

EL DELITO DE HOMICIDIO EN PERSPECTIVA HISTÓRICO- JURÍDICA



Michiel Coxie (1499-1592): *La muerte de Abel*. Considerado el primer homicidio de la historia en el libro del Génesis de la Biblia.

LIDIA ÁLVAREZ GÁZQUEZ
GRADO EN DERECHO

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. DERECHO ROMANO.....	4
2.1 Homicidio.....	4
2.2 Resto de delitos relacionados con el homicidio.....	9
3. DERECHO VISIGODO.....	13
3.1 Homicidio.....	13
3.2 Resto de delitos relacionados con el homicidio.....	15
4. DERECHO ALTOMEDIEVAL.....	17
4.1 Homicidio.....	18
4.2 Resto de delitos relacionados con el homicidio.....	24
5. RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO Y CANÓNICO.....	27
5.1 Homicidio.....	28
5.2 Resto de delitos relacionados con el homicidio.....	30
6. ETAPA CODIFICADORA.....	33
6.1 Homicidio.....	34
6.2 Resto de delitos relacionados con el homicidio.....	36
7. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN ACTUAL.....	39
8. CONCLUSIONES.....	41
9. BIBLIOGRAFÍA.....	43

1. INTRODUCCIÓN

El delito de homicidio tal y como lo define Juan Sáinz Guerra en su obra *La evolución del derecho penal en España*, “es el más relevante de los delitos corporales, porque la vida es el bien máspreciado de los hombres¹”.

En las siguientes páginas se va a tratar la evolución del delito de homicidio en las diferentes épocas históricas, comenzando el estudio desde el punto de vista de las sociedades del derecho romano, hasta la regulación actual de nuestros días, haciendo un recorrido teniendo en cuenta las fuentes y las normas reguladoras del delito en cuestión en cada época, así como la evolución de la tipificación del mismo y de las penas aplicadas al caso.

No sólo se va a centrar el estudio en el delito de homicidio, sino que se va a extender a hacer una breve referencia a delitos que en legislaciones o épocas concretas se asemejan, e incluso se incluyen dentro de la regulación del delito de homicidio, como son los delitos de parricidio, infanticidio, aborto y asesinato.

Como pequeña introducción, quiero destacar algunos datos que me parecen importantes para comprender el contenido del trabajo. Comenzando por el derecho primitivo y romano, la importancia de la familia era crucial, y el jefe o encargado de ejercer el poder coercitivo y disciplinario y de juzgar conductas como las que entran dentro del delito de homicidio era el *pater familias*. En una primera época se trataba de situaciones que se resolvían en el ámbito interno y privado de la familia, hasta que más adelante se comenzó a perseguir públicamente porque se consideraba el homicidio como un delito que alteraba la convivencia y la paz de la comunidad. Ya durante la Edad Media los Fueros municipales recogen diversas conductas que se considerarán homicidio y las regula estableciendo las sanciones a aplicar a cada acción ejecutada, y así hasta llegar a la Edad Moderna con los primeros Códigos Penales.

A continuación se mostrará esa evolución y diferencias entre textos y legislaciones hasta la regulación actual de nuestro Código Penal, pero para entender mejor la manera de regular las distintas situaciones es muy útil introducirnos brevemente en el marco histórico.

Haciendo este recorrido llegaremos a comprender más fácilmente por qué se ha llegado a la regulación de nuestros días y nos daremos cuenta de cómo han influido todas las obras anteriores en nuestra visión actual del derecho penal, la cual se regula en la actualidad en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, e incluye el delito de homicidio en el Título I del Libro II, llamado “Del homicidio y sus formas”, dentro de los delitos contra la vida humana independiente.

¹ Sáinz Guerra, Juan, *La evolución del derecho penal en España*, Jaén, 2004, pág. 609.

2. DERECHO ROMANO

Los pueblos que habitaban la Península Ibérica antes de la llegada de los colonizadores romanos no tenían un derecho común, sino que por el contrario, cada pueblo contaba con un derecho y unas costumbres diferentes, así como unas lenguas y una cultura distintas, por lo que no constituían una unidad política.

En general no se tiene constancia de que estos pueblos conocieran el derecho escrito, sólo se tiene información de un pueblo que parecía tenerlo en esta época, *Tartessos*, que elaboró un importante sistema de leyes, como establece un texto de Estrabón², el cual hablando de esta civilización dice que “*tienen escritos de antigua memoria, poemas y leyes en verso...*”.

El desembarco romano en la Península en el año 218 a.C en Ampurias cambió totalmente la situación en la que se encontraba Hispania en la época prerromana, llevándose a cabo con la finalidad principal de combatir a las tropas cartaginesas allí establecidas, pero con el tiempo y viendo los recursos que esta poseía, la primera finalidad cambió, convirtiéndose en crucial conseguir la conquista de Hispania por su gran potencial económico, sobre todo por los recursos mineros con los que contaba, como minas de oro, hierro, plata, cobre y mercurio.

La conquista fue lenta y difícil, pues existían grandes diferencias entre las regiones, algunas como la Bética y el Valle del Guadalquivir asimilaron rápidamente las formas de vida romana, pero otras como las regiones de los cántabros y astures fueron más difícil de romanizar y permanecieron en rebeldía hasta el año 19 a.C, año en el que el emperador Augusto consiguió pacificar a estos pueblos del norte.

Este proceso de romanización iniciado tuvo lugar no solo a escala social y cultural, sino también a escala jurídica. En un principio el derecho romano no se aplicaba a toda la población de Hispania, sólo se aplicaba a los ciudadanos romanos que se trasladaban a ella como comerciantes, soldados o funcionarios, pero a partir del año 211 a.C se comenzó a otorgar la ciudadanía romana a algunos íberos, sobre todo a miembros de la aristocracia indígena. La romanización jurídica se extendió en los años 73-74 d.C, cuando el emperador Vespasiano concedió el *ius latti* a todas las ciudades de la península, lo que supuso la transformación de las ciudades peregrinas (o extranjeras) en municipios latinos y el desarrollo de las consecuencias que se desprendieron de esta concesión, como la posibilidad de disfrute del *ius commercii* por parte de los habitantes de estos municipios y el establecimiento de una vía indirecta para conseguir la ciudadanía romana.

La romanización jurídica culminó en el año 212 d.C, en el cual, el emperador Antonino Caracalla otorgó por medio de la *Constitución Antoniniana* la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio y a sus descendientes en el futuro. Por lo tanto, a partir de entonces, los ciudadanos de Hispania eran considerados ciudadanos romanos y en consecuencia se les aplicaban las normas del derecho romano.

2.1 HOMICIDIO

La definición de homicidio sufrió notables transformaciones en esta etapa, de esta manera, en la antigua Roma la muerte dolosa y los delitos con resultado de muerte eran calificados con el término *parricidium*, y el asesinato o muerte violenta y maliciosa era

² Estrabón, *Geografía*, Volumen III, Libro 1, 6 citado en Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 2001, pág. 77.

calificado como *perduellio*, consideración que cambia a finales de la época republicana, cuando se comienza a definir el parricidio como la muerte cometida por un individuo contra sus parientes, surgiendo la necesidad de que apareciera una nueva palabra para definir las muertes que no entraban dentro de este grupo. Así fue como nació el término *homicidium* cuya traducción es “muerte de hombre”, para determinar la muerte causada a un hombre dolosamente.

Comenzado por el inicio de las conductas jurídicas, en el derecho de las civilizaciones primitivas como la Antigua Grecia, Babilonia y el pueblo hebreo se consideraba el homicidio como una falta grave que era resuelta mediante la venganza o Ley del Talión. Es llamativo ver que en el derecho romano esta venganza era también aplicada, pero primero hablaremos de la organización de la familia y las importantes consecuencias que acarrea.

Así, en la época romana, el hecho de que los individuos sean castigados o penados por sus actos depende directamente de que estos sean considerados como persona, lo cual implica la aceptación por parte del *pater familias* en el seno de la familia y el reconocimiento de derechos jurídicos frente a la comunidad.

El *pater* en esta etapa tiene pleno poder sobre los *filius*, pudiendo decidir sobre su vida, e incluso pudiendo venderlos, abandonarlos o entregarlos si cometían un delito.

Por lo tanto y como consecuencia de lo establecido anteriormente, en esta época no se considera delito la muerte provocada por el marido a la mujer o por el ascendiente a los descendientes. Además, incluso se recoge este derecho del *pater* en la *Ley de las XII Tablas* y se le da el nombre de *ius vitae ac necis*, sin embargo, que el derecho estuviera recogido en esta ley no significa que no existieran unos ciertos límites, y es que en cuanto al poder para matar a la esposa, solo estaba autorizado a ejercitarlo cuando la mujer era adúltera o se encontraba en un estado de embriaguez habitual, y en cuanto a los hijos, se necesitaba justa causa para matarlos, es decir, un motivo fundamentado.

A partir de la época republicana el *pater* debe ejercer este derecho mesuradamente y de forma justa, ya que si no lo hace de esta manera se le imputa homicidio.

Como es lógico, surgieron más limitaciones, que se desarrollaron como consecuencia de la aplicación de los *mores maiorum*, unas costumbres que surgían en el seno de la familia, y que posteriormente se configuraron como *leges rigiae*, estableciendo sanciones para el *pater* que se excedía de su poder dentro de la familia, entre ellas la pena de muerte.

De todo lo anterior se desprende que el poder disciplinario, correctivo y sancionador dentro de una familia y respecto a sus miembros lo ejerce el *pater*, ya que este es considerado el jefe de la familia. Por lo tanto, cualquier asunto o problema surgido en el ámbito de la familia se consideraba como privado (*res privata*) y la autoridad pública no intervenía, resolviéndose por medio de la venganza o autojusticia y declarándose la enemistad.

Pero existe una excepción, y es que los actos de una naturaleza e importancia criminal especialmente grave, llamados *crimina*, entre los que se encuentra el homicidio, van a alcanzar transcendencia pública y se van a juzgar por la comunidad en lugar de por el *pater*, por medio de asambleas populares y tribunales cuya razón de ser es la finalidad que se le atribuye poder público de asegurar la paz social, además esta autoridad pública consolidó ciertos límites o principios para evitar problemas, limitando por ejemplo las fechas en las que se podía ejercitar la venganza estableciendo treguas, y exigiendo que se comunicara a la autoridad pública la declaración de enemistad mediante la *diffidatio*.

Por otro lado, cuando los actos delictivos entre miembros de distintas familias se resolvían en el ámbito privado, podían ocurrir dos cosas: que se ejercitara la venganza privada o que se llegara a un acuerdo. En esta comunidad la influencia de la religión era enorme y estaba presente en todos los aspectos de la vida cotidiana. Se consideraba que este tipo de delitos turbaban la paz de los dioses, por lo que se tenía el deber de vengarse para restaurar la paz anterior.

Un ejemplo de esto es la sanción *parricidas esto* de la Ley de Numa del derecho romano primitivo, según la cual los familiares de un individuo que había muerto por la acción de otro, tenían el deber y la obligación de matar al homicida, salvo en el caso de que el homicidio fuera involuntario, en cuyo caso el homicida tendría que entregar a los familiares del muerto un carnero en presencia del pueblo para que fuera sacrificado.

Clases de homicidio

En el derecho romano ya se distinguían algunas clases de homicidio, las cuales se clasifican en:

- Asesinato violento y salteamiento, regulado en la *Lex Cornelia*, el cual se determinaba como tal siempre que se utilizaran medios violentos para causar la muerte.
- Homicidio por envenenamiento (*venenum*).
- Homicidio por hechizo y magia, el cual era equiparado al concepto de *venenum*. Las prácticas que se engloban en esta definición son hechos calificados como maravillosos o sorprendentes, ceremonias de sacrificios o juramentos mortales.
- Homicidio de parientes.
- Homicidio por incendio intencionado y delitos cometidos en un naufragio.

Tras establecer las diversas clases cabe hablar de las penas. Pues bien, las penas a imponer durante la época romana eran muy variadas e iban desde penas pecuniarias, pérdida de derechos civiles o destierro, hasta las penas de reclusión, trabajos forzados, cárcel, castigos corporales, pérdida de la libertad, confiscación de bienes, y como no, la pena de muerte, esta última ejecutada de muy diversas formas, comenzando por la forma más antigua que era la decapitación, hasta la crucifixión, la pena *culleum*, la entrega a las fieras o para cebo en combates públicos, la ejecución popular y el arrojamiento desde la roca Tarpeya.

Ley de las XII Tablas

A partir de la *Ley de las XII Tablas* redactada entre los años 451 y 450 a.C se regula más eficazmente la imposición y aplicación de la pena de muerte, prohibiéndose la condena a muerte de un ciudadano romano sin un juicio popular, lo que supone el fin de los derechos de venganza en el ámbito privado de las familias.

Las Tablas VIII y IX recogen los delitos y no se diferencia entre delitos públicos o privados, además se puede observar la evolución de las penas, sobre todo la de la pena de venganza de sangre, que podía ser sustituida por un pacto entre ofensor y ofendido y

el pago de una sanción pecuniaria, entendida como una reparación al perjuicio moral sufrido por la víctima.

Es importante destacar cuál es el elemento tipificador del delito en la *Ley de las XII Tablas*. Este es la intencionalidad, es decir, debe existir dolo, la intención de provocar la muerte, si no existe y lo que hay es negligencia o culpa no se trata de un delito de homicidio.

En cuanto a la persecución del delito, es competencia del ofendido o de su grupo social, pero hay supuestos en los que entra la comunidad porque se considera que son de interés público y deben intervenir para asegurar la paz del Estado, por ello, en estos supuestos se atribuye su conocimiento a los *quastores parricidii*, los cuales intervienen cuando existe un parricidio (muerte de un padre a manos de su hijo)³ o un homicidio, aparte de otros delitos como el de robo o incendio.

