

LA DEFENSA DE LA VIDA HUMANA EN LA REFLEXIÓN DE SOLÓRZANO PEREIRA (SIGLO XVII) Y DE BECCARÍA (SIGLO XVIII)

JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ/BEATRIZ GARCÍA FUEYO

Presentamos algunas consideraciones histórico-jurídicas, en el binomio “poder y derecho”, a partir de los postulados de dos legistas de la Edad Moderna, uno español y otro italiano, que, en sus respectivos ámbitos de especialización y territorios europeos a los que pertenecieron, son hitos altamente relevantes por sus aportaciones científicas, dada la trascendencia ulterior de sus elaboraciones.

Un comentario anónimo de las *Instituciones* justinianeas del siglo XVII ⁽¹⁾ recordaba que la justicia distributiva tenía por objeto todo lo concerniente a la república para que se asignaran a los ciudadanos, en base al principio universal de igualdad, tanto los premios como los castigos ⁽²⁾, en línea con el principio de proporcionalidad, ligado al *ius puniendi* y como uno de sus límites ⁽³⁾.

⁽¹⁾ *In quatuor imperialium Institutionum libros*. Siglo XVII. Sign. BN. Madrid. Mss. 8443. p. 1.

⁽²⁾ “*Titulus primus. De Justitia et Jure. Justitia quae proprie Jurisprudentiae est definitur hic in fronte tituli Constans et perpetua voluntas jus suum unicuique tribuendi: Haec definitio debet intelligi de Justitia in abstracto et quatenus virtus est non in concreto et quatenus homini inhaeret. Dividitur in distributivam et commutativam. Prima versatur circa ea quae ad Rempublicam pertinent equaliter dividendo, sive praemia sint sive penae. Commutativa, circa equalitatem in contractibus Servando, ut jus suum unicuique integrum maneat. Ibid., p. 2: Tandem, in paragrapho finali Institutionum duas esse praecipuas partes innuit circa quas jus istud versatur una quae Publicum jus dicitur altera quae privatum. Publicum est quod versatur principaliter circa ea sine quibus nec constitui, nec stare iam constituta incolumis Civitas potest. Privatum quod ad singulorum utilitatem principaliter pertinet. Primum versatur circa Sacra, Sacerdotes, Ecclesiam, Magistratus etc.*”.

⁽³⁾ El TC español ha acogido y aplicado dicho principio en las SSTC de 28 de marzo de 1996 y 2 de octubre de 1997, que en su sentido estricto, porque “la gravedad de la pena ha de ser igual a la gravedad del hecho antijurídico”, o en otro enfoque “la proporcionalidad ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por el Derecho penal”, de modo que, como señala el TC, “se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena”, o en otras palabras, “la necesaria proporción entre la gravedad del hecho concreto cometido y la pena aplicada al autor”.

Paralelamente, un legista portugués anónimo, de la misma centuria, al examinar algunos institutos jurídicos del *Ius Civile* romano, objetos de recepción en el Derecho regio portugués ⁽⁴⁾, lleva a cabo un discurso acerca de la regla “*vim vi repellere licet*” ⁽⁵⁾, para concretar su ámbito de ejercicio.

Atendiendo a su alcance, no duda en señalar que llegaba hasta el extremo de otorgar poder al ciudadano ⁽⁶⁾ para matar legalmente al adversario, detallando

⁽⁴⁾ Señala Cavaleiro Ferreira, en su *Direito Penal português*, t. I, p. 325, que el homicidio practicado en legítima defensa, “*necessária defensao*”, venía cualificado en las Ordenações Filipinas (de Felipe III rey de España) como homicidio necessário. Citado por REGIS PRADO, L., *Curso de Direito penal brasileiro*, vol. I. Parte geral, art. 1.º a 120, 6.ª ed. rev., at. e ampl., Sao Paulo, 2006, p. 389, nota 40.

⁽⁵⁾ D. 43, 16, 1, 27. Ulpiano lib. 69 ad edictum. Se trata de un fragmento del jurisconsulto de los Severos, que refiere un *responsum* del jurista Casio Longino, del primer siglo del Principado, a tenor del cual es lícito rechazar la violencia con violencia, porque se trata de un “*ius*” que se funda en la naturaleza, y por tratarse de un orden natural resulta lícito rechazar las armas con las armas: *Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere*. En consonancia con ese fundamento derivado de la naturaleza tenemos D. 9, 2, 45, 4. Paul. lib. 10 ad Sabinum, matizando los límites o alcance y destinatario de la respuesta violenta: ...*Vim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt... illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit*. Se trata de un principio jurídico fundamental, en virtud del cual es lícito una respuesta violenta a la violencia ajena, de modo que en Derecho romano no existía ilicitud en esa conducta. Dicho postulado ha pasado al Derecho positivo italiano, tanto en el ámbito penal, como causa de no punibilidad de delito, art. 52 CP, o como causa de no imputabilidad del daño producido con la reacción, art. 2044 del Cc de 1942. *Vid. Dizionario giuridico romano*, ed. giuridiche Simone, Napoli 2000, p. 521, s. v. *vim vi repellere licet*. Recuerda Santos Justo que se trata de la autodefensa, que “*nunca deixou de ser admitida pelo Direito Romano sendo, alias, considerada una institucao do direito natural*”, que consiste en la facultad de repeler con violencia cualquier agresión antijurídica, como aparece en la defensa de la posesión: D. 43, 16, 1, 27 y C. Iust. 8, 4, 1. SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano*, t. I, 5.ª ed., Coimbra 2011, pp. 235-236. Volterra entiende que durante toda la República la autodefensa no fue considerada un crimen, y tampoco sancionada con penas públicas y privadas, a pesar de la percepción que tenían los ciudadanos que su ejercicio implicaba una perturbación de la paz social y alteración del ordenamiento jurídico, como se comprueba en Cicerón, *De legibus* 3, 18, 42: *Nihil est tam contrarium iuri ac legibus, nihil minus et civile et humanum quam composita et constituta re publica quicquam agi per vim*. La denominada justicia privada defensiva o de resistencia, que tuvo como finalidad el mantenimiento del *statu quo* en el goce del propio derecho no estuvo prohibida en Derecho romano, lo que explicaría la licitud otorgada al poseedor de rechazar con violencia la que ejercitara otra persona contra él para quitarle la posesión de la cosa (*vim vi repellere licet*), siempre que no exceda de la actividad necesaria para defender la posesión actual (*cum moderamine inculpatae tutelae*). VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*. Roma, rist. 1972, pp. 197-199.

⁽⁶⁾ Excede notoriamente de esta comunicación hacer un *excursus* sobre la auto-tutela o auto-ayuda en la protección de los derechos que rigió en Roma durante los primeros siglos, a causa de la poca consistencia del Estado; en los primeros tiempos, el individuo ofendido actuaba directamente contra el que le causó la lesión física o patrimonial, de cuya actividad hay huellas en el siglo V a. C., cuando el Estado se arroga la función sancionadora, limitando o regulando la

algunas de sus limitaciones y aplicaciones prácticas, por lo que afectaba a los objetos dignos de protección, a las personas protegidas y circunstancias del supuesto de hecho contemplado en dicha regla:

