⁹; el 9, «Adempta parentibus occidendi filios licentia, statim poenas occisoribus irrogatas...»⁹⁰ y el 10, «Constantiniana primum sanctione cullei poenam, quae olim in liberos, in parentes etiam liberorum interfectores porrectam...»⁹¹.

El jurista indiano da cumplida cuenta de esta situación y advierte cómo «posteriores leges semper ius potestatis minuerunt, et patribus non occidendi filios dumtaxat, verum, et in eorum causis cognoscendi, et iudicandi facultatem

⁸⁷ A. OTERO VARELA, *La patria potestad en el Derecho Histórico Español*, A.H.D.E. 26 (1956) 213.

⁸⁸ «De filiis sit ad parentes transitus. Horum in filios imperium ex natura ipsa descendere. Romanos potestatem patriam cum vitae, et necis iure in liberos exercuisse. Huius rei multa in bonis auctoribus testimonia: nonnulla etiam in iurisconsultorum libris vestigia inveniri. Omnia diligenter ob oculos posita. Et Marciano in l. de parricid. cum Cuiac. lux data. An apud alias nationes ius impune occidendi liberos fuerit? Et qui apud Romanos eo usi reperiantur. Quo respectu Caius et Iustinianus patriam potestatem proprium ius Romanorum dixerint? vendere olim liberos parentibus licuisse, hodie quatenus liceat», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 7, fols. 110-114.

⁸⁹ «Ius occidendi filios olim parentibus datum, posterioribus legibus ademptum, nec nisi modicam coercionem, aut exheredationis remedium illis relictum. His suppliciiis parentes erga filios contentos esse debere, Seneca, Ambros. Salvian. et aliorum verbis ostensum Traianum filium quem pater severe nimis tractabat à patris manu liberasse; id iure factum, ut Papin. refert. Cuius verba cum Hottoman. Et Petr. Fab. Emendantur, quamvis Cuiacius emendationem non probet. Parem filium sibi reluctantem iudicibus offerre debere. Multis hoc iuribus comprobatur. Sed praecipue Ulpian, responso in l.2 de sicariis. De cuius interpretatione latissime agitur. Nemine indicta causa damnari», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 8, fols. 114-119.

⁹⁰ Adempta parentibus occidendi filios licentia, statim poenas occisoribus irrogatas. Hoc iure, meritoque, quodammodo in ipsorum parentum gratiam inductum. Ne ad exheredationem quidem patrem sine magna causa accedere debere Ciceron et Seneca elegantissimis verbis ostensum. Erixoneim equitem Romanum, et Quintum Fabium Servilianum ob filiorum caedes iam olim damnatos fuisse. Martiani sententia de patre qui filium in venatione necavit, multis doctorum interpretationibus obscurata magis quam exposita, late explicatur, et novo ac vero sensu donatur», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 9, fols. 119-123.

⁹¹ «Constantiniana primum sanctione cullei poenam, quae olim in liberos, in parentes etiam liberorum interfectores porrectam. Gravissimum esse delictum filios occidere. De filiorum amore plura. Eorum vitam parentibus propria chariorem. Eis omnia ex voto parari. Participes filii cur Terentio dicantur? Ro salute filiorum religiose iuratum. Ut superstites parentibus essent, et eorum oculos clauderent frequenter vota concipi. Hinc superstitiosi nomen. De more operiendi oculos mortuorum obiter nonnulla. Dolorem parentum in filiorum obitu, et pro eorum salute sollicitudinem Epitaphiis, et animalium exemplis ostensum. Plato qualiter, Aegyptii filiorum occisores punierint? Nullum maius tormentum inveniri quam filios in parentum conspectu necare», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 10, fols. 123-130.

denegarunt»⁹², señalando a propósito la l. *qui iurisdictioni* (D.2.1.10) en que Ulpiano establece que el que ejerce jurisdicción no debe ejercitarla respecto a sí mismo, su mujer, sus hijos, sus libertos o los demás a quienes tiene consigo»⁹³. Resulta evidente que aquel aspecto del *ius in personis filiorum* de contenido amplísimo que había tenido el *pater* y que tenía, entre otras manifestaciones, la posibilidad de ejercicio del derecho de vida y muerte da paso a un *favor pietatis* que debe de inspirar los actos que se deriven del *ius correctionis*; se hará de forma escalonada por la propia interpretación de las leyes⁹⁴, de la misma forma que, como señala a *simile* Solórzano⁹⁵, Modestino había determinado en el contenido de la l. *verbis legis* (D. 50.16.120) que el sentido amplio de la libertad de instituir heredero, determinar legados y designar tutores se restringió por la interpretación de las leyes y por la autoridad de los fundadores del derecho⁹⁶.

Desde la época republicana se castiga como homicidio el acto del *pater* que conlleva la muerte de alguna de las personas sometidas a su *patria potestas* si ha sido realizada *cum atrocitate, sine pietas*. Ésta es la situación que refleja la l. *divus* (D. 48.9.5) en la que Marciano recoge la disposición de Adriano por la que se castiga con la pena de deportación a un padre que mata a un hijo culpable porque lo había hecho de forma reprobable, con insidia (sin piedad), sin juicio, durante una cacería y la «*patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*»⁹⁷. Esta disposición me parece interesante, a los efectos que nos ocupa, por varias razones. Por una parte, porque de forma expresa recoge el *ius vitae ac necis* del padre cuando al castigar a éste con la pena de deportación *in insulam*, lo hace porque mató a su hijo durante una cacería actuando más como ladrón que como padre. Por otra parte porque, quizás también en esta disposición podemos ver la primera limitación a ese poder absoluto del *pater* sobre sus *fili* al instalar claramente por encima el juego de una manifestación de *favor pietatis*. No se castiga el hecho –que se permite como manifestación de la patria potestad–, sino la forma («*excessus puniatur*») ⁹⁸. Todavía, sin embargo, habrá que esperar a la época postclásica para asistir a la prohibición de este

⁹² SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 8, fol. 118.

⁹³ D.2.1.10.

⁹⁴ La evolución y desarrollo de la criminalización de las originarias atribuciones del *pater familias* que comprendían el derecho de vida y muerte, el derecho de venta, el derecho de exposición y la *noxae deditio* sobre sus *fili* los he estudiado en una anterior aportación en que sigo también su transformación paralela en un *officium* que teniendo presente el derecho de corrección ha de ser ejercido con piedad, vid. E. MONTANOS FERRÍN, *La criminalización de los derechos del pater familias*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid» 16 (1990) págs. 93-140; también en «Estudios de Historia del Derecho criminal» (Madrid, 1990) 7-76.

⁹⁵ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 9, fol. 119.

⁹⁶ D. 50.16.120: «*Verbis legis duodecim tabularum his 'uti legassit' suae rei, ita ius esto latissima potestas tributa videetur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi, sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium*».

⁹⁷ D. 48.9.5: «*Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit, nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*».

⁹⁸ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 9, fol. 121.

derecho de vida y muerte que aparece por primera vez en la l. *si quis parentis* (C. 9.47) en que Constantino castiga con la pena de *culleum* –reservada a los parricidas– al padre que diere muerte a su hijo⁹⁹; es ya la criminalización, por tanto, del máximo exponente de los derechos del *pater*.

Solórzano se hace también eco de esta disposición y la evidencia haciendo destacar como justificante de la misma el amor que debe de prevalecer entre padres e hijos; en definitiva, como una manifestación más del *favor charitatis* o *favor pietatis*¹⁰⁰ que debe de ser el núcleo de las relaciones paterno-filiales, operando la piedad naturalmente de forma que, por lo tanto, ninguna ley civil puede ir en contra y aduce como paralelo jurídico la l. *eas* (D. 4.5.8) en que Gayo determina que las obligaciones que contienen una prestación natural no se extinguen con la capitidisminución, porque el derecho civil no puede alterar los derechos naturales¹⁰¹. En este punto, a mi modo de ver, el indiano elabora magistralmente este eslabón dentro del sistema del derecho común: por una parte, invoca la mencionada l. *si quis parentis*, y por otra, a la hora de referir que, después de Constantino, otros emperadores y príncipes actuaron de igual forma, recoge la disposición de *Alfonsus noster*: Partidas 7.8.12 que refiere la pena de *culleum* (reservada a los parricidas) para «el padre que matare al hijo, o el hijo que matare a su padre, o alguno de los otros parientes»¹⁰².