Los poderes de los *quastores parricidii* se vieron reducidos en las sentencias de condena a muerte con la *provocatio ad populum* de la *Lex Valeria* del año 300 a.C, la cual establecía un sistema de apelación ante los comicios centuriados. Estos poderes se veían minimizados hasta el punto de que sólo se encargaban de la investigación del delito y la imposición de la pena quedaba al arbitrio de los comicios centuriados.

Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis

La *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* del año 81 a.C fue una ley de vital importancia que se creó para perseguir a las bandas organizadas que ponían en riesgo la paz y el orden social, restaurando así la situación tras los años de sangrienta Guerra Civil en los que se penaban distintas conductas con la misma pena sin apreciar el elemento de la voluntariedad. La finalidad de la *Lex Cornelia* fue regular y castigar a estas bandas armadas, las cuales luchaban unas con otras, siendo pagadas por los diferentes grupos políticos. En principio solo aparecía en ella el homicidio doloso, pero posteriormente se amplió el contenido y se aplicaba a delitos como la castración, el ejercicio de artes mágicas, la venta de sustancias medicinales peligrosas, incitación al motín...etc.⁴

Lo que se permitía con la *Lex Cornelia* era que se aplicara para todas las situaciones dolosas con resultado de muerte o que pusieran en peligro la vida, por lo que a partir de ella se absuelve al individuo que cause una muerte sin intención y se considera como homicida al que mata con intención, y a los que pudiendo evitar el delito no lo hicieran (este es el caso de los esclavos, los cuales tenían la obligación de socorrer a su dueño).

La pena impuesta por la *Lex Cornelia* era generalmente la de muerte, pero si el homicida era una persona de alta posición social se sustituía por la pena de deportación⁵. Contenía también eximentes, de manera que si el homicidio se había cometido por un niño o un loco, a este se le eximía de responsabilidad, y le ocurría lo mismo al individuo que matara a quien pusiera en peligro su vida, o a un ladrón armado que intentara robarle.

Además otro dato a destacar es que los juicios llevados a cabo respecto de esta ley eran juicios con jurado.

³ *Ley de las XII Tablas*, Tabla IX, 3.

⁴ *Digesto*, 48, 8, 3 y 11 / *Collatio Legum* 15, 2, 1.

⁵ Mommsen, Teodoro, *Derecho penal romano*, Bogotá (Colombia), 1991, pág. 400.

Al contrario de lo ocurrido en la *Ley de las XII Tablas*, en esta ley no se valora si existe dolo, sino que los juristas se basan en el *animus neccandi*, es decir, la intención de cometer la acción delictiva cuyo resultado sea causar la muerte a otra persona. En el derecho canónico posterior se sigue teniendo en cuenta esta voluntariedad de cometer el acto homicida, y así, tomando como fundamento el libro del *Éxodo* de la Biblia, en el canon número 5 del *Concilio de Elvira* diferencia entre homicidio casual y homicidio intencionado.

A partir de la *Ley Silana* atribuida al emperador Lucio Cornelio Sila (138 a.C - 78 a.C) se establecen diferencias entre las penas a imponer según el individuo imputado fuera *honestior* o *humilior*, es decir, según la clase social a la que pertenecía. Pero, ¿quién era un *honestior* o un *humilior*? Los *humiliores* eran la población libre, *cives*, campesinos, jornaleros, artesanos, pobres y sin tierras, y los *honestiores* eran los Senadores y Magnates, es decir, los ricos terratenientes romanos y los habitantes de las provincias.

La pena normalmente aplicada por homicidio era para los *honestiores* de destierro y para los *humilores* de muerte o trabajo en las minas, pero con el tiempo se equipara y también se le impone pena de muerte a los *honestiores*.

La aparición de esta ley en la misma época que la Lex Cornelia propició que en esta última se encuentren diferencias en la pena a imponer según el status social. Muy llamativa es la situación de los esclavos, pues su muerte a manos de otra persona no se consideraba homicidio, y si la víctima era esclavo de otra persona se trataba como simple daño en las cosas. Esto continuó así hasta la época del emperador Constantino, el cual promulgo una ley en la que se regulaba y limitaba el derecho de los dueños a corregir a sus esclavos.⁶

Entrando ya en las clases concretas, el homicidio por envenenamiento era castigado en la Lex Cornelia con pena de muerte, y no solo se castigaba al ejecutor, sino también a quien preparaba, proporcionaba o vendía el veneno. Pero para determinar este delito era importante saber qué se entendía por veneno, siendo definido como *venenum* cualquier sustancia o medicamento que provocara la muerte a una persona.

Otra categoría de homicidio era el causado por magia o hechizo. Se entendía por magia la realización de un hecho maravilloso con el propósito de hechizar a una persona y conseguir malos fines, como su muerte, por medio de actos durante la noche o que exigieran sacrificios humanos, por medio de juramentos mortales y mediante actos relacionados con cadáveres y sepulcros. A los autores de estos delitos se les llamaba *malefici* y además el concepto de *venenum* se aplicaba también a las sustancias utilizadas para hechizar.

Este delito era considerado como uno de los más graves y se le imponía la pena de muerte, en una primera etapa en la hoguera y posteriormente mediante crucifixión o decapitación. En algunas épocas se sancionaba incluso la posesión de un libro que hablara sobre magia con la deportación o el suplicio.

Por lo tanto y como resumen de todo lo anterior, lo que cabe destacar es que durante la época romana existían situaciones en las que se podía dar muerte a otra persona sin que constituyera delito de homicidio y sin ser penado de ninguna manera, es decir, existían eximentes, las cuales son:

⁶ *Constitución de Constantino*, 9, 14, 1, citado en Sáinz Guerra, Juan, *La evolución del derecho penal en España*, Jaén, 2004, pág. 611.

- La muerte del esclavo no se consideraba homicidio porque a este no se le consideraba como persona, era una cosa. Con la *Lex Cornelia* se estableció que se podía perseguir la muerte de un esclavo ajeno como homicidio en lugar de como daño a la propiedad o a las cosas que es lo que ocurría anteriormente. Más adelante se permitirá seguir el homicidio causado al esclavo por su dueño ante el tribunal, pero quedaba al arbitrio de este y siempre que encontrara motivos suficientes podía eximirse. El motivo suficiente más utilizado era la condenación del esclavo criminal por el tribunal doméstico, por lo que en esta época era difícil que la muerte causada a un esclavo fuera perseguida como homicidio, hasta los tiempos de Constantino en los que esto cambió.
- La muerte dada por el *pater* a las personas libres que estaban sometidas a su potestad. Esto deriva del *ius vitae ac necis* del *pater* sobre sus descendientes, el cual se vio limitado y abolido por Constantino.
- La muerte al agresor que atacara contra la vida o el honor de una persona. En la ley de las XII Tablas se entendía como peligro contra la vida si la agresión o ataque tenía lugar de noche o el agresor tuviera armas en la mano. También se entendía exento el auxilio a la persona contra la que se dirigía la agresión si existía una relación de confianza y fidelidad, como por ejemplo la de un esclavo respecto de su señor.
- Los soldados podían matar a sus enemigos dentro y fuera del territorio romano y no se consideraba homicidio, ya que lo permitía el derecho de guerra.
- Las muertes ocurridas fuera de los límites del Estado romano.
- La venganza de sangre. Se consideraba que todo homicidio cometido dentro del Estado Romano contra un hombre libre, o contra cualquier hombre en una época posterior, alteraba la paz de la comunidad.
- Muerte a los desertores y a los enemigos en guerra. El matar a un espía o conspirador en tiempo de guerra era lícito en Roma. E incluso si se encontraba a algún desertor con armas se permitía que se le matara impunemente.
- Las sentencias de muerte pronunciadas por el tribunal. No era punible porque se permitía en la ley.
- La muerte cometida por el padre contra su hija cuando la sorprendiera in fraganti en delito de adulterio en su casa o en la de su yerno. Se entiende extendido al marido contra su mujer pero en la Ley de Augusto se negó dar muerte a la esposa pero si se permitía al amante.

2.2 RESTO DE DELITOS RELACIONADOS CON EL HOMICIDIO

Parricidio

El parricidio es un delito por el cual se mata a un individuo que forma parte de la familia, es decir, a un ascendiente, descendiente o cónyuge.

Durante la época prerromana los individuos se organizaban en grupos cerrados, llamados *gentilitas*, que tenían su propio derecho regulador de sus relaciones, en los que el jefe del grupo era la autoridad, y se encargaba de castigar a los miembros del mismo, y por lo tanto, se consideraba parricidio a la muerte del jefe del grupo familiar, en Roma, *paterfamilias*.

En el derecho romano era considerado como *crimina* ya que suponía una alteración de la convivencia pacífica de la comunidad, y por lo tanto no quedaba atribuido a la potestad del *pater*, además se estimaba como un homicidio agravado, e incluso su tentativa, como comprar el veneno para provocar la muerte, aunque no se consumara el homicidio, se castigaba como si se hubiera consumado, imponiéndose pena de muerte tanto para el autor como para los cómplices.

La primera regulación del parricidio se encuentra en el *Lex Pompeia de parricidii* del año 55 a.C, a partir de este momento se separa del poder coercitivo del *pater* y se incluye la muerte de todos los familiares que estuvieran bajo la *manus* o potestad de un mismo *pater*, convirtiéndose en un crimen público.

Esta ley fue posterior en el tiempo a la *Lex Cornelia*, la cual se aplicaba a toda muerte violenta cometida, por lo que se entiende que el parricidio se encontraba dentro de la regulación, así que se aplicaba tanto al homicidio como a la tentativa del mismo, y en relación con el parricidio, una de sus disposiciones establecía una pena inferior si la víctima era la mujer y el marido la mataba por haber cometido ésta adulterio. Además, en otra disposición se limita el poder del *pater* sobre sus hijos, prohibiendo que los mate sin que estos sean acusados ante el gobernador y tengan la oportunidad de hacerse oír. La pena atribuida en la *Lex Cornelia* para el parricidio era la de deportación a una isla y la confiscación de todos los bienes.

En la *Lex Pompeya* y según la opinión de Berger⁷, lo que se intentó es sustituir la pena de destierro por la de *culleum*, mucho más grave, distinguiendo el parentesco entre víctima y homicida, pero la principal novedad de la *Lex Pompeya* es la exigencia de que se den dos elementos que tipifiquen el delito, el primero es el dolo y el segundo es que se penalizaba tanto la comisión del acto como la intención de llevarlo a cabo, como por ejemplo la compra del veneno con el que se pretende matar al familiar. También se castiga a quienes encubren la comisión del delito, con pena de destierro, y al médico que proporcione el medio a través del cual se ejecuta la acción delictiva.

Como el parricidio solo se refiere a la muerte entre familiares no se incluye a los esclavos, así, un texto incluido dentro del Digesto⁸ establece que la *Lex Pompeya* no sería aplicable a los esclavos puesto que no tienen personalidad jurídica y por lo tanto, no tienen relaciones jurídicas.

Aborto

En el derecho primitivo y clásico romano el padre debía aceptar al hijo mediante un conjunto de actos y formalidades para promulgar su paternidad ante la comunidad. Estas conductas favorecían el abandono, infanticidio u aborto cuando el *pater* no aceptaba a los hijos, lo cual explica también que durante los siglos II y III a.C las

⁷ Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, pág. 558, citado en Torres Aguilar, Manuel, *El parricidio. Del pasado al presente de un delito*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pág.48.

⁸ *Digesto*, 48.2.12.4.

prácticas abortivas estuvieran muy extendidas en el mundo romano, pero además también influía que en el pensamiento estoicista difundido en la época se consideraba que el feto era solo una parte más de la matriz de la mujer, por lo que no se penaba el aborto.

En el siglo II el *Código Teodosiano* y la *Lex Romana Visigothorum* comienzan a atribuir derechos al recién nacido, convirtiéndose en transmisor de derechos hereditarios a terceros, pero sigue existiendo la práctica de la aceptación del padre para que los recién nacidos tengan capacidad jurídica, y el aborto tampoco era considerado como delito si era realizado por el marido a su esposa y si era consentido por la mujer, por lo que la *Lex Cornelia* y la *Lex Pompeya* no lo regulan durante la época republicana.

Por el contrario, la perspectiva era diferente en el *Antiguo Testamento*, donde se le reconocía al feto como ser viviente siempre que tuviera apariencia humana, y en la *Torah*, que penaba el aborto voluntario con sanción pecuniaria si el feto no tenía forma humana y con pena del talión (pena de muerte) si tenía forma humana.

Por lo tanto y como resultado de la situación jurídica, el problema va a surgir con cuando se considera como persona al *nasciturus*; en este sentido, algunos autores como Tertuliano en su tratado "*De anima*" consideran que desde el momento de la concepción el feto tiene alma y por lo tanto es un ser vivo, corriente que se extendió al pensamiento cristiano, pero no es hasta un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Caracalla (entre los años 198 y 211) cuando el poder público sanciona por primera vez el aborto, imponiendo la pena de destierro a la mujer que lo hubiera realizado deliberadamente. Las razones de la imposición de esta nueva sanción son dos, la primera la injuria causada al marido, ya que se le defraudaba en su expectativa de tener hijos, y la segunda la protección de la integridad física de la mujer.

Hay que hacer referencia también al aborto provocado por sustancias bebibles o brebajes, llamados *poculum abortionis*, que en las *Sententiae de Paulo* sí era castigado, con pena de trabajo forzoso en las minas si se trataba de *humiliores*, y con pena de destierro a una isla y confiscación de sus bienes si se trataba de *honestiores*, asimismo, en el caso de que la mujer muriera como consecuencia de estos brebajes abortivos se aplicaba la *Lex Cornelia*, ya que se consideraba como homicidio culposo y se establecía como pena la de muerte para el *humilior* y la de destierro para el *honestior*.