Vim vi repellere licet. 1.º Por defensa da vida e corpo permite ordinamento natural recebido pellas leis civeis *et canonicas, alium vulnerare et occidere...* Esta defensa con morte do agresor nai tem peccado... 2.º E por la defensa da fazenda permite Ordinamento *alium vulnerare et occidere...*

reacción del particular, y ulteriormente poniendo a disposición de los individuos los medios idóneos para la solución pacífica de las disputas, absorbiendo finalmente la aplicación de sanciones y la decisión de las controversias sobre las titularidades jurídicas y su posible violación, con reserva, todavía en la República, a favor de los patresfamilias de ciertos ámbitos relativos a la venganza en caso de ofensas recibidas, incluso con la ejecución física sobre la persona del deudor condenado, o en caso de delitos, hasta la ley de Talió, si no hubo *compositio* pecuniaria, o incluso a la pena de muerte del ladrón, bien nocturno bien diurno *qui se telo defendit*. No obstante, fueron casos muy concretos, ya que la función protectora de los derechos fue absorbida por el Estado de modo progresivo, y llevó a una evolución, que ya se observa en el formulismo procesal de la *legis actio sacramento in rem* o en el rito de la emancipación, por citar dos supuestos bien conocidos. Desde el siglo I a. C., primero con una *lex Cornelia* y poco después con la *lex Plautia de vi*, seguida por las *leges Iuliae de vi publica et privata* (cf. D. 50, 17, 152 pr. Ulpianus lib. 69 ad edictum: *Hoc iure utimur, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae aut in vis privatae crimen incidat*) se produjo un cambio radical, al prevenirse el crimen, en el cual se incurría cuando la violencia era pública o privada, es decir, abarcaba todo lo que se hacía mediando violencia, como el acreedor que usa la violencia para cobrarse la deuda, sancionado con la pérdida del derecho, aunque el emperador Marco Aurelio amplió el concepto de violencia privada de la *lex Iulia*, para incluir la violencia ejercitada no solo hiriendo a una persona, sino consiguiendo un objeto sin utilizar la *actio* del proceso. Excepcionalmente cupo, durante el período clásico, el recurso legítimo del ciudadano a la *vis privata* en la defensa de un derecho subjetivo, como parece desprenderse del responsum de Calístrato, D. 48, 7, 7. Callistratus lib. 5 *de cognitionibus*, al considerar que se incurre en violencia cuando alguien busca por una vía diferente a la del procedimiento lo que estima que le es debido. Este planteamiento vino finalmente acogido por los compiladores justinianeos, con remisión del ciudadano al ámbito procesal para conseguir la defensa del derecho quebrantado (*Non videtur vim facere, qui suo iure utitur et ordinaria actione tenetur*: D. 50, 17, 155. Ulpianus lib. 70 ad edictum). No podemos olvidar que durante la República estuvo plenamente vigente el poder absoluto del paterfamilias sobre sus hijos, y llega con el *ius vitae et necis* hasta su desaparición con Constantino (C. Iust. 8, 46, 10. Imp. Constantinus A. ad Maximum pu. *Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas olim erat permissa, eripere libertatem non liceret*. D. XV kal. Iun. Thessalonicae Severo et Rufino cons. Año 323 = C. Th. 4, 8, 6. 18 de mayo del año 323 = Brev. III, 8, 2, en cuyo texto se recuerda que se castiga al padre con la *poena cullei*, prevista para el parricidio: Imp. Constantinus ad Maximum p. u. *Libertati a maioribus, tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas permissa est, eripere libertatem non liceret*), si bien tuvo límites en Derecho clásico gracias a la “*humanitas*” de los emperadores del siglo II, desde Trajano y Adriano hasta los Severos, como indica el texto de Ulpiano D. 48, 8, 2. Ulpianus lib. 1 *de adulteris*. Vid. A. TORRENT, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, p. 1477.

3.º Por las mismas leis es licito por defensa da honra fazer mesmo *quando periculum famae et honoris aequiparantur periculo vitae*... 4.º Eo mesmo he tambem *si immineat periculum alicuius iniuriae personalis quando licite poterit quis pro evitando periculo praedictum aggressorem inficere*... 5.º *Et ad praedictam defensionem sufficit terror armorum*... 6.º E ao menos *quod quis provocatus fuerit conducit ut mitius agatur cum meo*... ⁽⁷⁾.

Como referencia de la doctrina europea, sirva la exposición de Carerius ⁽⁸⁾, quien en el siglo XVI afirma que el homicidio es “*illicita seu iniusta ad mortem caesio hominis*”, y por consiguiente punible, aunque en ocasiones no está castigado, a pesar de que siga calificándose de homicidio, porque no hay “*iniusta caesio*”, y lo justifica paladinamente en términos que eran válidos en Derecho romano, pero también en el Derecho actualmente vigente dentro de los países que conforman el mundo civilizado occidental: “*nam occidens ad necessariam defensionem, si absque discrimine vitae aliter evadere non potest nisi occidendo, non dicitur iniuste facere*”, por lo cual entonces sería muerte “*licita et iusta*” frente al crimen, que implica una “*occisio illicita seu iniusta*”, con fundamento en dos conocidos fragmentos romanos: C. Iust. 8, 4, 1. Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Theodoro ⁽⁹⁾, y D. 1, 1, 3. Florentino lib. primo institutionum ⁽¹⁰⁾.

Los códigos penales del siglo XIX acogieron estos postulados en los artículos codificados, como vemos en el napoleónico de 1810, arts. 328 ⁽¹¹⁾ y

⁽⁷⁾ AAVV. En su mayor parte anónimos. *Apuntes e informes de derecho*, siglo XVII. Sign. BN. Madrid., Mss. 9425, del Conde de Miranda (en latín y portugués), fols. 88v-89r. Sobre el Derecho criminal histórico portugués, especialmente lo relativo a las ordenações alfonsinas, manuelinas y filipinas, cuyo libro 5.º se ocupa del aspecto sustantivo y adjetivo, aunque carece de parte general, dedicando una abundante casuística a los delitos en particular, *vid.*, CORREIA, E., *Direito criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I. Reimpr., Coimbra, 1968. pp. 101-106. La reciente reimpresión de las Ordenações por la Fundación Gulbenkian, permiten su fácil consulta: *Ordenações manuelinas*. Nota de apresentação M. J. de Almeida Costa. 5 vols., reimpr. facs. de la ed. de Coimbra 1797, Lisboa 1984; *Ordenações alfonsinas*. Nota de apresentação ALMEIDA COSTA M. J. DE, 5 vols., ed. facs. de la ed. de Coimbra 1786, Lisboa 1984; *Ordenações filipinas*. Nota de apresentação de M. J. de Almeida Costa, 3 vols., ed. facs. de la ed. de Río de Janeiro 1870, Lisboa 1984, dedicando el vol. III, a los libros IV y V. Sobre el esquema y contenidos de las diferentes *Ordenações*, *vid.* ALMEIDA COSTA, M. J. de, *História do Direito português*, 3.ª ed., reimpr., Coimbra, Almedina, 2005, pp. 278. 283-284 y 289-291.

⁽⁸⁾ CARERIUS, L., rhegiensis, *Practica causarum criminalium*, Lugduni. apud G. Rovillium, 1562, fol. 98v.

⁽⁹⁾ “*Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet*”. Año 290.

⁽¹⁰⁾ “... *nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur... consequens est hominem homini insidiari nefas esse*”.

⁽¹¹⁾ “No hay crimen ni delito. cuando el homicidio. las heridas o las lesiones han procedido de la necesidad actual de la defensa de si mismo, ó de otro”.

329 ⁽¹²⁾, o el hispano de 1822, en su art. 621 ⁽¹³⁾, asumiendo el principio de la legítima defensa, que incluso legitima la muerte del individuo que nos agrede, como causa de inexistencia de delito y/o exención de responsabilidad criminal, aunque de manera más técnica dicho postulado pasó a la circunstancia 4.^a del artículo 8 del CP de 1848 ⁽¹⁴⁾, y llega al art. 20, párrafo 4.º del vigente CP español de 1995 ⁽¹⁵⁾:

Están exentos de responsabilidad criminal... 4.^a El que obra en defensa de su persona o derecho, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

⁽¹²⁾ “Están comprendidos en los casos de necesidad actual de defensa los dos siguientes: 1.º Si el homicidio, las heridas ó las lesiones han sido cometidas rechazando de noche el escalamiento ó rompimiento de puertas, parades ó entradas de una casa o lugar habitado, ó de sus dependencias. 2.º Si el hecho ha sucedido defendiéndose contra los autores de robos ejecutados con violencia”. Añade el art. 321: “El homicidio y las lesiones serán excusables cuando hayan sido cometidos rechazando durante el día el escalamiento ó efracción de puertas, paredes ó entradas de una casa ó lugar hbitado, ó de sus dependencias. Si el hecho se comete de noche, se estará a lo dispuesto en el art. 329”.