En otras disposiciones de Partidas encontramos referencias concretas a la *pietas* que debe de presidir las relaciones paterno-filiales: están en sede de patria potestad y probablemente por esta razón el jurista indiano no las recoge atento como está en la configuración analítica y conceptual del parricidio. La patria potestad se había convertido en un *officium* hacia los hijos que debe ser ejercido con piedad y que lleva, por supuesto, implícito un derecho de corrección por parte del padre, correlativo al deber de educación de sus hijos: «pro salute filiorum consilium optimum capiant»¹⁰³. Por esta razón, el castigo ha de ejercerlo con mesura y con piedad, como un padre, so pena de no merecer los derechos paternales e incurrir en la pérdida de la patria potestad, como se hace constar con

⁹⁹ C. 9.17. *unica*: «Si quis parentis aut filii auto omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata provaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur...».

¹⁰⁰ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 10, fol. 123: «... Primus ergo Constantinus et post enim alii Imp. et Principes, parricidio nomen et supplicium more maiorum descendentibus dumtaxat irrogatum, in ascendentibus qui suam prolem dedissent aequa lance observari sanxerunt. Idque iure sane ooptimo, cum non minor parentum in filios amor et charitas, quam filiorum in parente pietas esse debeat: sed maior potius, quo magis natura ipsa, ut Arist. Tradit, patres in filiorum amorem, tanquam in actionem, et finem sui, totis animis devehuntur...»

¹⁰¹ D. 4.5.8: «Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest...».

¹⁰² Partidas 7.8.12: «... Si el padre matare al hijo, o el hijo al padre... 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 simio; 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 cercano de aquel lugar do acesciere...».

¹⁰³ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 9, fol. 119.

un estilo muy descriptivo y escolástico en Partidas 4.18.18 al describir las cuatro maneras por las que el padre pierde la potestad sobre su hijo. Se señala que la primera es «quando el padre castiga al fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad que debe aver según natura», y aclara que el castigo debe ser con medida y con piedad. Y así vemos cómo al lado del término poder –de origen clásico y ahora utilizado con un valor solo formal– se recuerda de forma constante la piedad con la que el padre debe de actuar siempre. El término *pietas* lo vemos utilizado y repetido desde el último período clásico; mesura en la que insiste Partidas 7.8.9 que, al establecer las penas que merecen los que castigan a sus hijos cruelmente, dispone que el padre debe de castigar a su hijo «mesuradamente». Esta ley plantea varias situaciones que, al propósito que nos interesa, conviene resaltar: primero, califica como cruel al padre que en la corrección actúa desmesuradamente y prohíbe este tipo de comportamiento; en segundo lugar, establece las penas en las que incurre el padre que, a pesar de esta prohibición, desvirtúa su derecho de corrección, lo extralimita y causa la muerte de su hijo. En este último supuesto, si el padre ha actuado sin intención de matar se le impone la pena de destierro durante cinco años; y, si ha actuado con intención de matar, se le impone pena de homicida (situación penal que nos recuerda la contemplada en la l. *cornelia de sicariis* (D.48.8.1). Sin embargo, en el mismo título de Partidas «De los omeziellos» habíamos visto que se prevé en la ley 12 la situación criminal en que se encuentra el padre que mata a su hijo fuera de la dimensión de corrección, y la pena impuesta en este caso es la de *culleum* contemplada en la l. *pompeia de parricidiis* (D.48.9.1). Como hemos visto, por tanto, Partidas criminaliza la muerte del hijo por el padre de varias formas; el padre no tiene reconocido de ningún modo el derecho de muerte sobre sus hijos¹⁰⁴.

¹⁰⁴ No se puede objetar a esta criminalización de la muerte del hijo operada por el padre un párrafo que se contiene en Partidas 4.17.8. Esta disposición da cuenta de una situación en la que, según el fuero «leal» de España, el padre puede comerse a su hijo para lo que, lógicamente, tendría que matarlo. De esta situación no podemos concluir que se está reconociendo un derecho de vida y muerte al padre y vamos a ver por qué. Todo parece indicar que al redactor de Partidas se le presenta una situación que debe de aclarar movido, probablemente, por un interés puramente escolástico. La ley de Partidas refiere un padre, aquejado de gran hambre y muy pobre, que tiene que vender o empeñar a su hijo para poder comer él y los otros hijos. Esta situación no es nueva, pues ya desde Constantino se contemplaba la posibilidad de venta de hijos en el caso de no poder alimentarlos y siempre a juicio del *praeses provinciae*; lo que parece nuevo es que la disposición de Partidas piensa no solo en el hijo que, no pudiendo ser alimentado, pueda morir, sino también en el padre en similar situación. La escena podía, sin embargo, parecer incomprensible para el hombre del bajomedievo, y es por ello que el texto castellano busca otra explicación: parte de que hay otra razón por la que el padre puede vender a su hijo y es la que se deriva de que estando el padre cercado en algún castillo que tuviera de su señor y no tuviese qué comer, puede comer a su hijo antes que rendir el castillo sin mandato del *dominus* (según costumbre leal de España). En efecto, aquí se está dando cuenta de una situación en la que el padre puede matar a su hijo, pero conviene hacer notar que se refiere a una costumbre leal mantenida en España que refleja una escena de lealtad señorial: el padre no puede dejar el castillo sin autorización de su señor, y, si para subsistir lo precisa, puede comerse a su hijo. Esta referencia a una costumbre o fuero de España tiene todo el aspecto de una cita heroica con base histórica, quizás, pero fundamentadora de la gloria patria que tampoco es base suficiente para sustentar la persistencia de un derecho de vida y muerte. Vid. E. MONTANOS FERRÍN, *La criminalización de los derechos del pater familias*, 64-66.

Para Juan de Solórzano esta situación tiene su fundamento *favor charitatis* y apela entre otros autores a Accursio y a Alciato quienes con otros, *communiter*; valoraron las relaciones entre padres e hijos basadas en el afecto y en el amor, siendo consideradas procedentes de *summo amore*¹⁰⁵ como explicitan, por ejemplo: la l. *quum furiosus* (C. 5.70. 7) en que Justiniano, a propósito de los curadores del furioso, determina que cuando éste, teniendo enfermedad perpetua, está constituido bajo la potestad de su ascendiente no puede tener curador porque para la administración de sus bienes le basta con la consideración de su padre pues «quis enim talis affectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum?»¹⁰⁶; o la l. *isti quidem* (D. 4.2.8) en que Paulo, al establecer las consecuencias de actuaciones realizadas por intimidación, refiere que da lo mismo que uno se haya sentido intimidado en su persona o en la de sus hijos ya que por amor a los hijos los padres pueden atemorizarse aún más¹⁰⁷; y en sentido similar añade Solórzano la l. *quamquam* (C. 9.23.1) que considera que cuando el padre instituye heredero a un hijo cumple con un *dulci officio*¹⁰⁸.

Quizás en la l. *inauditum* (D. 48.8.2) se pueda encontrar la primera limitación formal de que tenemos noticia –no todavía prohibición– de este derecho de vida y muerte que, en tiempos históricos, asistía al *pater* con carácter absoluto. El texto recoge una disposición de Ulpiano en la que este jurista determina que el padre no puede matar a su hijo sin que éste haya sido oído¹⁰⁹. Parece, pues, que ya la patria potestad deja de ser una jurisdicción, expresión de una soberanía política del *pater* sobre sus hijos, y comienza a convertirse en un mero poder doméstico, un poder de enmendar y castigar a los *fili*, no *immensum*, sino ya limitado probablemente por un consejo doméstico; por eso, el padre no puede matar sin que antes haya sido enterado el consejo familiar encargado de aplicar la *disciplinam domesticæ emendationis*. En un momento determinado también este Consejo decaería en sus funciones que pasarían a incardinarse en el marco de la organización política; de ahí que en la segunda

¹⁰⁵ Añade además que «... Filii namque ... dicuntur, ut cum Accurs. Nostro, alii communiter prodiderunt, quod amorem et affectum significat...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 10, fol. 124.

¹⁰⁶ C. 5.70.7: «Quum furiosus, quem morbus detinet perpetuus, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate cuatorem habere non potest, quia sufficit ei ad gubernationem rerum, quae ex castrensi peculio vel aliter ad eum pervenerunt, vel ante furorem ei acquisitae sunt vel in furore obveniunt, vel in his, quorum proprietas ei tantummodo competit, paterna verecundia. Quis enim talis affectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum, vel cui alii credendum est res liberorum gubernandas, parentibus derelectis? Licet Tertullianus, iuris antiqui interpres, libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam, tamen nos apertissime introduximus».

¹⁰⁷ D. 4.2.8.3: «... Haec quae diximus ad edictum pertinere, nihil interest in se quis veritus sit an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur».