Infanticidio

Se trata de un *delictum exceptum*, es decir, de un delito premeditado cuando existe *causa honoris*, por tanto, se necesita que la acción se realice por la madre o por los familiares maternos para ocultar su deshonra.

En la familia romana puede ocurrir que el infanticidio lo ejecute la propia madre, y si es mujer casada queda sometida al *pater* que impondrá su castigo, o puede ocurrir que sea el mismo *pater* el que lleve a cabo el infanticidio en virtud de su derecho "*ius vitae ac necis*" respecto de los hijos que fueran concebidos de forma adultera por su mujer o ilegítimamente por su hija.

No había distinción sobre la edad en la que el *pater* puede quitar la vida al hijo, pudiendo ser *infans*, *puer* o *impuer*.

Asesinato

En el derecho antiguo no existía el asesinato como término, pero en las obras de algunos autores como Mommsen⁹ se define de acuerdo con las conductas previstas en la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*.

⁹ Mommsen, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, 1995, págs. 629 y ss., citado en Montanos Ferrín, Emma y Sánchez-Arcilla, José, *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, 1990, pág.258.

3. DERECHO VISIGODO

La transformación social iniciada en el siglo III en el derecho romano culminó con la caída del imperio en el año 476 a manos de los pueblos germánicos de los suevos, vándalos y alanos.

En la Península Ibérica estos pueblos germánicos habían entrado ya en el año 409 y para combatirlos los romanos pidieron ayuda en el año 418 a otro pueblo también germánico, los visigodos, los cuales entraron en la Península en ese año como consecuencia del *Foedus* firmado por el rey visigodo Walia y el emperador romano Honorio.

Finalmente los pueblos “bárbaros” como eran llamados por los romanos perpetraron la devastación del Imperio Romano de occidente. Para Hispania esto supuso el comienzo del Reino Visigodo, ya que estos se encontraban perfectamente asentados en el territorio tras todos los años de ayuda prestada a Roma.

En cuanto a las legislaciones aplicables en esos años, las leyes romanas siguen estando vigentes en Hispania hasta la caída del imperio romano e incluso después, limitándose los reyes visigodos a crear nuevas leyes enlazándolas con este derecho anterior. Así, por ejemplo, se sigue aplicando el *Código Teodosiano*, pero este no puede ser actualizado, lo que dio lugar a una etapa de vulgarización del derecho romano, es decir, un proceso en el que el derecho romano clásico fue cambiando como consecuencia de la influencia de la cultura de los pueblos indígenas y visigodos sobre la cultura romana.

A partir del Rey Eurico los visigodos comienzan a tener leyes escritas, así surge el *Código de Eurico*, promulgado justo después de la caída del imperio romano por lo que se trata de un código profundamente romanizado.

Más adelante sigue la producción normativa, Alarico III promulga el *Breviario de Alarico* en el año 506, llamado también *Lex Romana Visigothorum*, pero no es hasta el año 654 cuando Recisvinto proclama la obra más importante de la etapa visigoda, el *Liber Iudiciorum*, una recopilación de todas las leyes promulgadas por los reyes visigodos hasta entonces.

Para entender el final del Reino Visigodo en la Península hay que tener en cuenta dos acontecimientos fundamentales. El primero de ellos es la invasión musulmana de la Península del año 711, y el segundo es la crisis institucional iniciada en el año 672 que dio lugar a sublevaciones para acordar quien debía acceder al trono visigodo. Esto unido con la decadencia económica y política del reino provocó el fin del mismo y el comienzo de la etapa musulmana en España.

3.1 HOMICIDIO

En el derecho visigodo no se valora si existe dolo, sino que los juristas se basan en el *animus neccandi*, es decir, la intención de cometer la acción delictiva cuyo resultado sea causar la muerte a otra persona.

En el derecho canónico posterior esto se sigue teniendo en cuenta, la voluntariedad de acto homicida, y así, tomando como fundamento el libro del *Éxodo* de la Biblia, en el Concilio de Elvira¹⁰ se diferencia entre homicidio casual y homicidio intencionado. En

¹⁰ *Concilio de Elvira*, canon 5.

el *Código de Eurico* se va a recoger también esta distinción, de manera que el homicidio voluntario queda impune y al voluntario le corresponde pena capital. Al igual que en la legislación romana, en el Código de Eurico se recogen las eximentes de legítima defensa, asalto a la morada a e incluso el de la mujer adúltera, pero me voy a centrar en lo establecido en la principal fuente legal de la época visigoda, el *Líber Iudiciorum*.

En el *Líber Iudiciorum* hay un título llamado “*De cede et de morte homium*” en el que se distingue entre homicidio involuntario y homicidio preterintencional. Pues bien, aquí el homicidio involuntario queda impune como consecuencia de lo establecido en un precepto del libro del *Deuteronomio* de la Biblia.¹¹

También con el *Líber* se empiezan a distinguir las penas, si en el homicida concurren voluntad y acción se impone la pena capital, pero si solo existe la voluntad pero no se ejecuta la acción la pena es distinta, esto ocurre por ejemplo en el caso del instigador, en el que la pena impuesta es una sanción de 200 azotes, decalvación e indemnización a los parientes de la víctima.

En el caso de homicidio culposo, es decir, por negligencia o imprudencia, se desvincula del homicidio voluntario al cual estaba equiparado en el derecho romano postclásico y en lugar de pena capital se sanciona al causante de la muerte al pago de una indemnización a los familiares de la víctima. Las conductas que entran dentro de este calificativo son aquellas en las que no existe voluntad firme de causar la muerte, como el ocurrido cuando se pacifica una riña o cuando se mata a otro de una pedrada sin quererlo.¹²

Por lo que hemos visto ya, el *Líber* recoge distintas conductas, y aparte de las nombradas anteriormente, distingue entre otras como:

- Las muertes ocasionadas por animales¹³ se obliga al dueño a matar al animal pero a este no se impone ninguna otra pena.
- El hombre que mata a un siervo involuntariamente¹⁴ es sancionado con devolver su precio a su dueño, y si es el siervo el que mata sin voluntad a un hombre libre, el siervo pagara la mitad de la pena y su dueño la otra mitad.
- En cuanto al homicidio correccional, es decir, el llevado a cabo por el señor o maestro sobre sus siervos o discípulos en ejercicio de su derecho de corrección, no se considera homicidio siempre que no sea voluntario.¹⁵

La inducción al homicidio también se penaba en el *Líber Iudiciorum*, como por ejemplo el caso de señor que ordena a un siervo a matar a alguien, pues bien, el señor sería condenado a pena de muerte y el sirviente a ser azotado y marcado.¹⁶

También se regulaba la forma de acusación, así el delito de homicidio podía acusarse de forma pública o privada. La pública la hacia el juez y la privada los familiares de la

¹¹ *Líber Iudiciorum*, 6, 5, 11.

¹² *Líber Iudiciorum*, 6, 5, 5 y 6, 5, 7.

¹³ *Líber Iudiciorum*, 8, 4, 17.

¹⁴ *Líber Iudiciorum*, 6, 5, 9 y 6, 5, 10.

¹⁵ *Líber Iudiciorum*, 6, 5, 8.

¹⁶ *Líber Iudiciorum*, 6, 5, 14.

víctima. Si los familiares de la víctima no hacían la acusación perderían el derecho a la indemnización y tendrían que pagar una multa por no vengar el delito.¹⁷

3.2 RESTO DE DELITOS RELACIONADOS CON EL HOMICIDIO

Parricidio

Durante el derecho visigodo la patria potestad es un *officium*, por lo que se ostentan responsabilidades y deberes en interés del hijo, así que se niega el derecho del *pater* de vida y muerte respecto de sus hijos.

La pena generalmente atribuida para el parricidio anteriormente y como ya se ha visto era la de *culleum*, pero en el *Líber Iudiciorum*¹⁸ se suprime y se establece la pena capital, sin especificar como llevarla a cabo.

Aborto

En el *Concilio de Elvira*¹⁹ se equipara el aborto al homicidio voluntario, y por lo tanto se pena con la misma sanción que el homicidio, posteriormente, *Concilio de Ancira*²⁰ suaviza la pena dejándola en 10 años de penitencia.

Más adelante el *Código de Eurico* introduce una novedad, regulando conjuntamente el aborto de mujer libre y mujer sierva, ya que hasta entonces el aborto de la esclava se encontraba sujeto a las disposiciones de la *Lex Aquilia* y se equiparaba al daño en las cosas.

Además contempla una diferencia entre aborto cometido mediante un golpe "*hictu aut per aliquam occasionem*" o por un brebaje "*potionem*". Si se causaba por medio de brebaje se imponía la pena de 200 azotes a las siervas y pérdida de la ingenuidad a las mujeres libres, y si el aborto se provocaba por un golpe u otra persona administraba el brebaje la pena era la misma que la establecida para el homicidio.

Por último, en el *Breviario de Alarico* no se regula el aborto probablemente porque la redacción del *Breviario de Alarico* no deroga el *Código de Eurico*, así que fueron textos complementarios y en el *Breviario* no era necesario volver a regular lo que se había regulado en el *Código de Eurico*.

A partir del cristianismo, con la influencia de la Iglesia, se propugna la protección del *nasciturus*, por lo que se considera al feto como persona y el aborto se equipara al homicidio, estableciéndose en el *Líber Iudiciorum* la pena de muerte para el hombre que hace abortar a una mujer, y la pena a la mujer sierva a recibir 200 azotes y si es libre a la pérdida de la libertad.²¹

Durante la época de Chidasvinto se sigue castigando el aborto con pena de muerte, pero si el Juez no desea aplicarla se sustituye por la ceguera, tanto a la mujer como al hombre que hubiera ordenado el aborto.²²

¹⁷ *Líber Iudiciorum*, 6, 5, 14.

¹⁸ *Líber Iudiciorum*, 18.

¹⁹ *Concilio de Elvira*, 63.

²⁰ *Concilio de Ancira*, 21.

²¹ *Líber Iudiciorum*, 6, 3, 1.

²² *Líber Iudiciorum*, 6, 4, 7.

Infanticidio

A partir del siglo III el *ius vitae ac necis* queda en desuso, quedando fijado en el *Código Teodosiano*²³ que cualquier hombre o mujer que matare a un niño sería reo de homicidio.

Más adelante y con el derecho de la Iglesia católica, el *Concilio de Elvira*²⁴ recoge solo la hipótesis de la mujer adúltera que mata a su hijo para ocultar el adulterio cometido, pero a partir del *Concilio de Ancira*²⁵ se incluye tanto a mujeres casadas como a solteras, al interpretarse que la *causa honoris* existe desde el punto de vista del marido y del padre de la mujer.

En esta última norma, si el infanticidio era llevado a cabo por la mujer se castigaba con 10 años de penitencia y si el marido era el que mataba al hijo concebido adúlteramente por su mujer, se le imputaba homicidio.

En el *Líber Iudiciorum* se sigue la doctrina romana y no se diferencia entre mujer casada o soltera, estableciendo una ley²⁶ atribuida a Chidasvinto que la pena a imponer es la de muerte a todos los que maten a sus hijos.

²³ *Código Teodosiano*, 9, 14, 1.

²⁴ *Concilio de Elvira*, 63.

²⁵ *Concilio de Ancira*, 21.

²⁶ *Líber Iudiciorum*, 6, 3, 7.

4. DERECHO ALTOMEDIEVAL

La Alta Edad Media se desarrolla desde principios del siglo VIII hasta mediados del siglo XII, pero antes de entrar en su explicación es importante conocer la situación histórica existente anteriormente. Pues bien, todo comienza con la caída del Reino Visigodo a raíz de la derrota de Guadalete a manos de los musulmanes en el 711, pero también hay que destacar la precaria situación política en la que se encontraba la monarquía visigoda, con una marcada desintegración interna, provocando una gran debilidad en el reino lo que facilitó la conquista de los musulmanes. La mayoría del territorio de la Península fue conquistado por los musulmanes, lo que conllevó la consecuente islamización tanto del gobierno como de la cultura y costumbres, sin embargo, al igual que ocurrió durante la época romana, el Norte de la Península existían pueblos muy difíciles de conquistar, estos pueblos siguieron conservando sus costumbres y la religión cristiana que se extendió durante la época visigoda, resistiéndose a la invasión musulmana. Estos pueblos fueron los que unieron fuerzas y comenzaron la reconquista.

Conforme se iba conquistando cada territorio, los cristianos iban iniciando la repoblación del mismo, así surgieron los señoríos, territorios cuyo control se cedía como premio o recompensa por haber conseguido méritos durante la reconquista, sobre todo militares. Los destinatarios de estos territorios se convertían en señores y se les atribuía amplios poderes jurídicos; los demás pobladores de las tierras se convertían por lo tanto en vasallos, que dependían del señor y que estaban sometidos a su poder coercitivo. Este sistema se conoce como feudalismo y se caracterizaba por la falta de un poder público unido que fuera capaz de regular a los súbditos, así que los señores se aprovechaban de la situación política y creaban esas relaciones de dependencia comprometiéndose a proteger al vasallo a cambio de fidelidad y servicios. El principal servicio que hacían los vasallos era dedicarse al cultivo de las tierras del señor, a cada uno se le asignaba una parcela y debían entregarle a éste una porción de lo cultivado, aparte de unos altos impuestos, dejándoles en una situación precaria y de pobreza absoluta.

Durante esta época la gran cantidad de señoríos dio lugar a la aparición de recopilaciones de normas feudales, que recogían principalmente los derechos consuetudinarios de cada zona. Los primeros fueros que surgieron eran breves y simples, por lo que se entiende que surgieron para complementar lo establecido en el *Liber Iudiciorum*. Más adelante surgieron fueros más extensos con una amplia regulación. Los fueros también surgieron como herramienta de atracción de la población en algunas zonas, lo que se hacía era que en las zonas fronterizas con territorios musulmanes se concedían derechos privilegiados, como la exención de algunos impuestos para así intentar que la población acudiera y poblara esas zonas.