⁽¹³⁾ “No estará sujeto a pena alguna el homicidio que se cometa en cualquiera de los cuatro casos siguientes: Primero. En el de la necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida, ó de la de otra persona, contra una agresión injusta en el acto mismo del homicidio, cuando no hay otro medio de repelerla. Segundo. En el de rechazar al agresor injusto que de noche invade violentamente, ó trata de asaltar ó incendiar casa, habitación ó heredad ó rompe puertas, ó escala pared ó cerca. Tercero. En el de defender su casa, su familia y su propiedad, contra el salteador, ladrón ú otro agresor injusto, que abierta y violentamente trata de robar, incendiar, invadir, ó hacer algun daño á las personas, aunque sea de día, siempre que no haya otro medio de impedirlo. Cuarto. En el de defender la libertad propia, ó la de otra persona, contra el que injusta y violentamente trata de quitársela, arrebatando al homicida, ó a la persona que este defiende, ó haciéndoles otra fuerza fuerza material en sus cuerpos, siempre que no haya otro medio de impedirlo. Si resultare exceso, ligereza ú otra culpa en el uso de la defensa legítima, ó porque fuere leve el daño que amenazase con la agresión, ó porque el homicida hubiere tenido otros medios de evitarlo, sin necesidad de matar al agresor, sufrirá el que cometa el homicidio en estos casos una reclusión... Los ladrones ú otros delincuentes, á quienes se persiga ó trate de contener en su fuga, ó se haga resistencia en la ejecución de su delito, no serán nunca comprendidos en la excepción de defensa propia con respecto al homicidio que cometan...”.

⁽¹⁴⁾ La circunstancia 5.^a del art. 8, admite igualmente la exención de la responsabilidad criminal a favor del que obra “en defensa de la persona y derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuge ó hermanos, de los afines en los mismos grados, y de sus consanguíneos hasta el cuarto civil, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviese participación en ella el defensor”. Por último, en la 6.^a, se incluye en el mismo grupo al que “obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número 4.º, y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo”.

⁽¹⁵⁾ Figura entre las causas eximentes de responsabilidad criminal, y constituye una causa de justificación, siempre que concurren los tres requisitos que aparecen en el código penal decimonónico de 1848.

Primera. Agresión ilegítima ⁽¹⁶⁾.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla ⁽¹⁷⁾.

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende ⁽¹⁸⁾.

Pacheco ⁽¹⁹⁾, en el siglo XIX, deja constancia de los precedentes histórico-jurídicos de la normativa codificada, a través de sus concordancias, las cuales ponen de manifiesto su origen en el Derecho romano, como son el fragmento jurisprudencial de Gayo, referido en D. 9, 2, 4 pr. ⁽²⁰⁾, y las constituciones imperiales incorporadas en C. Iust. 9, 14, 2 ⁽²¹⁾ y 9, 14, 3 ⁽²²⁾, de donde pasó en la Recepción, a través de las normas de Partidas 7, 8, 2 ⁽²³⁾ y

⁽¹⁶⁾ El derecho de obrar en legítima defensa, para que la acción punible según la ley sea inculpable, precisa que haya agresión y que esta sea ilegítima, es decir, acometimiento de obra, al menos intentado, y que no está autorizado por ninguna ley ni por ningún derecho.

⁽¹⁷⁾ Esta segunda condición de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, pone el acento en la situación de necesidad, que no admite demora, y que no vaya más allá de lo necesario, que es el contenido de la expresión técnica bien conocida: *cum moderamine inculpatae tutelae*. No es preciso una necesidad absoluta, sino simplemente racional, lo que facilita flexibilidad y amplitud en su interpretación, que estará al prudente arbitrio de los tribunales a la hora de su calificación.

⁽¹⁸⁾ No cabe hablar de legítima defensa cuando la agresión ilegítima ha sido suficientemente provocada o motivada, y causa de la ulterior defensa que causa el daño. Provocación suficiente no puede ser más que la que extinga ó atenúe la culpabilidad de la agresión, quedando su apreciación al juicio de los tribunales.

⁽¹⁹⁾ PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 2.ª ed. corr. y aum., t. I, Madrid, 1870, pp. 146-157.

⁽²⁰⁾ Gayo lib. 7 ad edictum provinciale. *Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*

⁽²¹⁾ Imp. Gordianus A. Quintiano. *Is, qui adgressorem vel quemcunque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet.* PP. III nonas Aprilis Arriano et Papo cons. Año 243.

⁽²²⁾ El fragmento citado por Pacheco está tomado del edicto de Teodorico, y se inserta en la nota 13 de la edición crítica: *Si quis percussorem ad se venientem ferro (alias telo) repulerit, non teneatur homicida.* Según la versión de Pacheco: *Si quis percussorem ad se venientem gladio repulerit, non un homicida tenetur: quia defensor propriae salutis in nullo peccasse videtur.* En la edición crítica, se inserta & 3 (4): Imp. Gallienus A. Munatio. *Si, ut adlegas, latrocinantem peremisti, dubium non est eum, qui inferendae caedis voluntate praecesserat, iure caesum videri.* PP. XIII kal. Febr. Valeriano et Lucillo cons. Año 265. Pacheco cita C. Iust. 9, 14, 4. e inserta una redacción que no se corresponde con la ed. crítica: *Liceat cuilibet adgressorem nocturnum in agris vel obsidentem vias atque insidiantem praetereuntibus impune occidere, etiamsi miles sit, melius namque est his occurrere et mederi, quam injuria recepta vindictam perquirere.*

⁽²³⁾ “Como, aquel que mata a otro debe aver pena de homicida, si lo non fiziesse tornando sobre si. Matando algunt home ó muger a otri a sabiendas debe haber pena de homicida. quier sea libre ó siervo el que fuere muerto. fueras ende si lo matare en defendiéndose, viniendo el otro

7, 8, 3 ⁽²⁴⁾, además de contemplarse en un precepto del Fuero Real 4, 17, 1 ⁽²⁵⁾, que fue asumido por la Nov. Recop. 12, 21, 1, al disponer la pena para el homicida voluntario, y referir los casos en que se excusaba de la misma al que matare a otro ⁽²⁶⁾.

El CP español vigente, promulgado por la LO 10 /1995, de 23 de noviembre, enumera entre los exentos de responsabilidad criminal ⁽²⁷⁾, “el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes. Primero. Agresión ilegítima... Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”.

Este mismo planteamiento se observa en el CP portugués de noviembre de 2007, al enumerarla entre las causas de justificación, en sus artículos 32.º ⁽²⁸⁾

contra él, trayendo en la mano cuchiello sacado, ó espada, o piedra, ó palo, ó otra arma cualquier con que lo pudiese matar: ca estonce si aquel que cometen asi, mata al otro quel quiere desta guisa cometer. non cae en pena ninguna por ende; ca natural cosa es et mui guisada que todo home haya poder de amparar su persona de muerte, queriendo alguno matar a él, et non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podrie acaescer que por el primer golpe quel diese podrie morir el que fuese cometido, et despues non se podria amparar”. *Las Siete Partidas del sabio rey D. Alonso el IX con las variantes de mas interés, y con la glosa del licenciado Gregorio López... vertida al castellano y estensamente adicionada con nuevas notas y comentarios...* por D. I. Sanpontos y Barba, D. R. Martí de Eixala y D. J. Ferrer y Subirana, t. IV, Barcelona, 1844, pp. 126-129.