¹⁰⁸ C. 9.23.1: «Quamquam ita interpretentur jurisperiti, ut contra legem Corneliam videatur se scribere heredem filius emancipatus patre dictante, tamen si, quum testamentum non esset scriptum, iustus successor futurus esset accepta bonorum possessione filius patri, perinde habebitur, atque si sua manu pater tuus te heredem scripsisset, functus dulci officio».

¹⁰⁹ D. 48.8.2: «Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet».

parte de la disposición Ulpiano señale que el padre debe de acusar a su hijo ante el prefecto o el gobernador de la provincia¹¹⁰.

Juan de Solórzano, magnífico conocedor de la compilación justiniana, tiene muy presente el espíritu que debe rodear el ejercicio de la patria potestad: ésta debe de ser desarrollada con piedad y sin atrocidad¹¹¹. Se hace eco de la recién referida l. *inauditum* y busca, a mayor abundamiento, otras disposiciones que determinan la intervención del *praeses* en los supuestos que excedan del *ius correctionis* del *pater*: la l. *si filius tuus* (C. 8.47.3)¹¹² que reconoce el derecho de corrección del padre, pero que reserva al *praeses provinciae* el dictado de la sentencia que implique un fuerte correctivo (como podría ser la imposición de pena de muerte); o, la l. *in corrigendis minoribus* (C. 9.15.unica)¹¹³ que, partiendo de la facultad de los parientes más ancianos de corregir los yerros de los más jóvenes, exige, sin embargo, que tal atribución sea ejercida con derecho de padre, y en el supuesto de que el comportamiento sujeto a castigo sea tan atroz que sobrepase el ámbito de la *correctio domestica* deberá de ponerse en conocimiento de los jueces. Es decir, queda claro con todas estas argumentaciones que en el ejercicio de la *patria potestas* –«*pietatis officium*»¹¹⁴– ha de prevalecer el *favor pietatis* («piedad e debdo natural deven mover a los padres para criar a los hijos»¹¹⁵ que implica también el ejercer el derecho de corrección con mesura¹¹⁶) y que el derecho de corrección no puede traspasar, por tanto, ciertos límites que deberá de valorar la autoridad, el *praeses provinciae*; por supuesto, no existe ya la posibilidad de que el padre ejerza el *ius necis* primitivo que ya ha sido superado. La muerte dada a un hijo es parricidio.

¹¹⁰ Sin duda, como pone de relieve P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano. Diritto di famiglia* (Milano, 1943) 111, se trata de una interpolación posterior, añadida en el momento en el que ya incluso el propio consejo doméstico habría cedido parte de sus atribuciones a la organización política porque resulta inconcebible esta cesión de atribuciones en el momento en el que escribe Ulpiano en el cual el *pater* tenía ya un límite al ejercicio de su *patria potestas* en el consejo doméstico, pero en el que todavía el derecho de corrección a los *filii*, aun en sus extremas consecuencias, se quedaba dentro de los límites domésticos. Esta interpolación parece haberse operado en un momento posterior incluso a Adriano, en un momento en el que ya se sancionaba la muerte del hijo realizada por el padre puesto que incluso se señala la jurisdicción a la que debe ser sometido.

¹¹¹ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 8, fol. 115: «...Quam ob rem sicuti emendare pater filium iure patriae potestatis non prohibetur, sic atrociter in eum animadvertere iura non patiuntur».

¹¹² C.8.47.3: «Si filius tuus in potestate tua est, res acquisitas tibi alienare non potuit; quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis, acriore remedio usurus, si in pari contumacia perscveraverit, eumque praesidi provinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris».

¹¹³ C.9.15.unica: «In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. Neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum, et privata animadversione compescat. Quodsi atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet, enormis delicti reos dedi iudicium notioni».

¹¹⁴ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 8, fol. 116.

¹¹⁵ Partidas 4,19,2.

¹¹⁶ Partidas 4,19 *ab initio*.

En definitiva, la patria potestad ejercida por el padre debe de ser interpretada a la luz del *favor pietatis* hacia donde se inclina también la propia naturaleza y ninguna ley civil puede ir contra los derechos naturales sentencia por fin nuestro indianista¹¹⁷ reafirmando en el contenido de la l. *eas obligationes* (D. 4.5.8) en que Gayo dispone que las obligaciones que contienen una prestación natural no se extinguen con la capidiminución porque el derecho natural no puede alterar los derechos naturales¹¹⁸.

b) *ius exponendi*

Como veremos, sin duda, es el *favor alimentis* el que está presente, y sobrevuela el tema relacionado con los hijos expósitos, pero en este momento la pregunta es: ¿incurre en delito de parricidio el hijo expuesto que da muerte a su padre¹¹⁹?

En la Roma clásica, al lado del *ius vitae necisque* que tiene el *pater*, y como una de las atribuciones que ponen de manifiesto el poder absoluto de que goza, habíamos puesto de relieve el *ius exponendi* que puede ejercer sobre sus *fili*. El *pater* puede exponer a los hijos sometidos a su patria potestad, y no cabe pensar que el derecho romano clásico hubiera templado esta atribución con el deber de alimentos que más tarde recaerá como obligación del padre. Este derecho de exposición ilimitado del *pater* sufrirá determinadas restricciones hasta llegar a ser criminalizado y considerado, por tanto, como delito. La legislación se va a ocupar de esto y va a incidir en la organización familiar por la vía de la posible colisión de intereses patrimoniales. En efecto, la primera intervención de la organización política con relación al derecho de exposición se produce en el momento en que la l. *patrem* (C.5.4.16) establece que el padre no puede oponerse a las nupcias de su hija adulta a la que, siendo niña, había expuesto, si el casamiento había sido consentido por «el padre de afecto», a no ser que pague los alimentos que la persona que la recogió invirtió en su crianza¹²⁰. Esta disposición supone ya una limitación de la capacidad de exposición del *pater* que se ve obligado a resarcir los gastos de alimentación de su hija a fin de estar en disposición y capacidad para prestar consentimiento al matrimonio de ésta¹²¹. Todo parece indicar que esta disposición gira en torno al deber de alimentos que, en estos momentos,

¹¹⁷ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 8, fol. 115.

¹¹⁸ D. 4.5.8: «Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest, itaque “de dote” actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem».

¹¹⁹ El jurista indiano se lo plantea y desarrolla la problemática que rodea el tema, vid. SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 5, fols. 103-105: «Expositum etiam filium, à patre quavis occasione relictum, si agnitum patrem occiderit, parricidii teneri, contra omnes defendimus. De expositis liberis plura. Thebanorum, Romanorumque de exponentibus leges. Naturaliter etiam malè meritis parentibus ob solum vitae beneficium, pietatem à filiis deberi. Hoc Valerii, et Ciceron verbis, et Manlii Torquati exemplo probatum».

¹²⁰ C.5.4.16: «Patrem qui filiam exposuit, at nunc adultam sumptibus et labore tuo factam matrimonio coiungit filio desiderantis favere voto convenit, qui si remittatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet».

¹²¹ Vid. E. MONTANOS FERRÍN, *La criminalización de los derechos del pater familias* cit.

parece hacer aparición por la vía de limitar, de alguna forma, las atribuciones absolutas del *pater*¹²²; situación que, a mi modo de ver, queda muy bien especificada en el contenido de la l. *unusquisque* (C.8.52(51)2 en la que Valentiniano, Valente y Graciano determinan que cada cual alimente a su prole, pero que si alguno juzgare que debía exponerla queda sujeto a la pena establecida¹²³. Es precisamente en esta disposición en la que basará Menochio su argumentación a favor de la no existencia de parricidio en el hijo expuesto que mata a su padre¹²⁴. El segundo escalón en esta restricción del derecho de exposición del *pater* vendría marcado, a mi modo de ver, en el momento en que Constantino¹²⁵, y más tarde Honorio y Teodosio¹²⁶ prohíben la reivindicación de los hijos expuestos por parte del *pater*, pues en el caso de que exponga a un hijo ya no puede recuperarlo nunca. Y ya, por último, pasamos de una limitación importante a la criminalización definitiva del derecho de exposición que se opera, sin duda, en el momento en que bajo la expresión *necare videtur* se da cuenta, entre otras, de la situación en que se encuentra *qui publicis locis misericordiae causa exponit*. Estimo que es el último paso y el fin, por criminalización, del *ius exponendi* porque, aunque esta disposición aparece recogida en un texto de las *Pauli Sententiae*, se trata, probablemente, de una interpolación posterior¹²⁷. A mi modo de ver, uno de los

¹²² Una situación similar es la que se refleja a propósito de la venta de hijos. El *pater* tiene a su favor el *ius vendendi* con relación a sus *fili*, pero la legislación tardía relativa a la venta de hijos con relación a la exposición está determinada por una lucha entre el intento de prohibir la venta de hijos, pero al mismo tiempo no llevar las cosas al extremo de provocar la práctica de la exposición o la muerte de los hijos. Así, aun llegando a afirmarse la libertad del hijo vendido, se tolera su venta a los que se hallan en extrema necesidad, y se defiende el interés del comprador, limitándose el derecho de rescate por el *pater* a la condición de pagar ciertas compensaciones o, al menos, que haya transcurrido un cierto plazo durante el cual se pudiera considerar compensado el precio con los servicios prestados por el hijo vendido, E. Montanos Ferrín, *La criminalización de los derechos del pater familias*, 34 ss.