A consecuencia de las relaciones de vasallaje la sociedad se configuró en estamentos o clases sociales, dividiéndose en nobleza, clero y vasallos o campesinos. Los nobles eran los señores o propietarios de las tierras que explotaban a los campesinos que vivían en ellos, el clero gozaba de amplios privilegios por su condición y los vasallos estaban sometidos a todos ellos, pero a partir de los siglos XII y XIII tuvo lugar una revolución comercial en el norte de Europa, la cual se extendió a España, y aunque siguió existiendo la antigua economía agraria y ganadera surgió una nueva clase social, la burguesía, conformada por los habitantes de las ciudades o burgos, hombres libres que no estaban sometidos a ningún señor y que se dedicaban a otras actividades

que no eran la agricultura ni la ganadería. Dentro de las ciudades estos hombres eran iguales entre sí desde el punto de vista jurídico y no dependían del régimen señorial, surgiendo así los gremios, agrupaciones de profesionales que monopolizaban tanto el aprendizaje como la práctica de un oficio, además tenían plena competencia para la reglamentación del trabajo y tenían amplia jurisdicción sobre sus miembros.

Una vez establecida la situación histórica vamos a analizar la regulación del delito de homicidio.

4.1 HOMICIDIO

Durante esta época lo más destacado es que los familiares de la víctima deben mediante *querella* o *rancura* iniciar la reclamación del delito de homicidio, además en ocasiones pasa a castigarse únicamente con sanciones, y en la mayoría de los fueros se recoge solo el tipo simple, si incluir las posibles atenuantes o agravantes²⁷ debido a la influencia del *Liber Iudiciorum*, el cual ya contenía una extensa regulación del homicidio y sus diversas formas, por lo que en los fueros en los que no se recoge el homicidio se puede presuponer que se acudía a la normativa establecida en el *Liber Iudiciorum* o al derecho consuetudinario.

Una vez establecido esto, cabe entrar en la regulación de los distintos fueros. En los fueros extensos más tardíos como los de Soria, Cuenca o el Fuero Real se regula más a detalle el homicidio, pero hay otros como los de Ocaña o Brañosera que no recogen ninguna disposición relativa al homicidio, pero no significa que no se castigara el delito en este territorio. Además, ante la gran proliferación de fueros en esta época, hay una gran variedad de sanciones o penas según el territorio, que puede ir desde una declaración de enemistad, hasta el pago de una indemnización o penas corporales y pena de muerte.

Así, por ejemplo, el Fuero de Ledesma y el Fuero de Salamanca fijan la pena de muerte y pérdida de bienes a quien cometa un homicidio, bienes que se repartirán entre el concejo, los parientes de la víctima y los alcaldes. Otros como los de Coria y Cáceres sancionan con pena de muerte y caloña o enemistad; el de Sepúlveda con caloña y enemistad o pena de muerte si el actor es insolvente; los de Cuenca, Baeza y Úbeda con enemistad y caloña o penas corporales en caso de insolvencia...etc.²⁸

En el derecho altomedieval se consideran algunas circunstancias de las que se hace depender la sanción que se va a imponer en el homicidio, distinguiéndose, por ejemplo, entre vecinos del pueblo o villa y los forasteros. Sobre esto, el Fuero de Molina²⁹ aplica pena capital al forastero que cometa homicidio y pena pecuniaria para los vecinos del lugar, y el Fuero de Casada pena la muerte de un vecino con 1000 sueldos y la de un forastero con 30 sueldos.

También se distingue entre raza o religión del actor, es decir, si es judío, cristiano o musulmán. Lo que ocurre es que la sanción varía de unos a otros, y generalmente se aumenta la pena o se impone pena capital si el actor no es cristiano y

²⁷ Roldán Verdejo, Roberto, *Los delitos contra la vida en los Fueros de Castilla y León*, La Laguna, 1978, pág. 8.

²⁸ Sánchez-Arcilla Bernal, José, *El homicidio en el derecho histórico español*, págs. 530-532.

²⁹ *Fuero de Molina*, 24.

mata a un cristiano. Así, por ejemplo, en el Fuero de Tudela si el muerto era judío o musulmán nunca se le aplicaba la pena máxima al homicida.

Si el homicida es cristiano y la víctima es judío se castiga como homicidio ordinario y algunos fueros sancionan con menos calaña. Si la situación ocurre al contrario y es el judío el que mata a un cristiano se establece la misma pena que para el caso normal, pero en algunas situaciones se agrava la pena, e incluso algunos fijan la pena de muerte. Si el autor es musulmán y el cristiano la víctima la pena es tajante, los fueros de Cuenca, Sepúlveda y Alba establecen la pena de muerte, y si ocurre al contrario y el musulmán es siervo, el cristiano deberá pagar su precio a su dueño y si no lo es, se aplicara la pena pecuniaria.

Cuando el homicidio es entre musulmanes y judíos el Fuero de Sepúlveda³⁰ lo equipara a la muerte entre cristianos.

La siguiente circunstancia de la que depende la pena es la clase social, en general los fueros no distinguen por este motivo, pero es obvio que existían diferencias en las penas en esta época dependiendo de a quién se le tuviera que aplicar teniendo en cuenta que las diferencias entre los estamentos sociales eran muy pronunciadas.

Como ya hemos visto antes, los individuos disfrutaban de privilegios según el estamento social al que pertenecían, o el lugar de nacimiento o de residencia, y los favorecidos eran los estamentos superiores, por lo que no existía una normativa que fuera de aplicación igual para todos los súbditos del rey ni unos derechos iguales para todos los ciudadanos. No se aplicaban las leyes con igualdad, y es que a los nobles o caballeros no se les imponían penas corporales y si se les condenaba a pena de muerte eran decapitados, no ahorcados como ocurría para los vasallos. Pero lo que ocurría más frecuentemente es que se sustituía la pena de muerte a los nobles por penas pecuniarias, de destierro o de servicio al ejército del rey.

Como ejemplo de esto, el Fuero de Cuenca establece la igualdad de tratamiento ya sean los individuos caballeros o campesinos, incluso en el caso del señor que mata a su vasallo se castiga como un homicidio ordinario³¹, doctrina que sigue el Fuero Real, pero por el contrario, hay otros fueros en los que si se hace distinción, por ejemplo los *Usatges* diferencian entre las sanciones a pagar según se trate del homicidio de un conde, un caballero o un vasallo y además en muchos casos, los homicidios contra el señor y su familia se consideran como homicidios agravados.

Agravantes

Los fueros de esta etapa recogen también una serie de agravantes que hacen aumentar o agravar la sanción impuesta. Se trata de situaciones que por su naturaleza o por la repercusión que tienen en el ámbito social se consideran agravadas y aumentan su penalidad y que vamos a analizar a continuación. Así, el Fuero de Cuenca recoge la agravante de nocturnidad y la de dar muerte al homicida en la cárcel por parte de un pariente de la víctima, el Fuero Juzgo recoge la agravante de utilización de veneno, y la premeditación se tiene como agravante en fueros como los de Zamora, Salamanca y Ledesma.

Lo normal es que la pena se agrave y se pase de calaña a pena de muerte, y la enemistad con los familiares pasa a ser pública siendo considerado el homicida como traidor. Si ya se pena el homicidio ordinario con pena de muerte, en caso de homicidio agravado se agrava también la pena para que sea más dolorosa.

³⁰ *Fuero de Sepúlveda*, 44.

³¹ *Fuero de Cuenca*, 4, 5, 5.

Los homicidios causados a personas con las que se tiene una relación de dependencia como la de señor-vasallo se sanciona siempre con pena de muerte para castigar de la forma más eficaz la violación del vínculo de fidelidad, así se hace en el Fuero de Soria y en el Fuero real, interpretándose como traición. Pero en el caso de la muerte del Rey la situación se agrava y por el mero hecho de conspirar para su muerte se castiga en hasta con pena de muerte.

La nocturnidad como agravante no se recoge expresamente en los fueros, pero en el Fuero de Cuenca³² se impone doble calaña en el caso de que el homicidio se aproveche de la nocturnidad.

Otra situación agravante es la de la muerte en prisión de aquellos que estuvieran detenidos hasta el juicio correspondiente o como apremio al pago de una sanción pecuniaria, ya que en muchos casos era frecuente que las familias de alguna víctima de los presos ejecutaran la justicia por su mano y mataran al criminal detenido. A estos familiares se les imponía agravante debido a la situación de indefensión en la que se encontraba el preso, y por ejemplo, en el Fuero de Cuenca³³ se sanciona con doble calaña.

El veneno no figura en los fueros como agravante debido a la falta de conocimientos científicos en la época para probar la muerte por veneno, no obstante, el Fuero Juzgo³⁴ recoge el homicidio agravado por veneno y aplica como pena la ingesta de la misma sustancia que provocó la muerte a la víctima, como una especie de Ley del Talión.

En cuanto al uso de armas, el Fuero de Coria³⁵ prohíbe que se lleve un cuchillo sacado y a la vista, y los otros fueros entienden como armas vedadas los cuchillos, porras, piedras, fustes o cualquier otra cosa que pueda causar heridas de muerte, acarreado el problema de que en casi todos los casos de muerte se producen por uso de armas, así que se impide la agravación del delito de homicidio pero se agravan las lesiones causadas con estas armas.

El incendio, si es causado a propósito para matar a una persona constituye una agravante del delito de homicidio, castigándose en el Fuero de Cuenca con pena grave.³⁶

Una figura nueva de agravante es el homicidio al compañero de viaje, que supone una agravación de las penas por el hecho de que se comete contra una persona que tiene confianza en el homicida, al cual se le considera como traidor. En esta situación de violación de la confianza se encuentra otra circunstancia que agrava el homicidio, la cual se da cuando se vulnera por tener una relación de amistad o compañerismo entre el agresor y la víctima, o establecida por la autoridad mediante tregua o acuerdo, como por ejemplo la violación de la fianza de salvo, que se da cuando la víctima o sus parientes matan al criminal que se encuentra en tregua hasta la celebración del juicio. Esta violación supone la imposición de una pena más grave que

³² *Fuero de Cuenca*, 1, 5, 5.

³³ *Fuero de Cuenca*, 2, 4, 25.

³⁴ *Fuero Juzgo*, 6, 2, 2.

³⁵ *Fuero de Coria*, 235.

³⁶ *Fuero de Cuenca*, 1, 2, 12.

la que se fije para el homicidio ordinario, que sería una ejecución más dolorosa de la muerte en caso de que se penara con pena de muerte, por lo que los fueros lo castigan en ocasiones con la muerte en la hoguera. En otros casos si la pena por el homicidio es de caloña se impondría la pena de muerte, como establece el Fuero de Medinaceli. Otros fueros como el de Madrid lo penan con declaración de traición y salida de la ciudad.

Junto a esto, otra situación de confianza que se ve perturbada se da cuando se mata a un invitado o acogido. En muchos fueros el homicidio comporta aparte de las sanciones pecuniarias la declaración de enemistad entre homicida y la familia de la víctima, que suponía el destierro del homicida de la ciudad o villa, pero podía volver y comprar el perdón de la familia de la víctima remunerándolos económicamente. A esta situación de enemigo que ya no lo es por comprar el perdón se le llama acogido o saludado, y la violación de esta situación de confianza dando muerte al homicida se trata como homicidio agravado.

La premeditación es la última circunstancia agravante, y se castiga así debido a la persistencia de la voluntad del homicida de llevar a cabo la acción.

Eximentes

Como exenciones, en algunos fueros se ampara la legítima defensa, que ya era eximente en el *Liber Iudiciorum*³⁷, la defensa del patrimonio y la defensa de la morada. La legítima defensa se entiende como defensa propia de la persona ante el peligro de que otra persona lo hiera o mate. En el Fuero Real³⁸ se establece la pena de muerte al que matare a otro excepto si matare defendiéndose y en el *Liber Iudiciorum* y en el Fuero Juzgo se exime también cuando el peligro de muerte es ante un pariente próximo, como padres, hijos o hermanos.

Pero la legítima defensa no siempre se exime, como ocurre en el caso del Fuero de Miranda³⁹ que establece una pena de 500 sueldos a quien mata a quien se revuelve contra él o en defensa de parientes o bienes.

Aquí surge otra categoría eximente, la defensa de los bienes o del patrimonio, recogida en el Fuero Juzgo⁴⁰. Reflejo de esto es que en el Fuero Real, y siguiendo la regulación del *Liber Iudiciorum*, eximen a quien mata al ladrón si este se defendía con armas o si era hurto nocturno y se llevara lo robado.

Otra eximente es la defensa del honor, entendiendo como tal que la muerte de las mujeres adúlteras o amates por el marido, y de las hijas y hermanas sorprendidas en acto carnal está exenta de pena de homicidio. Como antecedente, esto ya se recogía en el *Liber Iudiciorum*⁴¹. También el Fuero de Cuenca⁴² y el Fuero Real⁴³ eximen al marido que matare a su mujer adúltera o al amante de esta si los descubre in fraganti cometiendo el adulterio.

Por último, está la eximente de la obediencia debida, así, se establece que el que mata por mandato de una persona a la que debe obedecer queda exento de responsabilidad.

³⁷ *Liber Iudiciorum*, 6, 4, 6.

³⁸ *Fuero Real*, 4, 17, 1.

³⁹ *Fuero de Miranda*, 34.

⁴⁰ *Fuero Juzgo*, 8, 1, 13.

⁴¹ *Liber Iudiciorum*, 3, 4, 4.

⁴² *Fuero de Cuenca*, 2, 1, 23.

⁴³ *Fuero Real*, 4, 7, 1.