⁽²⁴⁾ “Por que razones, e en que casos, no meresce pena de homicida aquel que mata a otro ome. Otro tal decimos que seria si algunt home fallase algunt ladron de noche en su casa, et lo quisiere prender para darlo á la justicia del lugar, si el ladron se amparase con armas; ca estonces si lo matare, no cae por ende en pena... Otro tal decimos que serie si algunt home matase a otro quel quemase ó destruyese de otra guisa de noche sus casas ó sus campos, ó sus mieses, ó sus árboles, ó de dia amparando sus cosas quel tomaban por fuerza... ca el que matase a cualquier destos non caerie en pena ninguna”. *Las Siete Partidas del sabio rey D. Alonso el IX con las variantes de mas interés, y con la glosa del licenciado Gregorio López... vertida al castellano y estensamente adicionada con nuevas notas y comentarios...* por D. I. Sanpontos y Barba, D. R. Martí de Eixala y D. J. Ferrer y Subirana, t. IV, Barcelona, 1844, pp. 129-132.

⁽²⁵⁾ “Todo home que matare a otro a sabiendas, muera por ello, salvo si matare a su enemigo conocido, ò defendiéndose, ò si le falláre dormiendo con su muger. do quier que lo fallase, ò si lo fallare en su casa... o matar en otra manera que pueda mostrar que lo mató con derecho”. *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. I, Madrid 1847, p. 445.

⁽²⁶⁾ “Todo home que matare a otro a sabiendas, que muere por ello; salvo si matare a su enemigo conocido, ó defendiéndose... ó si matare ladron que hallare de noche en su casa, hurtando ó foradándola... ó si le hallare hurtándole lo suyo. y no lo quisiere dejar”. *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. X. *Novisima Recopilación de las Leyes de España*, t. IV, que contiene el libro duodécimo, suplemento e índices, Madrid, 1850, p. 71.

⁽²⁷⁾ Art. 20, 4.º

⁽²⁸⁾ Art. 32.º: “Constitui legitima defesa o facto praticado como meio necessario para repelir a agresao actual e ilicita de intereses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro”. Sobre la doctrina penalista portuguesa, interpretando la figura de la legítima defensa en su ordenamiento

y 33.º ⁽²⁹⁾, al igual que sucede con el texto codificado brasileño ⁽³⁰⁾, por citar dos ejemplos de ordenamientos pertenecientes a la comunidad romano-germánica de nuestro entorno, cuyos textos legales vigentes reiteran estas mismas reglas jurídico-positivas.

Cesare Beccaría, renovador de la Ciencia Penal en la Edad Moderna, pudo presenciar en sus días cómo un fraile, de la comunidad de Valombreuse, y crítico con su tratado *De los delitos y de las penas* ⁽³¹⁾, le imputaba desde Venecia, como erróneos, e incluso heréticos, algunos de los postulados doctrinales, que referían una doctrina científicamente innovadora en aquel momento, en virtud de lo cual, de modo injusto y nada concorde con sus palabras, le atribuía la aserción de que el Poder político supremo de un Estado carecía de capacidad para imponer la pena de muerte en caso de la comisión de cualquier delito ⁽³²⁾.

positivo, *vid.*, MAIA GONÇALVES, M., *Código penal português*, 10.ª ed., anot. He comentado, leg. compl., Coimbra 1996, pp. 188-197; CORREIA, E., *Direito criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, vol. II, reimpr., Coimbra 1968, pp. 35-68.

⁽²⁹⁾ Art. 33.º “Excesso de legítima defesa. 1. Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa... 2. O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo o susto, não cesuráveis”.

⁽³⁰⁾ Tal lo dispone el art. 25. Cf. REGIS PRADO, L., *Curso de Direito penal brasileiro*, vol. I. Parte geral, arts. 1.º a 120, 6.ª ed. rev., at. E ampl., Sao Paulo 2006, pp. 389-392: “De acordo com a definição legal e clássica, encontra-se em legítima defesa (*vim vi repellere licet*) quem repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios de que dispõe”, con el precedente del art. 14 del Código Criminal do Império de 1830, aunque la fórmula utilizada es diversa: “Será o crime justificável, e não terá lugar a punição delle... &2. Quando for feito em defesa da propria pessoa ou de seus direitos. &3. Quando for feito em defesa da familia do delinquente. &4. Quando for feito na defesa da pessoa de terceiro. &5. Quando for feito em resistencia à execução de ordens illegaes: não se excedendo os meios necessários para impedi-la”, además de añadir como requisito “&3.3. O não ter havido da parte delles, ou de suas familias, provocação ou delicto que occasionasse o conflicto”. En el mismo sentido, FABBRINI MIRABETE, J., *Manual de Direito Penal*. Parte geral, arts. 1.º a 120 do CP, vol. 1, 23.ª ed. rev. e at. Até 31 de dezembro de 2005, Sao Paulo 2006, pp. 187-184, definiendo la legítima defensa “quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”, coincidiendo con el autor precedente en el requisito del elemento subjetivo.

⁽³¹⁾ Aunque se publicó el opúsculo como anónimo, era público y notorio que el librito intitulado *Dei delitti e delle pene*, impreso en Livorno 1764, había salido de la pluma del escritor milanés, formado como jurista en la Universidad de Pavia, y por la que pasaría a la posteridad, merced al éxito alcanzado en Europa, especialmente gracias a los filósofos iluministas franceses, como el comentario de Voltaire, o el hecho de estar ulteriormente impreso con notas de Denis Diderot. El éxito de la obra se constata por el elevado número de impresiones que alcanzó, de lo que era un anuncio la tercera edición de 1765.

⁽³²⁾ Por lo que respecta a la pena de muerte, que ahora nos ocupa, Beccaría entiende en su opúsculo citado que la misma es inútil en un Estado absolutista regido por los postulados del iluminismo, ya que la aplicación efectiva de las penas haría que el criminal no infringiera la ley. En su criterio, se trata de una pena inútil y absurda, porque la simple vigencia de los preceptos

La nula concordancia de dicha imputación con las expresiones utilizadas por el jurista transalpino, explican una lúcida réplica del penalista italiano, que se plasmó en una contestación impresa ⁽³³⁾.

Según Cesare Bonesana, marqués de Beccaría, lo que produce mayor efecto en el ánimo de los hombres para no delinquir no es la intensidad de la pena, sino su extensión, de modo que el freno más eficaz contra el delito es el prolongado y penoso ejemplo del hombre privado de libertad. Por ello, propone la esclavitud perpetua como sustitutorio de la pena de muerte, si bien con trabajos para el servicio comunitario, ya que este castigo tiene tanto poder y mayor eficacia, para contener al malvado más decidido, que la pena de muerte.

La acusación sexta, del impugnante de su doctrina, trata sobre “El poder y la imposición de la pena de muerte”, a la que se refiere el penalista citado, en estos términos: “El autor del Libro de los Delitos y de las penas disputa a los soberanos el derecho de imponer la pena de muerte” ⁽³⁴⁾.