¹²³ C.8.52(51)2: «Unusquisque subolem suam nutriat quod si exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est subiacebit. 1. Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit; nec enim dicere suum poterit, quem perentem contempsit».

¹²⁴ I. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium, casus* 356, nrs. 39 y 40, fol. 151 cuando al referir las situaciones en que no tiene lugar la pena de parricidio determina: «Declaratur quarto non habere locum in filio à patre exposito, qui si deinde occidit ipsum patrem non punitur poena parricidii... Ea ii moti sunt: quia is pater ob sevitiã, et impietatem amisit patriam potestatem, sicq; pater esse desiit, l. 2. C. de infan. expos...».

¹²⁵ C.Th.5.9.1: «Quicumque puerum vel puellam, proiectam de domo patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus submovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint».

¹²⁶ C.Th.5.9.2: «Nullum dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit, nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit; si modo testis episcopalis subscriptio fuerit subsequata, de qua nulla penitus ad securitatem possit esse cunctatio».

¹²⁷ Como ya han puesto de manifiesto sectores muy autorizados de la doctrina que, sin embargo, no están de acuerdo en lo que se refiere a la frase del texto posible objeto de interpolación. En el contenido de la l. *necare* (D.25.3.4 = P. S. 2.24.10) se lee: «Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis miseri-

argumentos que pueden invocarse a la hora de estimar que existe una interpolación, es precisamente aquel texto que hemos considerado como primer eslabón en las limitaciones que tiene el *pater* con relación a su originario *ius exponendi*. Es decir, si el texto recogido en las *Pauli Sententiae* (2.24.10) fuera enteramente de Paulo, no tendría sentido la disposición de Diocleciano según la cual –como hemos visto– el padre que ha expuesto a su hija puede intervenir en el consentimiento para su casamiento; y no tendría sentido porque si Paulo hubiera considerado ya la exposición como *necare*, le habría sido impuesta al padre la pena capital; con lo cual ya se habría puesto fin a la *patria potestas* y no se le plantearía a Diocleciano la cuestión. Por consiguiente, todo parece indicar que existe, evidentemente, una interpolación en el texto atribuido a Paulo, y que este texto marcaría el punto final del *ius exponendi* del *pater*, precisamente por calificar el acto de exposición como *necare* y, por consiguiente, claro está, determinar para el padre que exponga a un hijo la pena capital correspondiente.

Parece, por tanto, muy claro que el hijo expuesto por su padre queda liberado de la patria potestad con relación a éste. Por esta razón –no existencia de esta relación paterno-filial– afirma Solórzano Pereira que todos los intérpretes que se ocupan de este tema niegan que el hijo expuesto que mata a su padre incurra en parricidio, lo cual está probado, como hemos visto y sostiene también el indianista, por derecho civil, por derecho canónico y por derecho real. Me interesa evidenciar que, de nuevo, el jurista indiano hace entrar en juego el sistema de derecho común con sus diversos elementos que especifica perfectamente. De nuevo, identifica el derecho real con las Partidas dándonos muestra de que entiende el cuerpo alfonsino como derecho propio¹²⁸.

Da la impresión de que la exposición de hijos debió de ser una práctica corriente en el momento de redacción de Partidas. De ahí, probablemente, el tono de repulsa a este tipo de actos con que aparece redactada la disposición contenida en Partidas 4, 20,4 que refiere la situación derivada del hecho de que los padres abandonen a sus hijos a las puertas de las iglesias, hospitales o algún otro lugar¹²⁹. Esta disposición determina que los padres, que de esta forma actúen, pierden al hijo expuesto y no lo pueden recuperar –es inevitable pen-

cordiae causa exponit, quam ipse non habet». Tanto P. BONFANTE, *Corso*, 112, como C. FERRINI, *Esposizione*, 381 consideran que la interpolación se puede fijar en el contenido *et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet*, mientras que G. BESELER, *Beitr.* 2, 74 lo determina en *non tantum is qui praefocat, sed denegat, misericordiae causa sed quam ipse non habet* y E. ALBERTARIO, *Diritto agli alimenti*, «Studi» 1, 273 lo especifica en *qui alimonia denegat*. Me parece más convincente el texto que señala BONFANTE como posible interpolación pues no me parece ni remotamente posible la idea de una obligación de alimentos por parte del *pater* en época de Paulo. Así pues, todo parece indicar que la posible interpolación haría comprender dentro del *necare videtur* no solo al que expone, sino también al que niega alimentos.

¹²⁸ «... Quod aequè in filiis valuisse, patriae potestatis nexibus si à parente expositi fuerint liberari, tam civili, quam canonico, et regio iure probatur...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 5, fol. 104.

¹²⁹ Partidas, 4,20,4: «De los niños que son echados a las puertas de las Iglesias, e de los otros lugares: e de cómo los padres, e los señores que los echaron, non los pueden demandar, despues que fueren criados».

sar en la disposición de Constantino, después recogida por Honorio y Teodosio que establecen lo mismo—, salvo que no fueran ellos quienes abandonaron al hijo, sino otra persona sin que ellos lo supieran. En este último caso, en el momento en que los padres tienen noticia del abandono de su hijo pueden reclamarlo, y recuperarlo debiendo dar a las personas que recogieron a su hijo y lo criaron lo que en su crianza hubieran gastado, si éstas se lo reclaman; esto nos recuerda también, en parte, aquella primera limitación que, con relación al *ius exponendi*, se había operado en Roma.

El texto de Partidas sugiere una cuestión que considero interesante. La disposición comienza diciendo «vergüenza i crueldad, o maldad, mueve a las vegadas al padre, o a la madre, en desamparar los fijos pequeños»¹³⁰. Se refiere a padre o madre y esto resulta sorprendente puesto que Partidas parece negar a la madre toda intervención en una dimensión de poder hacia sus hijos, y alude a «vergüenza» como uno de los motivos que pueden desencadenar el abandono de niños. Resulta inevitable pensar si no estaremos asistiendo al nacimiento, si bien remoto, de la *causa honoris*, aunque, desde luego, no en el sentido de actuación merecedora de disminución de la penalización que le dará después la codificación.

En definitiva, tomando como base las argumentaciones basadas tanto en derecho común — canónico y real—, como en derecho real —derecho propio contenido en Partidas— podemos responder a la pregunta inicial que nos lleva a concluir que el hijo expuesto que mata a su padre no incurre en delito de parricidio puesto que ya había desaparecido entre padre e hijo el vínculo de patria potestad que los unía como de forma taxativa señala Gregorio López: «Si pater filium exposuit, non potest eum ab alimentante repetere, et perdit ius patriae potestatis»¹³¹.

7. FAVOR VINCULIS

«Maritum qui uxorem, vel uxorem quae maritum occiderit, culleo insuit debere» es el comienzo del capítulo 13¹³² de la obra examinada en la que, a la

¹³⁰ Partidas, 4,20,4: «Vergüenza, o crueldad, o maldad, mueve a las vegadas al padre, o la madre, en desamparar los fijos pequeños, echandolos a las puertas de las Eglecias, e de los Ospitales, e de los otros lugares: e despues que los han assi desamparado, los omes buenos, o las buenas mugeres que los fallan, muevense por piedad, e llevanlos dende, e crianlos, e danlos a quien los crie. E porende dezimos, que si el padre, o la madre demandare a tal fijo, o fija, despues que lo a echado, e lo quier tornar en su poder, que los non puedan fazer. Ca por tal razon como esta pierde el poderio que avia sobrel; fueras ende, si otro alguno lo echasse sin su mandado e sin su sabiduria. Ca si los demandassen luego que lo supiesen, dezimos, que gelos deven dar, tornando le el padre, o la madre las despensas, a aquellos que lo criaron, si las quisieren demandar; pero, si los que criaron estos tales, se movieron a fazerlo por amor de Dios, con entencion de nono rescibir otro galardón, non son tenudos los padres, de tornarle las despensas que fizieron, los que los criaron, por razon de criança...».