Tipos de sanciones

Como ya se ha visto anteriormente, las sanciones en los fueros son distintas, pasando desde la simple caloña, hasta la pena de muerte. La relación de los más importantes son los siguientes:

- Fueros que penan con caloña y pena de muerte:

- ❖ Fuero de Ledesma, 32: pena de horca y pérdida de bienes a favor del concejo y del alcalde.
- ❖ Fuero de Ledesma, 4: 300 sueldos y salida como traidor al que mata por *conceio*.
- ❖ Fuero de Salamanca, 63: pena de horca y pérdida de bienes.
- ❖ Fuero de Salamanca, 1: 1000 sueldos y salida como traidor al que mata por *conceio*.
- ❖ Fuero de Sanabria, 3: pena de muerte en la que se entierra al homicida bajo la víctima y pérdida de los bienes. Con la reforma de Alfonso X se elimina este castigo y se deja en pena de muerte solamente.

- Fueros que penan con muerte al homicida presente, y con caloña y enemistad al ausente:

- ❖ Fueros de Coria, Usagre y Cáceres: pena de horca y si el homicida huye caloña de 300 maravedíes.
- ❖ Fuero Real 4, 17, 1: pena de horca y si huye pago de 500 sueldos.

- Fueros que penan con caloña y enemistad y con muerte en caso de insolvencia:

- ❖ Fuero de Sepúlveda, 32: 100 maravedíes y pena de muerte en caso de insolvencia.
- ❖ Fuero de Fuentes, 22: 100 maravedíes y pena de muerte si no se paga en 27 días.

- Fueros que penan con caloña y enemistad, y penas corporales en caso de insolvencia:

- ❖ Fuero de Cuenca 2, 4, 23: sanción de 200 maravedíes y en caso de impago se le corta la mano derecha al homicida.
- ❖ Fuero de Soria, 409: sanción de 205 maravedíes y si no se paga pena de cepo durante 27 días.

- Fueros que penan solamente con caloña:

- ❖ Fuero de Palencia, 30: sanción de 300 sueldos
- ❖ Fuero Juzgo 5, 5, 11: sanción de 300 sueldos.

El hecho de que la pena de muerte establecida en el *Líber Iudiciorum* se suprima en algunos fueros y se sustituya por las penas anteriores puede ser debido a la escasez de población de la época, lo cual obliga a imponer penas que permitan asegurar la supervivencia de los pueblos y villas, así que la enemistad surgió como la principal sustitución a la pena de muerte, e implicaba que el individuo que cometía el delito fuera desterrado de su lugar de residencia, ya que si no lo hacía corría el peligro de que los

familiares de la víctima se vengaran por el crimen perpetrado y lo podían matar de forma legítima.

Determinación del delito

Una parte importante es la determinación del delito de homicidio, la cual, según el profesor Orlandis⁴⁴ se determina de manera subjetiva.

Los fueros municipales van a ir recogiendo diferencias entre si la comisión del delito es dolosa o casual. Los homicidios casuales son homicidios cometidos sin intención, pero aun sin culpa, existe la obligación de indemnizar.

Sobre esto, el Fuero Real muestra la diferencia entre homicidio intencionado y no intencionado, estableciendo pena de muerte para el que mate con voluntad, salvo que lo haga de forma casual o no intencionada⁴⁵ y en el Fuero Juzgo se dice que en los homicidios que ocurren con ocasión de un torneo o un juego no existe intención de matar.

Un claro ejemplo de esta situación es el *bofordo*, el homicidio ocurrido en la calle en medio de fiestas o celebraciones, cuando hay una gran multitud de gente. En el Fuero Juzgo queda exento de responsabilidad y en el Fuero Real se fija una caloña.

De esto se desprende que no existe una definición de culpa o negligencia, sino que los legisladores se limitan a relacionarlo con ciertas actividades o situaciones a raíz de la cuales tiene consecuencia la muerte.

Muy cercano al homicidio por *bofordo* está el homicidio causado en juegos, carreras de caballos o lanzamiento de piedras o saetas corresponde a esta categoría. En los fueros se exige siempre se que no fuera intencionado y se determina el homicidio como culposo o causal según las circunstancias en las que se produzca, pero en general estiman que no existe culpa cuando los juegos se producen en lugares desiertos en los que se pueden hacer esos ejercicios, y establecen que en el caso de que se realicen en fiestas y cuando hay gente alrededor se debe mantener la prudencia de no transitar por esos lugares peligrosos, por lo que el autor queda exento y la culpa se traslada a las posibles víctimas.

En cuanto a las muertes causadas por la caída de objetos, se trata de muertes casuales que ocurren cuando caen árboles o muros y matan a alguna persona. Los fueros medievales eximen totalmente de pena a estas muertes ya que no interviene la mano del hombre, pero en los fueros extensos aparece la negligencia, así, el que corte un árbol debe avisar a los que se hallen alrededor para evitar daños (Fueros de Cuenca, Soria y Sepúlveda).

La muerte mediante *empuxamiento* o empujón queda exenta en el Fuero Real y en el de Soria si un individuo cae sobre otro y lo mata sin intención, si a sabiendas se deja caer sobre la persona para matarle se tratara de un homicidio.

Otra categoría son las muertes causadas por animales, que se estiman negligentes si tiene lugar una falta de vigilancia de los dueños.

⁴⁴ Orlandis, José, *Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media*, Madrid, 1945, págs. 117 y 118, citado en Torres Aguilar, Manuel, *El parricidio. Del pasado al presente de un delito*, Madrid, 1991, pág. 114.

⁴⁵ *Fuero Real*, 4, 17, 1.

En relación con las muertes debidas a negligencias profesionales, el Fuero Juzgo establece que el físico que sangra a un enfermo y este muere queda a disposición de la familia para que hagan lo que quieran con él y si el muerto es un siervo debe entregar otro a su dueño.

Por último está el homicidio preterintencional, que es un efecto superior y no deseado por el delincuente. Si se trata de muerte como consecuencia de heridas habrá que indagar si la voluntad fue herir o matar.

4.2 RESTO DE DELITOS RELACIONADOS CON EL HOMICIDIO

Parricidio

El derecho altomedieval ya no protege el poder del padre como ocurría anteriormente. Ahora este deber es un deber moral, que no tiene nada que ver con la figura del *pater* romano, así que se comienzan a penar algunas conductas en las normas, como por ejemplo en el *Decretum* c. XXXIII de Nicolás I, en el que se encuentran disposiciones sobre la muerte causada a un pariente, la cual es castigada con la penitencia.

Sin embargo en los fueros se siguen recogiendo normas para el caso de los padres y esposo que matan a sus hijos o esposas por adulterio, rebeldía o por corrección de sus pecados, así por ejemplo en el Fuero de Cuenca la mujer que mata a su marido es condenada a muerte en la hoguera y en el caso contrario se toma como un homicidio ordinario sin agravante, y en el Fuero de Brihuega se pena a la mujer con muerte en la hoguera y al marido con pago de caloña.

Pero en algunos fueros se castiga de la misma manera sin discriminar por sexo y se pena a ambos con la muerte, esto ocurre en el Fuero de Soria⁴⁶ y en el Fuero de Alcalá⁴⁷.

En cuanto al que mata a padres o ascendientes, en algunos fueros se le reconoce como traidor y se le impone muerte en la horca y pago de caloña y en otros se fija pena de muerte si se le detiene y si no, se le impone la desheredación. El Fuero de Cuenca es el que recoge un ámbito más amplio de comisión del delito, ya que castiga la muerte causada al padre o madre, ascendientes como abuelos y bisabuelos, y hermanos.

Es importante determinar cuál es la conducta de traidor y esta es difícil de fijar, por lo que algunos autores han determinado que en el delito de traición entrarían los siguientes supuestos:

- Para García González⁴⁸ en su obra *Traición y alevosía en la Edad Media*, serían delitos contra la seguridad del reino y contra el rey, contra el señor, los daños a las personas que poseen una paz especial, los que se comenten rompiendo treguas, los cometidos después de la reconciliación, y la muerte de una persona allegada.

⁴⁶ *Fuero de Soria*, 511.

⁴⁷ *Fuero de Alcalá*, 71.

⁴⁸ García González, Juan, *Traición y alevosía en la Alta Edad Media*, 1962, págs. 339 y ss., citado en Torres Aguilar, Manuel, *El parricidio. Del pasado al presente de un delito*, Madrid, 1991, pág.125.

- Para Hinojosa⁴⁹ en su obra *El elemento germánico en Derecho Español*, se consideran delitos de traición casi todas las conductas que alteraban la paz pública.
- Para Orlandis⁵⁰ en su obra *Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media*, se consideran delitos de traición los cometidos por sentimientos malvados, contra el señor o contra parientes, y los homicidios premeditados.

En el parricidio también aparecen exenciones, como cuando los padres matan a sus hijos por su mala conducta o por sus pecados, quedando eximidos en el Fuero de Brihuega incluso sin ninguna causa que lo justifique e igualmente en el Fuero de Alcalá se castiga con sanción si esta muerte es intencionada.

La exención en este caso se basa en el derecho de los padres de corrección sobre sus hijos, si el padre o la madre matan a sus hijos por lesiones que le cause no serán considerados homicidas en virtud del *ius correctionis* que ostentan.

Otra figura que aparece en los fueros leoneses es el homicidio del discípulo, que aunque no se trata de un pariente se puede identificar con una relación padre-hijo, por lo tanto, si el maestro o clérigo mata a su alumno en virtud de ese *ius correctionis* no se considera homicida.

Aborto

Existen varias regulaciones en las que se pena el aborto durante la Edad Media, en los *Libri Poenintenciales* por ejemplo, se regulaban las distintas penas en función de las circunstancias del aborto.

Entrando en lo establecido en los fueros, destaca el Fuero de Cuenca⁵¹, en el que se castigaba el aborto voluntario como homicidio agravado, con pena de muerte si era manifiesto, y si no lo era a prueba de hierro candente.

El Fuero Juzgo se limita a reiterar lo establecido en el *Líber Iudiciorum*⁵², por lo que en el aborto producido mediante fuerza en el que la mujer muere, el autor es condenado a muerte y también son condenados a muerte los que facilitasen hierbas o bebidas para abortar⁵³ y a la mujer que lo tomara con 200 azotes si era sierva o caída en la servidumbre si fuera libre.

En general en esta época los fueros eran bastante duros en las sanciones aplicables a este delito, sobre todo como consecuencia de la gran influencia de la religión cristiana en los territorios de España y de sus principios totalmente contra abortivos, así se castigaba al aborto con pena de hoguera para la mujer que lo cometía.

⁴⁹ Eduardo de Hinojosa, *El elemento germánico en el Derecho Español*, Madrid, 1955, pág. 446, citado en Torres Aguilar, Manuel, *El parricidio. Del pasado al presente de un delito*, Madrid, 1991, pág. 126.

⁵⁰ Orlandis, José, *Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media*, Madrid, 1945, pág. 126, citado en Torres Aguilar, Manuel, *El parricidio. Del pasado al presente de un delito*, Madrid, 1991, pág. 126.

⁵¹ *Fuero de Cuenca*, 2, 1, 33.

⁵² *Líber Iudiciorum*, 6, 3, 7.

⁵³ *Líber Iudiciorum*, 6, 3, 1.

Infanticidio

El delito de infanticidio durante la Edad Media se suele equiparar a la figura del homicidio y se encuentra dentro de su regulación, por lo que por ejemplo en el Fuero de Soria⁵⁴ se castiga con pena de muerte. Igualmente, en el Fuero Juzgo⁵⁵ se castiga con pena de muerte a quien mata al recién nacido o lo mande matar.

⁵⁴ *Fuero de Soria*, 537.

⁵⁵ *Fuero Juzgo*, 6, 3, 7.

5. RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO Y CANÓNICO

A este periodo histórico se le denominó también recepción de derecho común, y abarcó los siglos del XII al XVIII. El derecho común o *ius commune* aparece en el Renacimiento, basándose en el derecho romano justiniano, con la finalidad de implantar un derecho universal que superara las diferencias entre los derechos locales existentes hasta entonces.

Las normas de derecho romano tomadas como referencia fueron aquellas elaboradas durante la época de Justiniano, entre los años 528 a 533, entre las que se engloban las *Instituciones*, el *Digesto*, el *Código Justiniano* y las *Novelas*.

Este derecho se comenzó a estudiar con una técnica nueva en la Escuela de Bolonia, consistente en la *glosa*, una aclaración escrita entre líneas explicando cada pasaje de los textos justinianos, analizándolo y facilitando su comprensión. Fueron estas escuelas y Universidades las que se encargaron de la difusión y el conocimiento del derecho romano desde el siglo XII, pero aparte de esto se dieron una serie de factores que propiciaron su difusión en Europa y en España. El primer factor fue el comienzo de la evolución de la sociedad rural a sociedad urbana, se pasó de una forma de vida orientada al campo y al régimen señorial a una forma de vida en las ciudades, en las que no se dependía del poder de ningún señor y se necesitaban normas más elaboradas que regularan las relaciones de los ciudadanos, sin embargo, la organización social siguió siendo la estamental, es decir, seguían existiendo las divisiones sociales entre nobles y clérigos que gozaban de privilegios y el resto de la población a los que no se les aplicaba.

Otro factor que propició la difusión del derecho común fue el crecimiento del poder de la Iglesia católica, cuyo derecho regulador, el derecho canónico, se extendió a sus dominios, además, el poder del Rey se vio también fortalecido ya que según el sistema de la monarquía de la época, el absolutismo, el poder de este era un poder divino que procedía de Dios, y por lo tanto sus actuaciones no podían ser juzgadas por los hombres, así que solo rendiría cuentas a Dios.