La confutación realizada por Beccaría resalta tres aspectos complementarios: En primer lugar, presenta una síntesis de la historia de la humanidad, en la

penales y sus sanciones, sin llegar a dicho castigo, son suficientes para que el ciudadano respete sus disposiciones, sin olvidar que el penalista italiano desvaloriza la pena de muerte ya que no sirve para corregir al delincuente, devolviéndolo al recto camino, al suprimirlo de la comunidad de modo físico, y tampoco garantizaba al conjunto social la seguridad, ya que a pesar de su existencia eran frecuentísimos determinados delitos. Desde su punto de vista, la pena más eficaz no es la más intensa pero momentánea, sino la débil pero prolongada en el tiempo, como la prisión del delincuente durante largo tiempo. Sus ataques a la pena de muerte no eran novedosos, pero Beccaría formuló de manera diáfana la separación entre delito y pecado, al entender que competía a la autoridad civil el poder señalar los ilícitos en el ámbito secular, al mismo tiempo que expuso objeciones muy fundadas contra la pena de muerte, que en algunos casos dieron paso a medidas legales de abolición de la misma, como la de Pedro Leopoldo de Toscana, en 1786.

⁽³³⁾ Vid. BN. Madrid. U/8466 (1). CASAS, J. A. de las, *Tratado de los delitos y de las penas. Trad. del italiano por...* Madrid, por J. Ibarra, 1774. Le sigue otro impreso, en el mismo volumen, signatura BN. U/8466 (2) *Respuesta a un escrito intitulado Notas y Observaciones sobre el libro De los delitos y de las penas. Traducido del italiano por...*, Madrid, impr. de J. Ibarra, 1774. Se ha llegado a afirmar que el inspirador de esta traducción fue el tinetense Conde de Campomanes, entonces fiscal de Carlos III.

⁽³⁴⁾ Recordaba Antonio Pérez, en el siglo XVII, que en los inicios de la humanidad no fue necesaria la previsión de premios o castigos, pero la necesidad social impuso esa *potestas* de la autoridad civil, sin la cual sería imposible la vida del grupo. PEREZ, A., *Ius publicum, quo arcana et iura Principis exponuntur*, Amstelodami, apud L. et D. Elzevirios, 1657, p. 1: *Potestas civilis. Vetusissimi mortalium (Tacitus lib. 3 Annalium) nulla adhuc mala libidine, sine probro, scelere, eoque sine poena et coercionibus agebant, neque praemiis opus erat, cum honesta suopte ingenio peterentur, et ubi nihil contra morem cuperent, nihil per metum vetabantur. Verum crescente paulatim hominum malitia; prudentia tandem naturali quodam lumine, omnes in civilem societatem coëgit, eaque sic constituta, omnium consensione, exorta est Civilis quaedam altior potestas, quae nimirum sua sceleribus supplicia, et virtutibus praemia decerneret, justitia et pace omnes tueretur.*

inserta una reiterada referencia expresa al mundo romano, a través de sus fuentes jurídicas y literarias; en segundo lugar, realiza un encendido elogio de las elevadas virtudes morales de los soberanos ilustrados de su tiempo; en tercer lugar, asume sin ambages la doctrina ortodoxa de la Iglesia Católica en esta materia ⁽³⁵⁾, llegando a destacar ciertos hechos históricos acaecidos en los primeros siglos del cristianismo que implicaron una aplicación radical de la misma, a partir del precepto del Decálogo “no matarás”, confirmado por la doctrina del Nuevo Testamento que transmiten los evangelistas, con experiencias favorables a la total abolición de la pena de muerte, aunque el penalista italiano de la Ilustración no comparte dicho criterio ⁽³⁶⁾. Estas son sus palabras:

⁽³⁵⁾ *Respuesta a un escrito intitulado...*, op. cit., pp. 157-159: “Algunos extrañarán que yo haya pensado en responder a un Acusador... pero no deberá causarles novedad... Es un homenaje público, que todo Escritor christiano debe a su santa Religión: o defenderse, quando se le atribuya culpa injustamente; o retractarse, quando se haya deslizado en error de tal especie. Una de las acciones mas ilustres de la vida de Monseñor Fenelon, fue, quando noticioso de la desaprobación que el sumo Pontífice habia publicado contra una proposicion escrita por él, salió aquel honrado y piadoso Prelado en Pérgamo, y se retractó con noble y activa virtud a la vista de todo el Pueblo, dando gloria a las verdades de la Fe... En el Escrito de mi Adversario (a que yo siempre he querido llamar Libro), y en las imputaciones que en él se leen (a que yo siempre he querido dar el nombre de Acusaciones) no he encontrado ni una sola fundada aun sobre apariencia de verdad... Deseo de corazon que la rectitud de su intencion haya sido tanta, que consiga mantenerle la conciencia en paz... Si estas acusaciones se hubiesen probado, yo sería el hombre mas detestable del mundo: si no se han probado, yo le perdono, pidiéndole solo se abstenga en delante de dar su dictamen sobre otros escritores de nuestra Italia; pero en el caso que esto no pueda conseguirse, que ponga a lo menos en el frontispicio de las Acusaciones, que hiciere a otros Autores, la advertencia de ser el mismo que escribió las *Notas y Observaciones sobre el Libro intitulado: De los Delitos y de las Penas*”.

⁽³⁶⁾ “Son por otra parte mis errores compatibles: son del mismo género, que los que cometieron tantos zelosos Cristianos en los primeros siglos de la Iglesia: Consúltense en estos tiempos los Santos Padres, y entre otros Tertuliano, que en la Apología cap. XXXVII dice así: Era una de las máximas de los Cristianos sufrir la muerte mas bien que darla a otro. Y en el tratado de la Idolatría, cap. 18 y 19 condena todas las clases de cargos públicos como prohibidas a los cristianos, por causa de la necesidad de condenar a muerte los reos. Cualquiera comprenderá fácilmente cuánto el horror a las sentencias de muerte pasase en aquellos tiempos los confines de lo justo: no quiero yo en esto conformarme con el parecer de Tertuliano; antes bien he dicho con San Agustin, que es mejor en lugar de conducir los reos al suplicio, *ut alicui utili operi integra eorum membra deserviant*. Augustinus epistola 210. Basta solo que mi Acusador vea en esto, si el espíritu de los primitivos Cristianos sea mas a favor de mi opinión, que desearía no llegasen las penas de hombres hasta la muerte, y se proveyese a la seguridad pública por otros medios; que a favor de la suya, que procura se destruyan los hombres absolutamente): son de aquellos, que cometian los Monges en el tiempo de Teodosio el Grande, hacia el fin del siglo cuarto, de los quales hablan los Anales de Italia al tomo segundo, año 389, donde dice así el Sr. Muratori: Que Teodosio hizo una Ley contra los monges para que se estuviesen en sus Conventos, pues había llegado a tanto su caridad para con el proximo, que quitaban los reos de las manos de los Ministros de Justicia, porque no querian que alguno muriese. Mi caridad no llega a este

Si el Libro de las *Notas y Observaciones* (confutatorio del jurista milanés) pudiese permanecer en los siglos venideros (vaticinio con que yo — Beccaría — no me atrevo a lisonjearlo), serviría ciertamente de asunto a muchas disputas entre los eruditos respecto al espíritu del siglo decimoctavo. Toda la Historia de este siglo la encontrarán ellos llena de rasgos de augusta beneficencia, de amor paterno, y de clementísimas virtudes, manifestadas a porfía por los Príncipes en beneficio de la humanidad, a quien presiden; rasgos y virtudes, que aventajan en gran manera los ejemplos vistos en las edades pasadas ⁽³⁷⁾.

Muy mal conoce el acusador la índole de los Soberanos actuales. Sepa, pues, que todos los Príncipes de hoy día, en lugar de tener en tanta estimación el derecho de quitar la vida a un hombre, miran este acto como una de las cargas mas dolorosas del Principado. Sepa, que todos los Príncipes de hoy día, en vez de tener en estimación el derecho de imponer la pena de muerte, premiarían a quien encontrase un medio de proveer a la seguridad pública sin el exterminio de hombre alguno. Sepa, que todos los Príncipes de Europa en nuestros días jamás han hecho uso personalmente de este tristísimo derecho; antes bien se han descargado sobre los Tribunales, reservándose a sí solos el quasi divino derecho de beneficiar perdonando ⁽³⁸⁾.