¹³¹ Gregorio LÓPEZ, *Glosa a Partidas*, 4,20,4.

¹³² La rúbrica completa es: «Maritum qui uxorem, vel uxorem quae maritum occiderit, culleo insuit debere, negatum à quibusdam, à multis assertum, Hispanà lege expresse sancitum. Huius rei rationes ex coniugum amore petuntur. De quo plurima diligenter congerimus. Coniuges sibi invicem insidiantes maius parricidio crimen admittere Chrysostomi et Stephaniverbis proba-

luz del sistema del derecho común, Solórzano analiza si es, o no, reo de la pena de parricidio el marido que da muerte a su mujer, o la mujer que mata a su marido.

La muerte perpetrada a un cónyuge no solo es parricidio, sino «detestabilis parricidio»¹³³ merecedora de «asperrimam poenitentiam»¹³⁴ y así se justifica que, tanto en el derecho común como en el derecho hispano, el castigo a este comportamiento criminal sea el correspondiente a este delito: el *culleum* prevista tanto en la l. *si quis parentis*, en la l. *pompeia de parricidiis* que además concreta la muerte de un cónyuge a otro, como en el derecho hispano (Partidas 7,8.12) que también especifica esta situación.

A mi modo de ver se trata, mediante este tipo de disposiciones, de defender aparte de la existencia de una relación de afinidad, la importancia del vínculo matrimonial —«mutuam corporum et animorum coniunctionem»— que ya desde Roma no se puede disolver (en vida) sino mediante repudio como dispone la l. *consensu* (C.5.17.8)¹³⁵; unión mediante la cual «una ambobus esse debebat»¹³⁶, puesto que el matrimonio es pleno consorcio de vida y comunicación de derecho divino y humano entre hombre y mujer, según explica Modestino en la l. *nuptiae sunt* (D.23.2.1)¹³⁷. Es más, el propio Bartolo al comentar la l. *pater severinam & socrus* (D.35.1.101.3) determina que la unión conyugal es de tan gran magnitud que «coniuges se invicem plus diligere quam proprios filios»¹³⁸.

Parece que tanto el derecho común¹³⁹ como el derecho real hispano están de acuerdo en que se consideran parricidas tanto el marido que mata a la mujer

tur. Murenæ et viperæ exemplo cum D. Bafil. Alciato coniugalis concordia et charitas suadet. Cur sel in Iunonis pronubæ sacris non adhiberetur? Formula illa, ubi tu Caius ego Caia quò tenderet? Nova eius explicatio. Uxores maritis æquales esse debere. Dominas sæpe in legibus appellatas. Interdum filiorum loco fuisse. Poenas malis maritis impositas. Qui coniugum amorem propriæ vitæ prætulerint. Utrum hæc poena ad sponsos trahatur?, SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 13, fols. 139-143.

¹³³ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 13, fol. 140: «... non solum parricidium, verum detestabilis parricidioscelus in coniugis nece perpetrari...».

¹³⁴ Steph. P. in c. *admonere* 33.q.2.

¹³⁵ C.5.17.8: «Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi, præcipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem deber esse, favor imperat liberorum».

¹³⁶ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 13, fol. 143: «Unde qui naturale hoc foedus, et mutuam corporum et animorum coniunctionem, quæ matrimonii interventione contrahitur, insuper habent, vitæ ac salutis, quæ una ambobus esse debebat, insidias tendunt, merito atrocissima hæc parricidii poena plectuntur», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 13, fol. 143.

¹³⁷ D.23.2.1: «Nuptiæ sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitæ, divini et humani iuris communicatio». También la l. *adversus* (C.9.32.4) insiste en esta conjunción en cuanto a las cosas divinas y humanas: «Adversus uxorem, quæ socia rei humanæ atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum funcii successores expiatae hereditatis crimen intendere non possunt...».

¹³⁸ Bartolo DE SASSOFERRATO, *Comm. ad l. pater severinam & socrus*, fol. 146.

¹³⁹ Por citar algún otro ejemplo de juristas que se expresan de forma específica, vid. I. MENOCHIO, *De Arbitrariis Iudicium, casus* 356, *Parricidae poenae, quæ olim et quæ hac nostra aetate, copiosa et lucida explanatio*, nr. 107, *Maritum occidentem uxorem, et è contra uxorem occidentem maritum parricidas dici*, fol. 147.

como la mujer que mata al marido y así lo acepta también Solórzano Pereira¹⁴⁰ y todo se argumenta como desarrollo del *favor amoris vinculis*¹⁴¹.

8. FAVOR PATRIMONII DOMESTICI

Es un problema especialmente delicado el que se refiere a la sucesión de los bienes del parricida que trata de forma amplia Juan de Solórzano. Hay aspectos de la situación jurídica que puede plantearse con la muerte del parricida que parecen no tener una clara y uniforme solución dentro del sistema del derecho común. Me estoy refiriendo al patrimonio del parricida al que, una vez muerto éste, pueden o no tener derecho sus herederos. Había determinado Ulpiano en la l. *parricidii* (D.48.9.8): muerto el acusado de parricidio, si no fue por suicidio¹⁴², le sucederá el que él quisiera si hubiera hecho testamento y, si murió intestado le sucederán los llamados por ley; de forma similar insisten otros juristas en la no confiscación a sus herederos de los bienes del que muere en prisión, como Paulo en la l. *in fraudem* (D.49.14.45) y Macer en la l. *imperatores* (D.48.21.2).

Pero ¿puede el parricida hacer testamento? Gayo es rotundo cuando en la l. *eius qui & hi vero* (D.28.1.8.4) determina que los condenados a muerte pierden la libertad y se confiscan sus bienes, de donde resulta que pierden la facultad de testar. Por lo que se refiere a la legislación real castellana en un primer momento, en los siglos del bajomedievo, las disposiciones regias disponen de forma similar: el Fuero Real al tratar de «quales son las personas que no pueden fazer testamento» incluye a los «que fueren juzgados à muerte por cosa à tal que deban perder lo que han»¹⁴³; de la misma forma se dispone en Partidas que el condenado a muerte «por yerro que oviesse fecho... non puede fazer testamento»¹⁴⁴. Sin embargo, posteriormente las leyes de Toro disponen lo

¹⁴⁰ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 13, fol. 140.

¹⁴¹ No es mi objetivo, y por ello de forma consciente no planteo los temas que pudieran derivarse de los efectos que, tanto a nivel patrimonial como de sucesiones, originarían estos supuestos de parricidio; por la misma razón tampoco me refiero al tema de la posible excusa de parricidio en los casos de adulterio.

¹⁴² Marciano contempla en la l. *qui rei* (D.48.21.3) la sucesión de los acusados como reos o sorprendidos en su delito que, por temor del inminente juicio, se suicidaron; y, de forma específica en el & *videri* (5) recoge un rescripto de Adriano que dispone que no se confiscuen los bienes del padre que suicida porque se decía que había matado a su hijo se consideraba que se había dado muerte por el dolor de haber perdido a un hijo y por ello no debían de confiscársele sus bienes. Sin embargo, del tono general de la disposición y en concreto de su & *ergo* (3) puede afirmarse que se distingue según sea la causa por la que uno se ha suicidado: el Fisco puede reclamar los bienes del que se ha suicidado cuando éste esté implicado en un crimen del que, si sale convicto, se ve privado de sus bienes.

¹⁴³ Fuero Real, 3, 5, 6: «Establecemos, que los que no fueren de edad, ò no fueren en su memoria, ò en su seso, ò los que fueren siervos, ò los que fueren juzgados a muerte por cosa à tal, que deban perder lo que han, los que fueren hereges, ò homes de religion, ò clérigos, de las cosas que tienen de sus Iglesias, que no fagan mandas, è si las ficieren, no valan».

¹⁴⁴ Partidas, 6, 1, 15: «Judgado seyendo alguno a muerte, por yerro que oviesse fecho, pues que tal sentencia fue dada contra el, non puede fazer testamento...».

contrario y establecen que el condenado por delito a muerte civil o natural «pueda hacer testamento é codicilos, é otra cualquier voluntad...»¹⁴⁵. Si tenemos en cuenta que el objetivo de estas leyes es aclarar «la gran diferencia y variedad que había en el entendimiento de algunas leyes... así del Fuero, como de las Partidas y de los Ordenamientos»¹⁴⁶, resulta evidente que la práctica había generado dudas en este tema que en 1505 quedan resueltas en la legislación hispana en el sentido indicado: el condenado a muerte, natural o civil, puede hacer testamento, o dar poder para que otro lo haga por él, y disponer de todos sus bienes, a excepción de los que se le confiscaren por tal delito. En consecuencia, el parricida puede hacer testamento.