En relación al derecho canónico, este experimentó un cambio a partir del siglo XII gracias a la reforma iniciada por el Papa Gregorio VII, reforma que consistió en la unificación del derecho canónico para superar las diferencias jurídicas entre los distintos textos que existían durante la Alta Edad Media. La primera parte de la reforma se materializó sobre el año 1140, cuando un profesor de la Escuela de Bolonia llamado Graciano coordinó todos los textos de derecho canónico existentes hasta la época en un solo texto, al cual se le llamó *Decreto de Graciano*. La segunda parte de la reforma llegó con el Papa Gregorio IX en 1230, quien mandó recopilar todas las decretales pontificias (respuestas dadas por los papas a problemas jurídicos) bajo el título de *Decretales de Gregorio IX*.

Sin embargo, la introducción del derecho común en algunos territorios supuso una lucha con el derecho tradicional existente, ese derecho tradicional eran los Fueros que existían en cada territorio.

En una primera época se otorgaron por la monarquía fueros muy breves como por ejemplo los de León, Sepúlveda y Jaca. El primero fue concedido por Alfonso V en el 1017, y surgió como necesidad para completar la legislación del *Liber Iudiciorum*; más adelante, en 1076, Alfonso VI concedió el de Sepúlveda, orientado a otorgar privilegios a la población que se asentara cerca de la frontera con los musulmanes; y por último, destaca el de Jaca, un fuero principalmente económico y financiero concedido también

para atraer a la población. En otros lugares se otorgaron fueros más extensos como por ejemplo el de Cuenca, un texto más desarrollado que los anteriores otorgado por Alfonso VIII en 1190. Pero el problema para la monarquía fue que en el caso de este tipo de fueros se concedía gran autonomía al concejo, lo cual no resultaba factible para los reyes que querían poseer todo el poder político. Así sustituyeron estas normas que eran tan generosas con el poder local por otras normas más favorables a los intereses de la monarquía, idea que siguió el Rey Alfonso X, el rey que más textos legislativos importantes otorgó, destacando el Fuero Real de 1255 y su obra más importante, el *Código de las Siete Partidas*, redactado entre 1256 y 1265, cuyas fuentes proceden de los textos de derecho romano estudiados por los glosadores y del derecho canónico medieval recogido en el Decreto de Graciano y en las Decretales de Gregorio IX. Ya más adelante en el tiempo, en 1348, se promulgó el Ordenamiento de Alcalá previo debate en las Cortes, en el cual se estableció un sistema de prelación de fuentes bastante necesario por la gran proliferación de textos, estableciendo el siguiente orden: primero, el Ordenamiento de Alcalá, segundo los fueros municipales, y tercero las Partidas.

Y por último en este periodo histórico cabe destacar dos obras, la primera de ellas la *Nueva Recopilación* que recogió todas las leyes promulgadas entre 1484 y 1567, dentro de las cuales se encontraban textos como las Leyes de Toro o el Ordenamiento de Montalvo, y la *Novísima Recopilación* de 1805, que contenía la recopilación de 1567 y añadía las demás leyes promulgadas durante el siglo XVIII.

5.1 HOMICIDIO

Respecto al delito de homicidio en el derecho penal canónico, se parte de la distinción entre si el homicidio acontece con voluntad o sin voluntad, lo cual refleja lo establecido en el derecho romano. De esta manera, Graciano, en su Decreto distingue entre el homicidio que se comete con dolo o voluntad y el que tiene lugar por negligencia o por caso fortuito, además, se recoge el homicidio *necessitate*, englobado en el ámbito de la legítima defensa, en el cual no existiría esa voluntad.

Las *Decretales* de Gregorio IX por su parte, aportan nuevas situaciones a las causas de homicidio involuntario, entre las que destaca la decretal llamada *Sicut Dignum* de Alejandro I, en la que se recoge el aumento o disminución de pena según la participación en el delito de homicidio, distinguiendo entre acompañante, instigador y cómplice.

Es importante la graduación de la sanción, que según la opinión de Alberto Gandino⁵⁶ en su *Tractatus de Maleficiis*, debe ser graduada según el *animus* del autor del delito, y solo cuando exista ánimo de matar deberán aplicarse las sanciones de la *Lex Cornelia*, es decir, la pena de muerte. Además dice que tiene que existir una conexión entre la acción y el resultado, es decir, una relación de causalidad entre la acción de ejecutar el daño y que se produzca el resultado de daño.

Ya con las *Partidas* de Alfonso X se comienzan a ver cinco situaciones que se pueden dar en el delito de homicidio, clasificándolo en: homicidio doloso, homicidio

⁵⁶ Gandino, Alberto, *Tractatus de Maleficiis*, De homicidiariis, 2, pág. 279, citado en Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Notas para el estudio del homicidio en el derecho histórico español*, en Revista de la Facultad de Derecho y Humanidades de Madrid, 72 (1986), pág.557.

agravado o asesinato, homicidio por ocasión o caso fortuito, homicidio por negligencia o culposo, y homicidio por legítima defensa.

Al primero de ellos, el homicidio causado dolosamente se le aplica pena de muerte⁵⁷. Dentro de esta categoría se incluye también a los cirujanos que con dolo provocaran la muerte de sus pacientes y a los vendedores de venenos, a los que se les aplica igualmente la pena de muerte. El segundo caso del homicidio agravado o asesinato lo veremos más adelante.

La tercera clasificación la engloba el homicidio casual, que es el que se comete sin querer hacerlo, por lo que habrá que probar la no intencionalidad⁵⁸.

La definición del cuarto tipo, el homicidio culposo, es aquel que se comete por imprudencia, como el cometido a causa de embriaguez, y se fija pena de destierro a una isla durante 5 años⁵⁹, además si el muerto es un esclavo deberá el homicida pagar a su dueño el precio que tuviere. La misma pena se le imponía a los médicos o cirujanos que ocasionaran muertes por negligencia.

Y por último, hay que hablar del homicidio por legítima defensa, pues bien, la legítima defensa era una causa que eximía de responsabilidad y era considerada en las *Partidas* como tal la protección de uno mismo y también la protección de sus familiares. Además, se incluía en el ámbito de la legítima defensa la muerte dada a un ladrón conocido o a un ladrón de caminos⁶⁰. También se eximía a los locos, desmemoriados y menores de 10 años, ya que se entiende que no saben lo que hacen, y a quien mata al que rapta a una mujer o al que está yaciendo con la esposa, hija o hermana.

De lo anterior se desprende que la pena generalmente aplicada en las *Partidas* para el homicidio era la pena de muerte, pero como ya hemos visto antes, en la época existían privilegios estamentales, y como consecuencia de estos la pena de muerte se veía suavizada cuando el homicida era un noble. Así, si se era noble o caballero la pena aplicada era de destierro y si se era vasallo la pena aplicada era de muerte.

Pero no sólo destacan las *Partidas* en esta época, más adelante se promulga el Ordenamiento de Alcalá, el cual pena con muerte incluso la conspiración para matar o herir, aunque no se llegue a un resultado⁶¹. Además en él se superan las diferencias entre estamentos sociales y establece la pena de muerte para todos los homicidas, incluso los pertenecientes a la nobleza. También y al igual que las *Partidas*, consideraba exento el homicidio en defensa propia.

Nombrando otros textos, posteriormente en las Ordenanzas Reales de Castilla se recogen las disposiciones del Fuero Real sobre homicidio doloso y casual, y en la Nueva Recopilación se sigue la regulación del Ordenamiento de Alcalá pero se añaden cuatro disposiciones nuevas en relación con las armas de fuego, aunque la utilización de medios especiales para ejecutar el homicidio fue por primera vez previsto por los Reyes Católicos y Felipe II, los cuales sancionaron a los que utilizaran ballestas o armas de fuego incluso para intimidar, y por supuesto, si se cometía el homicidio con estas armas se consideraba como homicidio agravado y se castigaba con pena de muerte y pérdida de los bienes.

⁵⁷ *Partidas*, 7, 8, 2.

⁵⁸ *Partidas*, 7, 8, 4.

⁵⁹ *Partidas*, 7, 8, 5.

⁶⁰ *Partidas*, 7, 8, 3.

⁶¹ *Ordenamiento de Alcalá*, 22, 2.

Durante la Edad Moderna, a partir de 1492, existe la presunción de que el homicidio es doloso y voluntario, y la prueba en contrario va a tener que hacerla el autor del homicidio.

En cuanto al homicidio culposo, será aquel en el que no existe animo ni voluntad de matar, por lo tanto, no se le puede aplicar la pena de muerte y la sanción, que queda a cargo del juez, por otro lado, el homicidio causal se considera que acontece por caso fortuito y por lo tanto no se le impone sanción. En la Edad Moderna existen también agravaciones y exenciones del delito, que se da en los siguientes casos:

- Por la indefensión de la víctima, se tratan como delitos agravados el homicidio por medio de veneno y la traición, además del cometido por medio de sicarios o asesinato, para el cual la pena es la del homicidio alevoso. Tiene gran importancia en esta época el homicidio alevoso y con traición, considerándose traidor según Pradilla Barnuevo⁶² en su obra *Suma de las leyes penales*, dentro del capítulo XVIII a “quien mata a otro alevosamente y no de cara a cara, ni de rostro a rostro, y cuando mata al que era su amigo y lo tenía por tal, ni entre ellos había causa de discordia o pendencia”.
- En relación con la exención, todos los autores opinan que la legítima defensa está exenta de pena, además de la que tenga lugar en defensa de algún consanguíneo. En cuanto a la punibilidad, se considera que tanto el mandante como el ejecutante de la acción deben ser castigados con igual pena.

5.2 RESTO DE DELITOS RELACIONADOS CON EL HOMICIDIO

Parricidio e infanticidio

En las *Partidas* el deber de castigo del padre hacia los hijos debe hacerse con mesura y piedad bajo pena de perder la patria potestad⁶³, al contrario del derecho romano en el que tenía plena capacidad de decir sobre la vida de estos. Además se criminaliza la muerte de los hijos a manos del padre y la venta de los mismos.

En esta etapa no se reconoce el infanticidio como delito autónomo, sino que se integra en el parricidio, y tampoco aparece en el Fuero Real, las Ordenanzas Reales de Castilla o la Nueva Recopilación. El infanticidio como *delitum exceptum* surge a partir del siglo XVIII, lo cual propicio que se extendiera a las regulaciones del siglo XIX.

Aborto

En esta época solo se consideraba aborto si el feto estaba inanimado, es decir, si poseía alma, ya que si no, no existía el ser humano. Se considera que tenía alma cuando era de sexo masculino a los 40 días y cuando era de sexo femenino a los 80 días

⁶² Pradilla Barnuevo, Francisco de la, *Suma de las leyes penales*, Madrid, 1639, pág. 10, citado en Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Notas para el estudio del homicidio en el derecho histórico español*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Humanidades de Madrid*, 72 (1986), pág. 562.

⁶³ *Partidas*, 4, 18, 18.

En cuanto a la legislación reguladora, el Fuero Real no se hace referencia al delito de aborto, pero en las *Partidas* se equipara al homicidio si existe ánimo de provocarlo y es penado con la muerte. Así, las *Partidas* sancionan con pena de muerte el aborto intencionado si el feto estaba vivo, y si no lo estaba se penaba con destierro por 5 años.

En los textos de la baja Edad Media catalanes y aragoneses no se recoge el aborto, pero todo hace suponer que se aplicaban los textos anteriores. La excepción es el derecho valenciano, ya que en los *Furs de Valencia* el aborto castiga con pena de muerte en la hoguera, y si se provocara por un tercero indirectamente y sin quererlo este deberá pagar una multa que se repartirá entre la mujer afectada y el Rey.

Asesinato

El asesinato empieza a diferenciarse del homicidio a partir de la *Pro humani redemptione*. Esta obra fue redactada por Inocencio IV en el año 1249 y se trata de una decretal que sanciona la conducta de matar por medio de otros, considerándose asesino al que mata y al que manda matar, los cuales son castigados con la misma pena. En su redacción se basaron en la creencia religiosa de que la muerte se produce en el cuerpo y en el alma, la cual queda fuera del goce de la vida eterna.

Como ya hemos visto antes, el homicidio agravado o asesinato se recogía en las *Partidas* como aquel cometido a traición o por medio de precio, el cual era castigado con pena de muerte⁶⁴. Se incluye dentro del título de los *desesperados*, en el que se fijan cinco clases de desesperamiento, en las que la quinta es el asesinato, al decir “*la quinta es de los asesinos, o de los otros traidores, que matan a furto a los omes por algo que les dan*”. En esta definición se ve la calificación del asesinato como la muerte por mandato o precio, y se sanciona con pena de muerte tanto al que la ejecuta como al que la encarga.

Además existían algunas circunstancias que se consideraban como homicidio agravado directamente, como dar muerte a los parientes hasta el cuarto grado, al que se le impone igual que el derecho romano la pena de *culleum*; el homicidio cometido mediante veneno; el causado a los miembros del Concejo o Alcaldes; y el que se comete ante el Rey, ya que atenta contra su honra y seguridad.

Durante el siglo XVI los autores no se interesan mucho por el asesinato y lo tratan de forma breve sin atribuirle importancia. Posteriormente, el asesinato ni siquiera se contempla en los textos legales, como es el caso del Ordenamiento de Alcalá, y no se vuelve a recoger en ellos hasta el siglo XIX.

En cuanto a la opinión de los principales autores de la época, cabe destacar la obra de Antonio de la Peña en la que se califica el asesinato como matar por dinero, y se encuentra en el mismo ámbito que la herejía, al decir que ambos delitos no prescriben⁶⁵. Otra opinión es la de Covarrubias⁶⁶, que en su obra *Opera Omnia* considera que el delito de asesinato no puede beneficiarse de la posibilidad de acogerse a la protección

⁶⁴ *Partidas*, 7, 27,1.