Sentada por el penalista italiano la experiencia histórica de la civilización, que concluye en su tiempo con el recurso a los tribunales de justicia para la imposición coyuntural de la pena capital, Beccaría deja bien claro el fundamento filosófico-político de su tesis y el margen de aplicación excepcional de la pena de muerte, concretados en tres principios: a) el hombre renuncia, a favor de la comunidad en la que se inserta, conforme a la teoría del contrato social de

punto, y convengo voluntariamente en decir, que la de los Monges en aquellos tiempos fuese indiscreta y mal entendida”.

⁽³⁷⁾ “Verán la humanidad respetada en medio de los males indispensables de la guerra: verán aumentada la libertad política: fomentado el comercio en todas partes: magníficos hospicios erigidos públicamente para los guerreros inválidos y beneméritos: verán recogida la mendicidad, libre de el hambre y de las injurias, alimentada, amparada y asistida: verán los miserables huérfanos, y aquella porción de la humanidad, nacida sin las aprobaciones religiosas y civiles, que antes perecía infelizmente, libre ahora en muchas partes de las fauces de la muerte por el cuidado paternal de los Príncipes: verán los tronos de los Monarcas rodeados, no como antes del fausto y de la soberbia, sino de la humanidad, de la beneficencia, y de las bendiciones de los pueblos, con puerta franca para que lleguen los miserables, y reciban pronta defensa en su amparo: verán en suma los frutos de una virtud dulce, que parece es el carácter distintivo de nuestro siglo...”.

⁽³⁸⁾ “Sepa que algunos Príncipes en este siglo han llegado a imitar los ejemplos de los Emperadores Mauricio (Evagrio Historia), Anastasio e Isac Angel, los cuales no quisieron hacer uso alguno de la potestad de castigar de muerte. Sepa en fin que todos los Príncipes de hoy día han limitado, estrechado y contenido el uso de la pena de muerte: lo qual afirmarán los Archivos Criminales de todas las Naciones Europeas, y la tradición de todos los Europeos vivientes...”. Cf. *Respuesta a un escrito intitulado...*, op. cit., notas p. 108.

Rousseau, solo a una parte de su libertad individual, en aras del bien común; b) es justa y necesaria la pena de muerte solamente en dos supuestos: cuando “interesa a la seguridad de la Nación”, es decir, sea útil o necesaria al bien público, y cuando “sea el verdadero y único freno para contener a otros delincuentes”; c) formula y mantiene un silogismo, a tenor del cual, si la pena de muerte no es útil ni necesaria, no debe imponerse, deseando Bonesana, intelectual y volitivamente, que alguien pueda aportar la prueba lógica y fáctica de dicho racio-cinio ⁽³⁹⁾.

Tan verdad es que yo (escribe Beccaría) en mi Libro (*De los delitos y de las penas*) he creído *justa* la pena de muerte, cualquiera vez que fuere *util* y *necesaria*, como lo he dicho expresamente, que para probar que no conviene imponer la pena de muerte, he procurado hacer ver no ser util ni necesaria; y así digo en el principio: “Si dimostrare no ser la pena de muerte util ni necesaria, habré vencido la causa a favor de la humanidad” (p. 143)... Esto no mira ni a la santa Fé, ni a los Príncipes, sino a un mero razonamiento. He aquí mi proposicion reducida a un silogismo: *La pena de muerte no debe imponerse, si no es util o necesaria; es así que la pena de muerte no es util ni necesaria; luego la pena de muerte no debe imponerse*. Aquí no se trata de los derechos del Soberano. El acusador no querrá ya sostener, que la pena de muerte se deba dar, aunque no sea util ni necesaria. Una proposicion tan escandalosa e inhumana no puede salir de la boca de un hombre christiano. Si en la menor no he

⁽³⁹⁾ “¿Yo he disputado a los Soberanos el derecho de imponer la pena de muerte? Estas son las palabras escritas en mi Libro: “Por solos dos motivos puede creerse necesaria la muerte de un ciudadano: el primero, quando aun privado de libertad, tenga tales relaciones, y tal poder, que interese a la seguridad de la Nacion: quando su existencia pueda producir una revolucion peligrosa en la forma de gobierno establecida... Quando su muerte fuese el verdadero y único freno, que contuviese a otros, y los separase de cometer delitos (ibid., pp. 143 y 144). Si yo establezco dos clases universales de delincuentes, contra los quales “es justa y necesaria” la pena de muerte: ¿cómo, pues, el acusador dirá, que yo disputo a los Soberanos la potestad de imponer la pena de muerte? Nótese aquí de paso, que todos los absurdos y las imputaciones que el Acusador hace nacer contra mí sobre este punto, provienen de la confusion arbitraria, que ha hecho de dos nombres, que yo distingo constantemente, *Derecho* y *Potestad*. El Derecho lo he definido en el principio de mi Libro: “El agregado de todas las porciones de libertad. puestas en el depósito público, forma el derecho de castigar” (ibid., p. 12). Ahora, no siendo presumible, que ningun hombre haya puesto en el deposito público aquella porcion de libertad, que le es necesaria para vivir, no se llamara *Derecho* la razon de castigar de muerte. Pero esta misma razon será justa y necesaria contra las dos señaladas clases de delitos, y esta se llamarà *potestad*, y *potestad justa y necesaria*; porque si se encuentra que la muerte de un hombre sea útil o necesaria al bien publico, la suprema ley de la salud del Pueblo dà *potestad* de condenar a muerte: y esta potestad nacerà como la de la guerra, y será “una guerra de la Nacion contra un ciudadano. porque juzgue util o necesaria la destrucción de su ser” (ibid., p. 143).

raciocinado bien, esto será un delito de *lesa Lógica*, pero no de *lesa Magestad* ⁽⁴⁰⁾.

Examine bien el espíritu del Evangelio, los Actos de los Apóstoles, los escritos de los primeros Cristianos, el espíritu de la Santa Iglesia, que suspende del ministerio sagrado a cualquiera que sea partícipe en la muerte de un hombre; y vea despues si su sentencia o la mia es más conforme, no diré a las virtudes de la *humanidad*, de la *beneficencia*, y de la *tolerancia de los errores humanos* (virtudes que el Adversario encuentra equívocas), sino al espíritu del Cristianismo, examinando los principios de ambas ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ “Una acción violenta contra la autoridad pública, es siempre culpable. Yo no he quitado reo alguno de las manos de la Justicia: he escrito, que es justo se hagan estos ejemplares, quando es *util o necesario*: he creído que esto no puede ser util ni necesario sino en los tiempos turbulentos de una Nacion: ¡y se ha de decir por esto, que yo disputo a los Soberanos el derecho de imponer la pena de muerte! ¡Y un Hombre se debe desconcertar contra mí, calumniándome, porque he dicho, que no se deben matar los Hombres sino por necesidad o utilidad pública! ¡y este hombre me deberá decir por esto, que mi opinión es errónea, que soy un genio osado, que haga raciocinios locos, que soy un impostor, que acuso de crueldad la misma Divina Providencia, que digo necedades impertinentes, que causo fastidio, y me equivoco ridículamente, y que finalmente, los hombres sabios mirarán siempre tales verdades con desprecio, y las juzgarán partos de hombres igualmente despreciables, como dice que yo me he manifestado! Dice el Acusador: *Si el Autor (Beccaria) cree a la Sagrada Escritura, debe creerla, aun quando le enseña, que la pena de muerte es justa y necesaria, y que se deben respetar las Leyes, y los Soberanos*. ¡Dónde se lee en mi Libro esta blasfemia, que *las penas de muerte, decretadas por Dios en su pueblo, no fuesen justas, ni necesarias*! ¡Dónde se lee en mi Libro, que *no se deba imponer la pena de muerte, quando sea justa y necesaria*! El Acusador tiene casi siempre el dón de confundir una proposición con otra. Yo he dicho, y lo repito, que quando la pena de muerte es util o es necesaria, es tambien justa, y debe imponerse. Deberé repetir lo que está escrito en infinitos Libros: esto es, que el gobierno del Pueblo Hebreo no era Monárquico, ni Aristocrático, no era Democrático, ni Mixto; sino Teocrático. esto es, dirigido inmediatamente por la mano de Dios, que se hacia visible en los multiplicados prodigios obrados a favor de este pueblo; y que los profetas hablaban inmediatamente a aquella Nacion con la voz del mismo Dios... Muchos hechos de aquel Pueblo no podrían justificar nuestra imitación. Así la salida del Egipto, así la entrada en la Tierra de Promisión, fueron acompañadas de algunas circunstancias justas entonces únicamente, porque fueron mandadas por el Supremo Criador y Señor de los hombres y de las cosas, que sabe abrirse caminos justos y admirables: pero al mismo tiempo imperscrutables al limitado conocimiento del hombre mismo. Sentado esto, deberá aún advertir a mi Acusador, como en virtud de la promulgación del Evangelio, y de la Ley de Gracia, fueron abrogadas, no tanto las Leyes ceremoniales del Antiguo Testamento, quanto las Judiciales: página 147 y como escribe *Tertuliano*: *Vetus lex ultione gladii se vindicabat, nova autem lex clementiam designabat. Adversus Jud. cap. III* cosas que son de muy fácil erudición. Reflexiona de aquí, que la única causa criminal, juzgada por Christo Redentor nuestro, no acabó con la lapidación, como estaba escrito en las Leyes, sino con la clemencia”.