Se ve por lo tanto una evolución en el derecho propio hispano que llega en el siglo XVI a apartarse y a corregir en este punto al derecho común como determina el propio Gregorio López al considerar que la mencionada disposición incluida en Partidas, 6, 1, 15 y asumida del derecho común está corregida «hodie in regno per l. 4 Tauri»¹⁴⁷. Pero, insisto en que la solución legal al problema determinada en Toro lo es a una cuestión de interpretación problemática al menos en el ambiente de los derechos propios y no solo hispanos como pone de manifiesto el comentario de algunos juristas, como por ejemplo Alberico de Rosate, a específicas disposiciones del Digesto. Así, este comentarista al interpretar la l. *eius qui & si cui* (D.28.1.8.1) –en que Gayo había determinado que no vale el testamento realizado por el condenado después de la condena y que además se confiscan los bienes que éste tenía al tiempo de serle establecida su sanción– hace una serie de consideraciones interesantísimas en las que pone de relieve que, sobre la situación planteada, «vetera iura corriguntur» sobre lo que él «et multis aliis» juristas están de acuerdo¹⁴⁸ al analizar esta cuestión planteada en los estatutos. Rosate –y según él mismo manifiesta «communiter» los «modernos»– al respecto hace una afirmación importante: los condenados a muerte «assimilentur banniti nostri temporis» pueden testar; de modo que sus bienes no resultan confiscados¹⁴⁹. Argumenta este punto de vista partiendo de la consideración de que en tiempos los castigados con pena de muerte no podían hacer testamento porque les eran retenidos los bienes y la libertad según el contenido recogido en *Inst.* 1.16 *vers. minor*¹⁵⁰; sin embargo, «vetera iura corriguntur» por la interpretación de la *Authentica* según la cual al condenado a pena de muerte natural o a deportación no le son confiscados sus bienes –por-

¹⁴⁵ Leyes DE TORO, ley 4: «Mandamos que el condenado por delito á muerte civil. Ó natural, pueda fazer testamento y codicilos, ó otra qualquier ultima voluntad, ó dar poder á otro que lo faga por él, como si no fuesse condenado: el qual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delito fueren confiscados, ó se ovieren de confiscar, ó aplicar á nuestra camara, ó á otra persona alguna».

¹⁴⁶ Leyes DE TORO, prólogo.

¹⁴⁷ Gregorio LÓPEZ, *Glosa a Partidas, sub verbi* «non puede fazer testamento».

¹⁴⁸ Alberico DE ROSATE, *Comm.* ad l. *eius qui & si cui*.

¹⁴⁹ Alberico DE ROSATE, *Comm.* ad l. *eius qui & si cui*: «Damnati ad mortem an testari possint eo casu, quo bona non publicantur».

¹⁵⁰ *Inst.* 1.16.2: «Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur, quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est».

que «non ex consequentia corporalis condemnationis»— por lo que pueden hacer testamento disponiendo de los mismos.

Resulta claro, a mi modo de ver, que dentro del «sistema» y, a partir de un momento determinado, los comentaristas analizan este tema planteado por los estatutos (derecho propio) y le dan nueva interpretación a la luz de contenidos diversos de la propia compilación justiniana. Evidentemente, este análisis y respuesta jurídica que dan los juristas modernos no podían ser incluidos en el contenido de las Partidas que recoge la vieja solución jurídica al respecto; pero sin duda cuando comienzan a circular las nuevas construcciones jurídicas se generaron dudas de interpretación a las que la ley 4 de Toro da respuesta y asume el «nuevo» pensamiento jurídico —el condenado a muerte pueden hacer testamento de los bienes que por derecho común les eran, sin embargo, confiscados— que los estatutos y costumbres locales (derechos propios) habían ya reconocido, según manifiesta el propio Gregorio López en su glosa a Partidas 6, 1, 15. Y claro, Juan de Solórzano ya puede manifestar al respecto que «apud nos» las leyes regias no establecen la confiscación de bienes respecto de los condenados a muerte; de manera que éstos pueden tener herederos testamentarios o *ab intestato* y no hay diferencia entre parricidas y otros reos de diferentes delitos¹⁵¹.

9. FAVOR VOLUNTATIS

«Quo minus est credibile, nisi ostenditur, eo magis est, si convincitur, vindicandum»; en consecuencia, y dado que estamos ante un delito que tiene una pena muy cruel, es necesario la absoluta prueba y seguridad acerca de su comisión y, a este propósito SOLÓRZANO desarrolla el capítulo 17¹⁵² en el que pone de manifiesto que solamente ante la evidencia de su comisión pueden proceder los jueces¹⁵³.

El indianista saca a relucir disposiciones absolutamente claras en este sentido: la l. *sciant* (C.4.19.25) que determina que los acusadores cuando lleven a conocimiento público algún asunto, éste tiene que estar suficientemente probado de forma testifical, documental, o haber sobre ello indicios indudables y tan claros como la luz¹⁵⁴; naturalmente las pruebas corresponden al que acusa según

¹⁵¹ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 19, fol. 163.

¹⁵² «Parricidium easdem ac caetera crimina probationes admittere. Iudices comperta maleficia citò punire debere. Suetonium solum, manifesti parricidii reos culleo in sui non posse, dixisse, nisi proprio ore crimen considerentur. Ex Cicerone, Quintiliano, Apuleio et aliis contrarium constare. Parricidii accusatum absolvi, quodammodo ad Reipublica honorem pertinere», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 17, fols. 154-156.

¹⁵³ «Etenim licet Suetonius Tranquillus id Augusti tempore in usu fuisse demonstrat, dum eius lenitatem commendans inquit: Manifesti parricidii reum, ne culleo insueretur, quòd non nisi confessi afficiebantur hac poena ita interrogasse...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 13, fol. 155.

¹⁵⁴ C.4.19.25: «...». Y a este propósito comenta SOLÓRZANO: «... quod leges volunt luce meridiana clarioribus probationibus et argumentis comperta, magnitudo maleficii severissimam poenam expostulat...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 13, fol. 155.

establece *a contrario sensu* la l. *ne quis in sua causa* (C.3.5.unica) que determina que nadie debe ser juez de sí mismo, y que es injusto proferir sentencia sobre cosa propia¹⁵⁵. A mayor abundamiento, y para que quede suficientemente claro la objetividad que debe de prevalecer en la prueba, se apoya *a simile* en determinadas disposiciones a propósito de temas de naturaleza civil: la l. *sub hac* (D.44.7.8) en que Pomponio declara que, en tema de obligaciones, se tiene por no dicho lo que no se puede exigir que se dé si uno no quiere¹⁵⁶; o la l. *nimis* (C.4.20.7) según la que en las demandas hay que aportar pruebas propias¹⁵⁷.

Todo parece indicar que es el *favor securitatis* el que tiene en cuenta Solórzano en toda esta argumentación, y por ello concluye que únicamente el juez puede imponer la pena de parricidio si éste está suficientemente probado¹⁵⁸.

No hay por lo tanto parricidio si no hay pruebas suficientes acerca de su existencia. ¿Hay pena de parricidio si el delito no llega a realizarse, es decir, si queda su ejecución solamente en el pensamiento? En principio en la l. *cogitationis* (D.48.19.18) Ulpiano determina que nadie sufre una pena por un pensamiento delictivo¹⁵⁹, y en la l. *furtum & inde sola* (D.47.2.1.1) Paulo establece que el mero pensamiento de cometer un hurto no convierte a uno en ladrón¹⁶⁰; de la misma manera, *a contrario sensu*, este mismo jurista en la l. *si quid fur* (D.47.2.22) argumenta que si un ladrón hubiera quebrado una cosa para abrirla, pero no la hubiera tocado con la intención de hurtar, no puede ejercitarse por ello la acción de hurto¹⁶¹. Sin embargo, también es cierto que en determinados y gravísimos crímenes «voluntas actum devenit»¹⁶², de manera que no es necesario su realización sino que simplemente la tentativa ya es delito en los crímenes más nefastos como los de lesa majestad, rapto, homicidio, sodomía «et similibus criminum».

Solórzano mantiene esta última convicción que apoya en disposiciones Justinianas, en literatura jurídica de derecho común y también en legislación y doctrina hispana; es decir, de nuevo articula los dos pilares del sistema¹⁶³. Encuentra

¹⁵⁵ C.3.5.unica: «Generalis lege decernimus, neminem sibi esse iudicem vel ius sibi dicere debere. In re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae».

¹⁵⁶ D.44.7.8: «Sub hac condicione “si volam” nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis; nam nec heres promissoris eius, qui numquam dare voluerit tenetur, quia haec condicio in ipsum promissorem nunquam exstitit».