⁶⁵ López Rey y Arrojo, Manuel, *Un práctico castellano del siglo XVI, Antonio de la Peña*, Madrid, 1935, pág. 724, citado en Montanos Ferrín, Emma y Sánchez-Arcilla, José, *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, 1990, pág. 277.

de la Iglesia, ya que lo equipara al homicidio proditorio, es decir, a la traición, al tratarse de dar muerte a una persona con la que no se tiene enemistad. Sin embargo otro autor, Diego Pérez⁶⁷, en su obra *Glosa a las Ordenanzas Reales de Castilla*, niega esta identidad entre asesinato y traición.

Más adelante en el siglo XVII Farinaccio⁶⁸ en *Praxis et Theoricae Criminali* trata el asesinato en la *quaestio* 123, considerando como asesino al que mata por precio y al que manda el acto, siguiendo a la *Pro humani redemptione*.

⁶⁶ Covarrubias, Diego de, *Opera Omnia*, Zaragoza, 1853, págs. 667 – 669, citado en Montanos Ferrín, Emma y Sánchez-Arcilla, José, *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, 1990, págs. 278 – 280.

⁶⁷ Pérez, Diego, *Glosa a las Ordenanzas Reales de Castilla*, Madrid, 1779-1780, pág. 277, citado en Montanos Ferrín, Emma y Sánchez-Arcilla, José, *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, 1990, págs. 280 y 281.

⁶⁸ Farinaccio, Prospero, *Praxis et Theoricae criminalis*, Venecia - Roma, 1603-1639, *quaestio* 123, citado en Montanos Ferrín, Emma y Sánchez-Arcilla, José, *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, 1990, págs. 283 y 284.

6. ETAPA CODIFICADORA

La sociedad del Antiguo Régimen dividía en estamentos y organizada bajo el absolutismo se sustituyó a partir del siglo XVIII en Francia tras la revolución de 1789 y a partir del siglo XIX en el resto de Europa por una sociedad en la que se eliminaron las clases sociales y se estableció la igualdad jurídica de todos los ciudadanos.

Los principios liberales difundidos desde la Revolución Francesa se basaban en la soberanía nacional, en la que los ciudadanos por ellos mismos o por medio de sus representantes deciden su organización política, que es a lo que se le llama poder constituyente. Lo que se produce es un cambio en el sujeto titular de la soberanía nacional, que pasa de ser el Rey a ser el pueblo.

Además se basa en la idea de que los ciudadanos deben tener unos derechos fundamentales, como la seguridad personal y jurídica, la propiedad y la libertad. Otro principio base de la sociedad liberal es la división de poderes, según esta cada órgano ostenta un poder y la normalmente seguida es la clasificación de Montesquieu, que los divide en poder legislativo, el que promulga las leyes; poder ejecutivo, la fuerza organizada del Estado que ejecuta las leyes; y poder judicial, el que se encarga de castigar los delitos de acuerdo con las leyes.

Como expresión de la soberanía popular surgen las Constituciones, leyes que regulan los derechos y deberes de los ciudadanos y la organización del Estado.

El eco de la Revolución Francesa de 1789 que supuso el fin de la monarquía absoluta en el país se extendió por los demás países europeos y entre ellos España, sobretudo de los principios políticos y jurídicos. En España la primera fase revolucionaria se inició con la Constitución de Cádiz de 1812, una Constitución que provenía de unas Cortes titulares de la soberanía nacional y que recogía la división de poderes. Esta Constitución se considera la primera liberal de España, sin embargo en 1814 se volvió a la monarquía y no es hasta 1837 cuando se da un paso más y se transforma el régimen jurídico de la propiedad de la tierra, destruyendo el régimen señorial, y se promulga una Constitución progresista. Posteriormente se fueron alternando textos constitucionales progresistas y moderados según el partido político que ostentara el poder.

En el resto de Europa los primeros Códigos Penales aparecen a finales del siglo XVIII, esta proliferación de la codificación surge como consecuencia del pensamiento racionalista, basado en la idea de deducir de la razón un derecho universal aplicable a todos los países, ya que con el paso de los años existía una legislación confusa, dispersa y en algunos casos hasta contradictoria y se quería alcanzar una regulación sistemática que no cayera en el casuismo. Los primeros principios que se recogieron en estos Códigos fueron el cambio de las penas arbitrarias por unas establecidas para cada delito, la supresión de los privilegios estamentales para alcanzar la igualdad y la dignificación de las sanciones, humanizando las penas.

Además, el derecho que buscaban los racionalistas debía ser un derecho completo, que diera seguridad jurídica a los ciudadanos, por lo que fue impulsado por la burguesía que necesitaba un nuevo sistema jurídico unificado que fuera adecuado a sus intereses.

En España el primer Código Penal fue el de 1822, tras el cual estuvo vigente el derecho penal de la monarquía absoluta, hasta el año 1848 cuando se redactó un nuevo Código Penal que constituyó la base de nuestro Código actual, sobretudo en su estructura, sin embargo, este era conocido como cruel ya que establecía la pena de muerte con mucha frecuencia. En 1850 y 1870 tuvieron lugar dos reformas, la primera castigó más

severamente algunos delitos políticos y penó los actos preparatorios, la segunda fue destinada más bien a acomodar el orden penal a los principios de la Constitución del momento. En 1928 con la dictadura de Primo de Rivera se redactó otro Código considerado nefasto por algunos autores, por lo que en 1931 y con la proclamación de la República se sustituyó por el anterior Código reformado en 1870 que fue reformado de nuevo en 1932 para incluir la supresión de algunos delitos y corregir errores técnicos.

6.1 HOMICIDIO

A continuación vamos a ver los distintos Códigos Penales que regularon el delito de homicidio a lo largo de los años:

Código Penal 1822

El Código Penal de 1822 diferencia entre homicidio simple y homicidio premeditado.

El homicidio simple se regula en el artículo 618 y se pena con 15 a 25 años de trabajo en obras públicas, sustituyéndose la pena anteriormente establecida en la Novísima Recopilación que era la de muerte.

En esta regulación se presupone la existencia de premeditación y dolo, por lo que el actor tendrá que probar que no tenía la intención de causar la muerte en el caso de homicidio involuntario⁶⁹.

La noción de homicidio premeditado en este Código se recoge en el art. 605, según el cual es el homicidio cometido con la intención y voluntariedad de matar a una persona. En el artículo 607 se le diferencia del homicidio voluntario, siendo este último el que tiene lugar cuando media previa provocación, ultraje u ofensa; por peligro o deshonra grave contra sí mismo o contra otra persona que le interese; por robo, escalamiento o incendio de una propiedad; por impedir un delito grave; por detener a quien haya cometido un delito grave; y cuando de las circunstancias del suceso se desprenda que el homicida no quiso causar la muerte.

En el Código Penal de 1822 se recogen también circunstancias o situaciones en las que la pena se veía atenuada, exactamente en los artículos del 619 al 623.

El primero de ellos, el artículo 619 establece esta atenuación cuando el padre, abuelo o marido, mata a su hija, mujer o nieta en el caso de que estas fueran sorprendidas en acto carnal. Pues bien, aquí se entendía que el hombre habría ejercitado el homicidio para mantener su honor, y la pena se reducía de 6 meses a 2 años de prisión y destierro de 6 a 2 años. La misma regulación se extiende al supuesto de que la mujer fuese hijastra, nuera o hermana.

También se encuentra en las situaciones atenuantes de la sanción el supuesto de la muerte de un agresor o un ladrón que entre en la morada, o de un provocador que previamente hubiera cometido injuria u ofensa grave contra el agresor.

Por otro lado, las eximentes se recogen en el artículo 621 y son la legítima defensa o la defensa de otra persona contra una agresión injusta, la muerte al agresor nocturno que invade una propiedad, la defensa de la familia, la defensa de la casa frente

⁶⁹ Código Penal de 1822, artículo 608.

al ladrón, la defensa de la libertad propia o de otra persona contra quien intente arrebatársela, y cuando se mata para evitar la comisión de un delito grave.

Este Código de 1822 sigue la regulación del Code Penal Francés y el Código Penal de Cerdeña introduciendo la figura del asesinato tanto en los homicidios con precio como en los alevosos, y en los llevados a cabo por medio de sicarios. Así, se exige que además de la voluntariedad, premeditación e intención de matar, concurra alguna de las circunstancias del art. 609 que veremos más adelante. Además el artículo 611 considera también asesinato el homicidio llevado a cabo para encubrir un robo o para cometerlo, y el artículo 612 considera homicidio agravado el parricidio.

Por último y en relación con las armas de fuego, tanto en este Código de 1822⁷⁰ como en la Novísima Recopilación⁷¹ se presume *iuris et de iure* que existe la intención de matar.

Código Penal de 1848

El Código Penal de 1848 en su artículo 324 trata conjuntamente el homicidio cualificado o asesinato y el homicidio simple, e incluye como novedad el delito de auxilio al suicidio, diferenciando entre el simple auxilio que es la provisión de los medios para llevarlo a cabo y la ejecución del acto.

La pena que establece el artículo 324 para el homicidio simple es la pena de reclusión de 12 a 20 años y la pena de cadena perpetua a muerte para el homicidio cualificado.

En el artículo 325 se regula otro tipo distinto de homicidio, el homicidio en riña, en el cual si consta quienes causaron las heridas mortales se impone a todos ellos la pena de 7 a 12 años de prisión, y si no constara el culpable se pena con prisión de 4 a 6 años a todos los implicados.

Otros Códigos Penales posteriores

En el Código Penal de 1870, que como vimos se trata de una reforma, se sigue la misma línea que los anteriores, pero como elemento llamativo, no exige un dolo perfecto, sino que basta con que se utilicen medios que en una situación natural pueden dar lugar a la muerte de un hombre. Además, el parricidio, homicidio y asesinato se regulan en capítulos independientes, estructura que seguirá también el Código de 1928, el cual suaviza las penas para el homicidio simple, aplicando la de 8 a 20 años de prisión.

Más adelante, el Código Penal de 1932 vuelve a unir el parricidio, asesinato y homicidio en un solo capítulo convirtiéndose estos en homicidios cualificados, distinción que se va a seguir en el Código de 1944 y en el Proyecto de Código Penal de 1980.

En cuanto a las penas, el Código de 1932 establece pena de reclusión menor en su artículo 423, ya que se suprime la pena de muerte, siguiendo el de 1944 la misma regulación, castigando con pena de prisión de 12 a 20 años.

⁷⁰ Código Penal de 1822, artículo 608.

⁷¹ Novísima Recopilación, 12, 21, 12.

Por último, el Proyecto de Código Penal de 1980 reduce las penas y hace desaparecer el homicidio en riña tumultuaria.

6.2 RESTO DE DELITOS RELACIONADOS CON EL HOMICIDIO

Parricidio

En el primero de estos Códigos, el Código Penal de 1822, se distinguía entre parricidio propio e impropio. El parricidio propio se regulaba en el artículo 613 y consistía en matar a los padres, abuelos o ascendientes. El parricidio impropio se regulaba en el artículo 612 y consistía en matar a los hermanos, hijos y descendientes. Como atenuante en este Código se recoge el derecho de corrección de los padres o abuelos, sancionándose como homicidio involuntario si los hijos o nietos mueren a consecuencia de ejercer este derecho. Si el *ius correctionis* se da respecto de siervos o discípulos no cabe la atenuante según establece el artículo 625.

Posteriormente, el Código Penal de 1848 como novedad introduce la extensión de consideración de parricidio al parentesco civil por adopción y se condena a muerte si hay premeditación o ensañamiento⁷².

Más adelante el Código Penal de 1928 vuelve a la distinción entre propio e impropio y en el de Código Penal de 1932 se simplifica a un tipo único.

Por último el Proyecto de Código Penal de 1980 suprime la pena de muerte y sanciona el parricidio con pena de 15 a 20 años de prisión, la cual se elevaría en caso de agravante.

Aborto

En cuanto al delito de aborto, el Código Penal de 1932 distingue entre aborto consentido y no consentido por lo madre en el artículo 639, y además como elemento llamativo, se sustituye la pena de muerte aplicada hasta entonces por la reclusión, quedando regulado de manera que el aborto realizado por un tercero y con intención se castigaba con prisión de 6 a 10 años si se hacía contra la voluntad de la mujer, y si por el contrario se hacía con el consentimiento de esta la pena se rebajaba de 4 a 8 años de prisión.

Por otro lado, añade la consideración como delito agravado si se realiza por un cirujano o matrona, a los que se les sanciona con hasta 14 años de trabajos forzados en obras publicas e inhabilitación para el ejercicio profesional.

En el Código Penal de 1848 se le dedican cuatro artículos en los que se diferencian las posibles conductas, y son los siguientes:

- Artículo 328: aborto realizado con dolo, por un tercero, ya sea con o sin consentimiento de la madre.
- Artículo 329: aborto causado violentamente.
- Artículo 330: mujer que consiente o se causa el aborto influenciada por la *causa honoris*.
- Artículo 331: facultativos que realizan prácticas abortivas.

⁷² Código Penal de 1848, artículo 323.

Posteriormente, en los Códigos de 1850, 1870 y 1928 se va a seguir la regulación anterior, hasta llegar a la reforma del de 1932 el cual rebaja la pena al aborto si es causado por la propia embarazada, penándose con un mes de arresto si lo hace para ocultar su deshonra.

En el Código Penal de 1944 y con la influencia de la Ley de Protección de la Natalidad de 1941, se castigaba cualquier conducta abortiva o tendente a destruir el producto de la concepción del vientre materno en los artículos 411 a 417. El artículo 412 sancionaba incluso la divulgación de propaganda anticonceptiva y castigaba al aborto realizado con consentimiento con prisión de 6 años y 6 meses, y al realizado sin consentimiento con prisión de 6 a 12 años.

También sancionaba a los médicos, farmacéuticos y matronas que causaran el aborto o cooperaran en él con inhabilitación profesional y multa en los artículos 415 y 417.