⁽⁴¹⁾ “Finalmente conviene decir algo respecto al respetar las Leyes y los Soberanos, cosa que enseña la Escritura, y fuera de esta lo enseña el buen sentido y la razon a todo hombre de cualquiera Religión. ¿Qual Ley hay en el mundo, que prohíba decir ó escribir, que un Gobierno

Mientras en el mundo de la Ilustración se acogió muy favorablemente la tesis de Beccaria ⁽⁴²⁾, como muestra el hecho de la traducción en 1776 del tratado *De los delitos y penas* al francés, así como también se ejecutó en esos años al alemán, inglés, holandés, griego y ruso, además del español, sus postulados no tuvieron la misma fortuna de acogimiento triunfal dentro de la doctrina penalista española de aquel tiempo, como lo demuestra el planteamiento que realizan Lardizábal ⁽⁴³⁾ o Ramón de Salas ⁽⁴⁴⁾, al adoptar una posición intermedia,

puede subsistir en paz sin decretar pena de muerte sobre ningún reo? Esto lo dice Diodoro lib. I cap. 65, contando, que Sabacon, Rey de Egipto, con una clemencia dignísima de alabanza, mudó las penas capitales en la esclavitud, e hizo servir los delincuentes a las obras públicas con suceso felicísimo. Ibid., p. 148. Esto lo dice Estrabón lib. XI de ciertos pueblos vecinos al Caucasos por estas palabras: *Nemini mortem irrigasse quamvis pessima merito*. Esto lo dicen las Historias romanas despues de la ley Porcia, donde se estableció, no pudiese quitarse la vida a un Ciudadano Romano sino por sentencia de todo el Pueblo. Ley de quien habla Livio en el libro X cap. XI. Esto por último lo dice el ejemplo de veinte años de Reyno continuo en nuestros dias en el mas vasto Imperio del mundo en la Moscovia, donde subiendo al Trono la Princesa, que murió últimamente, juró no quitar la vida a ningun reo, y mantuvo el juramento, sin que la Justicia criminal haya perdido su curso, ó se haya visto empeorar la tranquilidad pública. Si estos hechos subsisten, se sigue como demostración, que cualquiera Gobierno puede subsistir sin decretar pena de muerte contra ningun reo... Las Leyes, los Soberanos y los hombres no se ofenden sino con dichos falsos y calumniosos. ¿Será acaso prohibido a un Ciudadano, en tanto que obedece las Leyes presentes, hacer votos, y escribir, para que se formen mas adaptadas, mas claras, y mas suaves? ¿será acaso delito raciocinar sobre los inconvenientes universales de todas las Naciones, para que se reformen? ¿Cree el Acusador que haya o pueda haber en Europa algun Gobierno satisfecho en tanto grado de su perfección, que el sugerirle una mutación, deba ofenderlo? Yo aseguro a mi Acusador, que todos los Gobiernos de Europa, y todos los Príncipes que presiden en sus Estados, aceptan o excluyen los Libros según les parece conveniente: que oyen o reusan las proposiciones universales a proporcion que acomodan o no a su nacion; y que no creen ultrajado su respeto por quien expone sus opiniones, buenas o malas, generalmente, sin designio o intencion de desagradar a alguno. Ibid., p. 151 *Injuriam mihi faciet, si quis me ad ullas nostri saeculi controversias, aut natas, aut quae nasciturae praevideri possunt respexisse arbitratur. Vere enim profiteor sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in jure tractando ab omni singulari facto abduxisse animam. Grotius de Jure belli et pacis in Prolegomenis*".

⁽⁴²⁾ Vid., AA. VV., *Beccaria et la culture juridique des Lumières*: (actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Genève, 1997.

⁽⁴³⁾ LARDIZÁBAL Y URIBE, M. DE, *Discurso sobre las penas, contraido a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma*, 1.^a ed., 1782; 2.^a ed., Madrid, imp. de Repullés, 1828, pp. 164-187: De la pena capital. *Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est*. Juvenal, Satyr. 6 v. 220.

⁽⁴⁴⁾ SALAS, R., *Comentario del ciudadano Ramón Salas al tratado De los delitos y de las penas, escrito por el marqués de Beccaria. Y por continuación el tratado De las virtudes y de los premios, escrito en italiano por Jacinto Dragonetti: y traducido al español por el mismo Salas*, Madrid, imp. de Villaamil, 1836. Entre las ediciones realizadas en español, que superan la treintena, debemos recordar la de F. Tomás y Valiente, así como la de G. Cabanellas, impresa en Buenos Aires 1945, y posteriormente en 1978, por su estudio previo sobre Beccaria y su obra.

entre la aplicación profusa y abusiva de la pena de muerte, tal como se había verificado en muchos pueblos y épocas, que frontalmente rechazan, y la total proscripción de la misma, al entender que es inútil y perniciosa, como sostenía Beccaría ⁽⁴⁵⁾ y sus secuaces, además de disputarle la solidez de su fundamentación:

En todos los tiempos y naciones cultas y bárbaras se ha usado de la pena capital para castigar algunos delitos: prueba cierta de que los hombres por un general consentimiento la han mirado siempre como útil y necesaria al bien de la sociedad, a lo menos en ciertos casos. Es necesario confesar sin embargo que en todos tiempos y naciones se ha abusado de esta gravísima pena, ya imponiéndola con profusion, ya ejecutándola con crueldad. Movidos acaso de esto algunos autores modernos, han dado en el extremo contrario, esforzándose a producir todas las razones que les ha sugerido su ingenio, para proscribir la pena capital como inútil y perniciosa, persuadiendo a los legisladores el total exterminio de ella de sus Códigos penales... Negar a las Potestades supremas la facultad de imponer la pena de muerte sería arrancar temerariamente a la justicia y a la soberanía uno de sus principales atributos. Imponerla sin discernimiento y con profusión, sería crueldad y tiranía. Abolirla enteramente en un Estado, sería acaso abrir la puerta a ciertos delitos más atroces y peligrosos, que casi no pueden espiarse sino con sangre. Dragón castigaba indistintamente todos los delitos con pena capital: Plutarco en la vida de Solón. El legislador ateniense no halló pena menor que la de muerte, y escribió todas sus leyes con sangre. El emperador Mauricio resolvió no derramar jamás la sangre de sus vasallos ⁽⁴⁶⁾.

además de incluir los *Comentarios* de Voltaire, la *Respuesta* de Beccaria a las Notas de Facchini, las *Observaciones* de Haudefort, las *Consideraciones* de M. Roederer sobre la pena de muerte, así como las *Notas* de Diderot, Morellet, Warville, Mirabeau, Servan, Berenger, Benjamín Franklin, etc.