¹⁵⁷ C.4.20.7: «Nimis grave est, quod petitis, urgeri ad exhibitionem partem diversam eorum, per quos sibi negotium fiat. Unde intelligitis, quod intentioni vestrae proprias afferre debetis probationes, non adversus se ab adversariis adduci».

¹⁵⁸ «Si vero vel sufficienter probatum, vel etiam gravissimis et urgentissimis coniecturis convictum inveniatur, recte ad poenam descendere poterit iudex...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 17, fol. 156.

¹⁵⁹ D.48.19.18: «Cogitationis poenam nemo patitur».

¹⁶⁰ D.47.2.1.1: «Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem».

¹⁶¹ D.47.2.22: «Si quid fur fregerit aut ruperit, quod non etiam furandi causa contrectaverit, eius nomine cum eo furti agere non potest».

¹⁶² «Ubi tamen voluntas ad aliquem exteriorem actum devenit, praesertim in gravioribus ac nefariis criminibus, eadem est ausi et intentati, quae commissi et perfecti sceleris causa...», SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 16, fol. 151.

¹⁶³ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 16, fols. 151-154: «Cogitati delicti poenas Deum tantum exigere, intentati verò etsi non perfecti, leges etiam humanas. Hoc in atrocioribus sceleribus praecipue procedere. In eis (quidquid alii sententiarum) ob solum affectum posse adversus intentantem

a simile: la l. *quisquis* (C.9.8.5) que, al referirse al crimen de *laesa maiestatis*, castiga a los que de alguna forma lo hubieran tramado con la misma pena (de muerte) «porque las leyes quisieron que con la misma severidad se castigue la voluntad de cometer un crimen que el ejecutarlo»¹⁶⁴; la l. *si quis non dicam* (C.1.3.5) que imputa la pena capital al que atentase a las sagradas vírgenes para unirse en matrimonio¹⁶⁵; la l. *lege Cornelia & divus* (D.48.8.1.3) en que Marciano recuerda el rescripto de Adriano según el que la intención de homicidio en un acto contra la vida de una persona se castiga como homicidio aunque no se haya conseguido la muerte de la víctima¹⁶⁶. Evidentemente, en la propia l. *pompeia de parricidii* encuentra el párrafo en que Marciano castiga con pena de parricidio al que comprar veneno para dárselo a su padre aunque no pudiera dárselo¹⁶⁷, y el indianista amplía la situación al resto de los parientes a los que alude la l. *si quis parentis* (C.9.17, *unica*) para incluir en el posible parricidio. De forma consecuente la literatura jurídica desde Accursio mantiene que, dentro de la pena de estos delitos, se contiene «non qui occident solum, sed qui occidere tentant»¹⁶⁸; de esta manera y como exponente podemos incluir a Iulio Claro que de forma rotunda determina la consideración penal de parricida al hijo que compra veneno para dárselo a su padre aunque no pudiera dárselo¹⁶⁹.

«Lex nostra» incluye en Partidas 7,8,12 *in fine* la situación criminal con consecuencias penales de parricidio que Marciano había detallado en la l. *pompeia de parricidii*: «E aun dezimos, que si alguno comprar yervas, o ponçoña para matar a su padre, e desque las oviere compradas, se trabajasse de gelas dar, maguer non se las pueda dar, nin cumplir su voluntad, mandamos qu emuera por ello...». De todas formas, Gregorio López evidencia que en el contenido de la disposición castellana se detalla que para la existencia de sanción penal no basta la compra del veneno, sino que es necesario que «processit ad dandum» y no lo consigue¹⁷⁰.

ordinaria criminis poena procedi. In parricidio hoc multis legibus cuatum. Venenum propinare gravissimum delictum censi. In parricidio et aliis maleficiis conatum et voluntatem spectari, non exitum. Exemplis hoc testimoniis confirmatum. Qui filiis sibi insidiantibus pepercerint?

¹⁶⁴ C.9.8.5: «Quisquis cum militibus vel privatis, barbaris etiam, scelesiam inierit factionem, aut factionis ipsius susceperit sacramenta vel dederit, de nece etiam virorum illustrium, qui consiliis et consistorio nostro intersunt, senatorum etiam (nam et ipsi pars corporis nstri sunt) vel cuiuslibet postremo, qui nobis militat, cogitaverit (eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri iura voluerunt), ipse quidem utpote maiestatis reus, gladio feriat, bonis eius omnibus fisco nostro addictis...».

¹⁶⁵ C.1.3.5: «Si quis non dicam rapere, sed attentare tantum iungendi matrimonii causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena feriat».

¹⁶⁶ D.48.8.1.3: «Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnantur...».

¹⁶⁷ D.48.9.1: «Lege Pompeia de parricidiis cavetur... ut poena teneatur, quae ex legis Corneliae de sicariis... qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare».

¹⁶⁸ Accursio a C.9.17, *unica*, *si quis parentis*.

¹⁶⁹ I. CLARO, *Sententiarum Receptarum, Liber Quintus, & parricidium* nr. 2, fol. 48.

¹⁷⁰ Gregorio López, *Glosa a Partidas 7,8,12, sub verbo* «nin se le aguisasse»: «... non ergo sufficeret sola emptio veneni ad interficiendum patrem, ut puniatur ista poena, sed requiritur, quod processit ad dandum, et non potuit...».

En definitiva, dentro de la articulación del sistema de derecho común, está claro que los juristas argumentan *favor voluntatis* y mantienen que: «in maleficiis voluntatem expectari, non exitum»¹⁷¹ y Solórzano aporta al respecto y como situación paralela la contemplada en la l. *fraudis* (D.50.17.79) en que Papiiano determina que la interpretación del fraude debe de hacerse siempre en consideración también a la intención y no solo al resultado¹⁷². También el indianista hace una interpretación extensa y ve apoyatura legal a favor de la consideración de la voluntad en los crímenes en: la l. *si in rixa* (D.48.8.17) en la que Paulo establece que si fueron varios los que intervinieron en una pelea de la que resultó un muerto, se debe de tomar en consideración el golpe de cada una de las personas intervinientes¹⁷³ (claro, porque la voluntad de cada uno de ellos era la de matar); la l. *nihil interest* (D.48.5.33) en que, a propósito de la impunidad del padre respecto de la muerte de su hija adúltera y de su cómplice, siempre y cuando hubiese matado a los dos, Macer la mantiene, aunque la mujer por azar sobreviviera, puesto que la voluntad del padre había sido dejarla sin vida¹⁷⁴.

10. FAVOR NATURA CRIMINIS

En este capítulo, el 15¹⁷⁵, del libro que estamos analizando se plantea de forma abierta la pena que deberá de imponerse a los que actúan como cómplices, no siendo parientes de la víctima, en un delito de parricidio: ¿la correspondiente al parricidio?, o ¿la correspondiente al homicidio?; es decir ¿se trata de reos de un homicidio, o bien, *parricidii tenentur*?¹⁷⁶.

Solórzano Pereira mantiene una postura singular con relación a la interpretación que sobre el tema es mantenida tanto por el *ius commune* como por la *regia legis* (*ius*

¹⁷¹ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 16, fol. 152.

¹⁷² D.50.17.79: «Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur».

¹⁷³ D.48.8.17: «Si in rixa percussus homo perierit, ictus unius cuiusque in hoc collectorum contemplari oportet».

¹⁷⁴ D.48.5.33: «Nihil interest, adulteram filiam prius pater occiderit an non, dum utrumque occidat; nam si alterum occidit, lege Cornelia reus erit, quod si altero occiso alter vulneratus fuerit, verbis quidem legis non liberatur: sed divus Marcus et Commodus rescripserunt impunitatem ei concedi, quia, licet interempto adultero mulier supervixerit ost tam gravia vulnera, quae ei pater infixerat, magis fato quam voluntate eius servata est; quia lex parem in eos, qui deprehensi sunt, indignationem exigit et severitatem requirit. Cum alterum ex adulteris elegerit maritus alterum non ante accusare potest, quam prius iudicium finietur, quia duos simul ab eodem accusari non licet, non tamen prohibetur accusator simul cum adultero vel adultera eum quoque accusare, qui domum suam praebuit vel consilio fuit, ut crimen redimeretur».

¹⁷⁵ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 15, fols. 148-151: «Conscii parricidii an et quando poena huius criminis teneantur? Utrum conscientia sola, an etiam sceleris participatio ad poenam desideretur? Scaevolae, Mariani, Ulpiani et Iustiniani responsa explicantur. Nostra in tota hac quaestione sententia, et distinctio. Regiae legis interpretatio. Par esse delictum admittere, vel consilium, opemve delinquenti praestare. Quintilianii, Ciceronis, et Arnobii in hanc rem testimonia laudantur. Alcaiti etiam emblema refertur».