Finalmente, en el Proyecto de Código Penal de 1980 se introducen grandes novedades respecto a los textos anteriores, la principal es la supresión la *causa honoris* como figura privilegiada.

Infanticidio

En el Código Penal de 1822 se regula el delito de infanticidio en el artículo 612 como excepción del parricidio, castigándose con 15 a 25 años de cárcel y destierro perpetuo si la mujer que lleva a cabo el delito fuera de buena fama, si no lo es, se castiga con pena de muerte. Este tipo solo va a afectar a mujeres viudas o solteras, no contemplándose el supuesto de mujer casada adúltera.

Para conseguir una atenuación en la pena se debe demostrar que no se ha podido dar al hijo a ningún hospicio, que la muerte la ejecutara antes de pasar 24 horas desde el parto, y que se tratara de una mujer de buena fama y no corrompida teniendo el crimen por finalidad ocultar su fragilidad o debilidad, donde vuelve a entrar la atenuante de la *causa honoris*.

La situación cambia en el Código Penal de 1848, donde se recoge en el artículo 327 y ahora como tipo independiente del parricidio. Las diferencias mas notables con el Código Penal de 1822 son dos principalmente, la primera que no se distingue entre mujer soltera, casada o viuda, y la segunda tiene que ver con las circunstancias atenuantes, ya que en este Código no se exige que sea mujer de buena fama, el plazo para ejecutar la muerte se amplía hasta 3 días desde el parto, y no hay que probar el no haber podido dar al hijo a un hospicio.

La atenuante que sí se establece en este artículo 327 es la atenuante de la madre que mata a su hijo si lo hace para ocultar la deshonra, castigándola con prisión menor de 4 a 6 años, además se incluye el supuesto de que el infanticidio lo lleven a cabo los abuelos maternos, es decir, los padres de la mujer para ocultar la deshonra de esta, en cuyo caso la pena aplicada es la de prisión mayor.

Durante la Reforma del Código Penal llevaba a cabo en 1870 se reforma el artículo 327 anterior y se determina como delito de parricidio la muerte a un recién nacido ejercida por otro miembro de la familia que no sea ni la madre ni los abuelos, y como delito de asesinato si lo hace un extraño, ya que concurriría alevosía. Aparece una regulación más tolerante que la del Código de 1848, al pensarse con 2 a 6 años de prisión.

Por último, el Código Penal de 1932 sustituye el plazo de 3 días por el término “recién nacido”. Con el Proyecto de Código Penal de 1980 se mantiene el infanticidio como figura privilegiada dentro del homicidio y el móvil pasa de ser la *causa honoris* a ser “*la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento*”.

Asesinato

A finales del siglo XVIII y principios del XIX se vuelve a la interpretación del delito de asesinato de la época medieval, destacando autores como M. Gutiérrez⁷³ y su obra *Práctica criminal de España*, que sigue fielmente las *Partidas* en cuanto a la consideración del asesinato como delito.

Lo más importante a destacar en el delito de asesinato es que el Código Penal de 1822 enumera en su artículo 609 por primera vez las situaciones en las que existe asesinato, situaciones que coincidieron en los siguientes Código hasta el actual, las cuales son:

- Llevar a cabo la muerte en virtud de dones o promesas.
- Existencia de previa asechanza o empleo de cualquier medio insidioso para sorprender a la víctima.
- Con alevosía o traición y sobre seguro, aprovechando un momento en el que la víctima se encuentre insegura o indefensa, como mientras duerme, y privándola de la razón y fuerzas.
- Mediante uso de venenos.
- Con explosión o ruina de materiales y con fuego.
- Con tormentos o actos de crueldad.
- Con la intención de cometer otro delito.

Cuando ocurrían algunas de estas circunstancias, el artículo 610 presumía *iuris et de iure* que el asesinato era premeditado.

⁷³ Gutiérrez, José Marcos, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1824, pág.51, citado en Montanos Ferrín, Emma y Sánchez-Arcilla, José, *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, 1990, pág. 293.

7. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN ACTUAL

Después de todo el recorrido que hemos visto, la regulación actual a la que se ha llegado es a la de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la cual incluye el delito de homicidio en el Título I del Libro II, llamado “Del homicidio y sus formas”, dentro de los delitos contra la vida humana independiente.

Para tipificar el delito de homicidio actualmente la teoría más utilizada y extendida en la doctrina y la jurisprudencia es la teoría de la imputación objetiva, la cual establece que para que el resultado se imputable a un sujeto, es necesario que exista un nexo causal entre la acción y el resultado producido.

El tipo básico del delito de homicidio se encuentra regulado en el artículo 138 de esta ley y se define como el homicidio doloso, al cual se le aplica la pena de prisión de 10 a 15 años, pero se recogen además otras figuras: el homicidio imprudente del artículo 142, el asesinato del artículo 139, la inducción y cooperación necesaria al suicidio y el homicidio a petición, ambos contenidos en el artículo 143.

El homicidio imprudente en la Alta Edad Media se preveía en algunos fueros respecto a los cirujanos o médicos, pero se definía más bien como negligencia profesional. En la actualidad la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1999⁷⁴ define tal imprudencia como “*el incumplimiento de la diligencia que es exigible al menos atento de los hombres, por omitir en el desarrollo de la conducta todas o las más elementales precauciones que eran obligadas*”.

En cuanto al asesinato, las primeras regulaciones como homicidio agravado se recogen en la Lex Cornelia, aplicándose a los homicidios cometidos por bandas organizadas o “*sicariis*”, y posteriormente, a finales de la Edad Media, y sobre todo en la etapa codificadora se establecen unos criterios y circunstancias que determinan que el homicidio sea calificado como agravado o asesinato. En nuestro Código actual se regula en el artículo 139 y enumera también como las fuentes anteriores unas circunstancias específicas que se consideran merecedoras de una especial severidad en la sanción. Estas circunstancias son: la alevosía, el precio, recompensa o promesa, y el ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima, y la pena a aplicar cuando existe alguna de estas circunstancias es de 15 a 20 años de prisión⁷⁵. Además, el artículo 140 establece que cuando concurren varias de esas circunstancias al mismo tiempo la pena se agravará y será de 20 a 25 años de prisión.

Pero como hemos visto, existían delitos que se asimilaban al homicidio en algunas épocas, estos delitos son el parricidio, el infanticidio y el aborto.

En relación con el parricidio, en nuestra regulación actual desaparece, por lo que no resulta relevante que exista entre los sujetos activo y pasivo, es decir, víctima y homicida, ninguna relación de parentesco, aunque sí que se apreciaría una agravante, la agravante mixta de parentesco.

⁷⁴ STS (Sala de lo Penal) 25/1999 de 18 de enero, RJ 1999/236.

⁷⁵ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 139.

La siguiente figura que se ha visto es el infanticidio, íntimamente ligado a la *causa honoris*. Este delito ha experimentado una gran evolución, ya que en algunas épocas como la romana estaba permitido amparándose en el *ius vitae ac necis* de los *patres familias* sobre sus hijos, en el derecho canónico era sancionado con excomunión y destierro y más adelante se penaba como un homicidio y se le aplicaba la pena de muerte en algunos casos. Pues bien, en la regulación actual el infanticidio se trata conforme a las reglas generales, pero valorando si existe alguna atenuante para la mujer como consecuencia de su estado físico y mental tras el parto.

Por último, se encuentra el delito de aborto. Durante la época romana el aborto no se castigaba duramente, al contrario, era una práctica habitual en la sociedad ya que no se consideraba al feto como persona, fue a partir del siglo III, con la influencia del cristianismo y de la Iglesia católica cuando se consideraba al nasciturus como persona y se empezó a castigar el aborto duramente, equiparándose en el Concilio de Elvira al homicidio voluntario⁷⁶ y penándose con la muerte en las Partidas.

En la etapa de la codificación la legislación más llamativa es el Código Penal de 1944, el cual, heredero de la Ley de Protección de la Natalidad de 1941 castiga todas las conductas abortivas.

Nuestro Código actual lo que recoge es un sistema de plazos, a partir de la LO 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Si se produce el aborto dentro de los plazos establecidos y dentro de los casos contemplados en esta ley no será castigado. La ley establece el derecho de la mujer de abortar hasta la decimocuarta semana de embarazo, y la interrupción por causas médicas cuyo plazo es hasta las veintidós semanas.

En el Código, el artículo 144 establece la pena de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación para quien realice un aborto a una mujer sin su consentimiento. Además en el artículo 145 se castiga con 1 a 3 años de prisión a quien realice el aborto aun con consentimiento de la mujer fuera de los plazos y casos establecidos anteriormente, y con multa de 6 a 24 meses a la mujer que produzca su aborto o permita que alguien lo lleve a cabo fuera de esos casos.

⁷⁶ Concilio de Elvira, canon 63.

8. CONCLUSIONES

La idea principal y fundamental a la que he llegado es la gran diversidad y evolución de la forma de regular y de la forma de establecer las penas el delito de homicidio y sus figuras afines desde los principios del derecho hasta lo establecido en nuestra regulación actual, y en la forma de definir las conductas que se incluirían dentro de la conducta típica del delito.

La visión histórica del delito me ha permitido junto a la anterior, sumar otras conclusiones tales como que del derecho de los pueblos prerromanos no se tiene mucho conocimiento pero por lo que ha llegado hasta nuestro días se puede concluir que se trataba de una sociedad que se regía por costumbres y, el hecho de que no se conocen fuentes donde se recopilaran estas no significa que no existieran ya que puede ser también que se tratara de costumbres tan arraigadas que no se necesitara plasmarlas por escritos.

En los tiempos del derecho romano ya se encuentra la definición del homicidio el cual es considerado literalmente como “la muerte causada a un hombre”. Lo destacable en esta época es que el homicidio se trataba desde el punto de vista de la familia y existía incluso un derecho del *pater familias* de dar muerte a sus hijos, el *ius vitae ac necis*, recogido en la Ley de las XII Tablas, el cual no fue limitado y castigado hasta la Constitución de Constantino que aparece en el Código de Justiniano, castigando la conducta de matar a un hijo.

Además, hay que recordar la legislación de la Ley Numa, la cual permitía el ejercicio de la venganza de sangre por parte de los familiares de la víctima.

Más adelante en el derecho visigodo se siguen las regulaciones romanas pero introduce grandes novedades, como que se niega rotundamente el *ius vitae ac necis* y a partir del Concilio de Elvira se distingue entre homicidio voluntario y no voluntario, u homicidio voluntario y casual.

Durante la Alta Edad media la característica general es la gran dispersión normativa y la existencia de una técnica jurídica inexacta y nada uniforme ya que las regulaciones de los fueros son muy distintas según el territorio, en algunos se pena el delito de homicidio con la pena capital o pena de muerte, en otros con el simple pago de una caloña o indemnización a los familiares de la víctima, o con el destierro o la declaración de enemistad, y en algunos casos combinándolos para el caso de que el actor sea insolvente y no pueda pagar la caloña. Esto llevó a una necesidad de controlar la proliferación de fuentes para crear una norma unificadora que fuera utilizada en todos los territorios, causando así la aparición de una nueva etapa en la historia del derecho dedicaba a esta tarea.

Más adelante con las *Partidas* y después durante la Edad Moderna la gran novedad es que se va a diferenciar entre homicidio doloso, es decir que se lleva a cabo con la intención de matar, homicidio culposo, en el que existe culpa pero no el animo de matar, y el homicidio causal, el cual ocurre por caso fortuito y en el no concurre ni dolo ni culpa.

A partir del siglo XIX los Códigos Penales intentan coordinar todo el derecho existente hasta entonces y se difunden los ideales racionalistas y liberales, dando lugar a regulaciones en las que las sanciones se humanizan y dignifican. Así es como se llega a la regulación actual, una regulación basada en el respeto a los derechos humanos y en la igualdad de todos los ciudadanos.

9. BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Planas, Javier y Montes Salguero, Jorge, *Manual de historia del Derecho y de las Instituciones*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2004.

AAVV, *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias con motivo de sus boda de oro con la enseñanza*, Tomo III, Madrid, 1983.

Cobo del Rosal, Manuel, *Derecho Penal español: parte especial*, Editorial Dikinson, Madrid, 2005, págs. 2 - 61.

De las Heras Santos, José Luis, *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991.

Herrera Puga, Pedro, *Sociedad y delincuencia en el Siglo de Oro*, Madrid, 1974.

Listz, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, con la inclusión de la "Historia del derecho penal español" de Q. Saldaña, Madrid, 1926, vol. I.

Martínez Ruíz, Enrique, *La delincuencia contemporánea. Introducción a la Delincuencia Isabelina*, Universidad de Granada, 1982.

Mommsen, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Editorial Temis, Bogotá (Colombia), 1991.

Montanos Ferrín, Emma y Sánchez-Arcilla, José, *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, 1990.

Morán Martín, Remedios, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, Tomo I, Parte Teórica, Editorial Universitas, Madrid, 2002.

Roldán Verdejo, Roberto, *Los delitos contra la vida en los Fueros de Castilla y León*, Universidad de La Laguna, 1978.

Sainz Guerra, Juan, *La evolución del derecho penal en España*, Universidad de Jaén, 2004.

Sánchez-Arcilla Bernal, José, "Notas para el estudio del aborto en el derecho histórico español" en Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 8 (1986), págs. 13-39.

Sánchez-Arcilla Bernal, José, "Notas para el estudio del homicidio en el derecho histórico español" en Revista de la Facultad de Derecho y Humanidades de Madrid, 72 (1986), págs. 513-571.

Santalucía, Bernardo, *Derecho Penal Romano*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

Torres Aguilar, Manuel, *El parricidio. Del pasado al presente de un delito*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.

Trinidad Fernández, Pedro, *La defensa de la Sociedad. Cárcel y delincuencia en España (Siglos XVIII-XX)*, Madrid, 1991.