¹⁷⁶ *De parricidii crimine* 2, cap. 15, fol. 148.

proprium) hispana. De nuevo, se nos ofrece un magnífico escenario para la presentación de los dos elementos del sistema del derecho común. Este jurista expone en primer lugar la respuesta que la literatura jurídica del *ius commune* elabora y que mantiene que los que actúan como cómplices «parricidii reatum incurrere»¹⁷⁷, según la interpretación que en diferentes obras hacen diversos autores sobre la cuestión. En este sentido, y tomando como base la l. *utrum qui* (D.48.9.6) en la que Ulpiano sostiene con rotundidad que deben de ser castigados con la misma pena de los parricidas los cómplices extraños a la familia¹⁷⁸ se mantienen, por ejemplo, entre otros, Accursio¹⁷⁹ y Bartolo¹⁸⁰; y, en general, y como afirmara Matteu y Sanz, el derecho común¹⁸¹, entre cuyos juristas añade, por ejemplo, el criterio del Hostiense¹⁸², el de Boerio¹⁸³, el de Farinaccio¹⁸⁴ a los que él mismo se suma apoyándose en la l. *si quis parentis* (C.9.17, *unica*) en la que Constantino había extendido a todos «qui nuncupatione parricidii continentur» la pena del parricidio y le resulta por tanto, absolutamente claro que ese castigo fue extendido a todos¹⁸⁵.

Bartolo resulta sumamente explícito en sus respectivos comentarios a la l. *is qui opem* y a la l. *qui servo*. En el primer caso, en su análisis de D. 47.2.34 acepta el criterio establecido por Paulo en el sentido de que el que ayuda a otro a cometer un hurto no es nunca ladrón manifiesto, pero además se extiende a la pena que debe serle impuesta al que colabora en este tipo de delito, en el de homicidio o en cualquier otro, y dictamina *in extenso* que los que prestan su trabajo para cometer un maleficio deben de ser penados de igual forma que los que cometen el acto delictivo¹⁸⁶. En el segundo supuesto el comentarista, a la vista de D. 47.2.36.1 en que Ulpiano mantiene que responde por hurto el que ayuda a un hijo, esclavo o mujer cuando cometen un hurto a su padre, dueño o marido respectivamente, resulta si cabe todavía más explícito, pero se centra en el mandato y concreta si alguna de *coniunctis personis* mandara a un extraño para que matara *iunctam personam* de igual forma *tenetur de parricidio*.

Por su parte, es lacónico, pero sumamente expresivo Paulo de Castro cuando al analizar la l. *utrum* afirma que merece pena de parricidio el extraño que «consilium dedit propter filius interfeceret patrem»¹⁸⁷.

¹⁷⁷ *De parricidii crimine* 2, cap. 15, fol. 148.

¹⁷⁸ D.48.9.6: «Utrum qui occiderunt parentes an etiam conscii poena parricidii adficiantur, quaeri potest, et ait Maecianus etiam conscios eadem poena adficiendos, non solum parricidas, proinde conscii etiam extranei eadem poena adficiendi sunt».

¹⁷⁹ Accursio in l. *utrum* (D.48.9.6), glosa fin.

¹⁸⁰ Bartolo DE SASSOFERRATO, *Comm.* a l. *is quis opem*. num. 5, y a l. *qui servo*.

¹⁸¹ L. MATTHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali sive controversiarum* (Matriti, 1776) controversia 9 *De conscii et participus in parricidii crimine qua poena puniuntur*, fols. 54-55.

¹⁸² Hostiense *in summa*, tit. *De his qui filios occiderunt*, n. 1, vers. *sed qui praestiterunt opem*.

¹⁸³ BOERIO, *decis.* 262. num. 3.

¹⁸⁴ FARINACCIO, *quaest.* 120, num. 139 *cum seqq.*

¹⁸⁵ L. MATTHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali sive controversiarum*, controversia 9, nr. 6, fol. 55: «Nec obstat d. l. *poena parricidii*... clare impositio poenae acerbissimae ad omnes extensa fuit...».

¹⁸⁶ Bartolo, *Comm.* a l. *is qui opem*, nr. 5: «Prestans opem ad maleficium qualiter puniatur...».

¹⁸⁷ Paulo de Castro, *Praelectiones...* (Ludguni, 1561) rubr. ad l. *utrum*: «... Filius istius de morte patris tenetur pena parricidium, et idem in extraneo, si consilium dedit propter filius interficeret patrem...».

En el mismo sentido se pronuncian Claro y Menocchio quienes tratan el tema del mandato de parricidio y el de la cooperación en el mismo de forma conjunta considerando, en ambos casos, la imposición a mandatarios y cooperantes de la pena de parricidio¹⁸⁸, y precisan respecto al caso que nos ocupa –el de los colaboradores y cómplices– «conscii et participes delicti tenentur de parricidio, ne dum occisores»¹⁸⁹.

Por lo que respecta a la respuesta que, en el punto que estamos analizando, dan las disposiciones *iuris hispani* o, como precisa convenientemente Solórzano, la *interpretatio legis regiae* es similar. La disposición de Partidas es clarísima al respecto: cuando se trata de parricidio «todos aquellos que diesen ayuda, o consejo... quier sea pariente del que assi muere, quier estraño, que debe aver aquella misma pena que el matador»¹⁹⁰. También Gregorio López utilizando las mismas obras de derecho común a las que, como hemos visto, se refieren los demás juristas europeos consultados, insiste en que: «consciis puniatur poena parricidii»¹⁹¹; y, en este mismo sentido se reitera entre otros, Antonio Gómez¹⁹². Está muy claro que *de iure nostro* resulta indiscutible: la pena de parricidio es la que se impone a todos los que cooperaren o dieren consejo para la comisión de un parricidio, sean o no sean parientes de la víctima.

Sin embargo, Solórzano Pereira mantiene la postura contraria, y considera que «participes criminis si extranei sint, homicidii supplicium subeant, non parricidii»; por tanto, no se les debe de extender la pena *cullei* reservada a los parricidas¹⁹³.

Resulta claro que tanto en el ámbito del derecho común como en el del derecho real hispano se pone en juego un *favor similitudine poenae* a la hora de establecer la sanción correspondiente y similar a la determinada para el parricidio a los colaboradores y cómplices de este delito aunque no sean parientes. En Solórzano Pereira y según el mismo expone en otros autores antes que en él, parece prevalecer un *favor diversitatis* en este mismo supuesto y es únicamente el parentesco con la víctima la que determina la imposición de la pena reservada al parricidio a los que colaboran en el delito de quitar la vida; de no haber parentesco esta colaboración recibe la calificación penal correspondiente al homicidio.

EMMA MONTANOS FERRÍN

¹⁸⁸ A mi modo de ver el mandato para matar, a un pariente o a uno que no lo sea, es asesinato y por tanto, situación criminal distinta a la del parricidio, aunque ambos delitos coincidan en la pena. Vid, a propósito, E. Montanos Ferrín, *El asesinato*, en «Estudios de Historia del Derecho criminal» cit., 256-307; también en «Estudios de Derecho Romano e Historia del Derecho: Homenaje a Ferràn Valls Taberner» vol. 18 (Barcelona-Málaga, 1991) 5499-5554.

¹⁸⁹ I. Claro, *Sententiarum Receptarum, Liber Quintus & parricidium*, fol. 48; en el mismo sentido, I. Menocchio, *De arbitrariis Iudicium* (Mediolani, 1602) cas. 256, nr. 117 y 120, fol. 156.

¹⁹⁰ Partidas 7, 8, 12.

¹⁹¹ Gregorio López, *Glosa a Partidas 7,8,12, verbo conseio*: «Nota bene, quia non loquitur de his, qui tantum conscii essent: ut ergo consciis puniatur poena parricidii, requiritur etiam, quod sit participes criminis, prout voluit...».

¹⁹² A. Gómez, *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii* (Salmanticae, 1579) tomo 3, cap. 3, núm. 3. vers. *item etiam*.

¹⁹³ SOLÓRZANO, *De parricidii crimine* 2, cap. 15, fol. 150 : «De poena vero quicquid supradicta iura et auctores rem satis involvant, mihi ita statuendum videtur, ut participes criminis si extranei sint, homicidii supplicium subeant, non parricidii, neque cullei poena ad eos ullo modo extendatur, et ante me iam alii auctores probantur et praxis ipsa recepisse videntur...».