⁽⁴⁵⁾ LARDIZÁBAL Y URIBE, M. DE, *op. cit.*, p. 167: "Las razones en que se fundan los que quieren proscribir la pena de muerte son ciertamente mas ingeniosas que sólidas. La soberanía y las leyes, dice el Marqués de Becaría (De delitos y penas &28) no son otra cosa que la suma total de las pequeñas porciones de libertad que cada uno cedió y depositó en la sociedad... comprendió el del mayor bien que es la vida? Además de que aun cuando hubiera querido, no habría podido hacerle, porque no teniendo el hombre facultad para disponer de su vida, ¿cómo podría ceder a otro un derecho que él no tenía? Si este razonamiento es sólido, no debe haber caso ninguno, según él, en que la sociedad o la soberanía pueda privar de la vida a un ciudadano. Sin embargo el mismo Marqués de Becaría dice que hay dos: El primero, cuando, aun privado de la libertad un ciudadano, tenga tales relaciones y tal poder, que pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. El segundo, cuando su muerte fuese el verdadero y único freno que contuviese a otros y los separase de cometer delitos".

⁽⁴⁶⁾ Para el mundo greco-romano, *vid.*, CANTARELLA, E., *Los suplicios capitales en Grecia y Roma: orígenes y funciones de la pena de muerte en la antigüedad clásica*. Trad. de M. P. Bouyssou y M. V. García Quintela, Torrejón de Ardoz, 1996. No podemos olvidar que Roma,

El penalista hispano Lardizábal, notorio discrepante del jurista italiano, trata de desmontar el silogismo de Beccaria, para mostrar la carencia de fundamento en las dos excepciones introducidas a favor de la supresión de la pena capital, ya que no aporta un argumento sólido y apodíctico para el establecimiento de los supuestos de inclusión-exclusión, salvo la construcción meramente lógica y racional, toda vez que en ese momento no había un sistema constitucional de representación de la soberanía popular a través del parlamento, que determinara el ámbito de cesión, de modo que dichos límites quedaban al albur del Soberano ⁽⁴⁷⁾.

La teoría de la fundamentación del poder político en el contrato social, que no comparte el jurista hispano, implicaba una base novedosa en la justificación de la potestad civil, y consecuentemente de la razón de ser de las normas que el titular de la misma emanaba, porque sin negar su último fundamento en el poder recibido de Dios, el ejercicio implicaba una serie de obligaciones para con los ciudadanos, atendiendo a los fines que deben cumplir ⁽⁴⁸⁾, en cuyo raciocinio, sin embargo, se muestra conforme el penalista hispano.

en la República, instauró el sistema penal protector de la vida del ciudadano, en caso de posibles penas capitales, a través del doble instituto de la *provocatio ad populum*, con objeto de revisar la pena impuesta, y especialmente la *interdictio aquae et igni*. Por otra parte, Biondi ha destacado cómo las penas corporales y su ejecución fue alterado en época posclásica, ya que no hay huellas de la ley de talión. La pena de muerte, en sus diversos modos de ejecución, se mantuvo y aplicó incluso en nuevos supuestos, aunque no siempre la poena capitis es pena de muerte, ya que en ocasiones identifica una pena grave. No obstante, hay un progresivo proceso de decadencia, desde Constantino hasta Justiniano, suprimiéndose en algún caso concreto, además de que algunas leyes de Teodosio tuvieron ciertas modificaciones por parte de Justiniano, por razones humanitarias. Parecen muy ajustadas las palabras de Francesco Carrara, citadas por Biondi, quien afirmaba: “sono abolizionista perchè sone credente”, aunque añade el romanista: “non avrebbe potuto dire altrettanto se fosse vissuto nei secoli IV-VI”, porque entonces la Iglesia no discute la legitimidad de la pena de muerte. BIONDI, B., *Il Diritto romano cristiano. III. La famiglia — Rapporti patrimoniali — Diritto pubblico*, Milano, 1954, pp. 446-447.

⁽⁴⁷⁾ LARDIZÁBAL Y URIBE, M. DE, *op. cit.*, pp. 168-169: “Sería bueno que nos dijera el Marqués de Becaría, cómo siendo increíble que los hombres habiendo andado tan escasos en la cesión de su libertad, hubiesen hecho el sacrificio del mayor bien, que es la vida, sin embargo le hicieron en estos dos casos, y que nos mostrase de dónde consta que éstos y no otros fueron exceptuados de la regla general. Sería menester también que nos explicase cómo, no teniendo los hombres facultad para quitarse la vida, cedieron en estos dos casos un derecho que no tenían, y si en estos pudieron cederle por qué no podrían hacerlo en otros. Últimamente es menester que concilie una contradicción que resulta de su sistema, cual es decir que los hombres cedieron la menor porción de libertad que les fue posible, y al mismo tiempo dieron facultad a la sociedad para condenarlos a una esclavitud perpetua y trabajosa, que es la pena que quiere subrogar a la de muerte. La solución que diese a estas dificultades disolverían también sus argumentos”.

⁽⁴⁸⁾ LARDIZÁBAL Y URIBE, M. DE, *op. cit.*, p. 170: Después de señalar que la teoría de Beccaria descansa sobre el contrato social, y este es quimérico, añade: “El derecho y potestad de castigar que tiene la república o el que la representa depende, según el sistema de nuestro autor.

No ocurre lo mismo con el argumento expuesto por Beccaria para defender la abolición de la pena de muerte, y mostrarse partidario de la cadena perpetua, ya que es una cuestión empírica, que merece ser revisada atendiendo a delitos y delincuentes, de modo que no puede formularse sobre esta característica una teoría general de sustitución ⁽⁴⁹⁾.

Durante los dos últimos siglos y medio, desde que Beccaria formuló su tesis contraria a la pena de muerte, los criterios doctrinales y legislativos han sido muy fluctuantes ⁽⁵⁰⁾, de modo que en regímenes totalitarios, o fundamentalistas, se ha practicado abusivamente ese tipo de sanción, incluso para delitos de escasa entidad, mientras que en otras naciones se ha proscrito en su integridad, sin que falten autores, como Jeremías Bentham, que mantienen una postura intermedia, dejando la pena de muerte para casos muy excepcionales ⁽⁵¹⁾, atendiendo la gravedad del delito y su repercusión en la sociedad, juntamente con el criterio de eficacia para su aplicación ⁽⁵²⁾.

única y privativamente del contrato social y de las condiciones puestas en él, de las cuales no pueden apartarse sin notoria injusticia las supremas Potestades. Y como en este contrato los hombres ni quisieron ni pudieron hacer el sacrificio de su vida, de aquí es que las supremas Potestades no pueden tener derecho para imponer la pena capital. Esta doctrina sobre ser absolutamente falsa, es también peligrosa, porque puede inducir a suscitar sediciones y alborotos en la república... No quiero decir que las supremas Potestades estén libres de toda obligación para con los súbditos, pues aunque tienen de Dios la potestad, tienenla empero precisamente para cumplir con los fines de su institución, y con el objeto que se propusieron los hombres en el establecimiento de la sociedad... Es falsa a la verdad y perniciosa la sentencia de Maquiavelo en El Príncipe, y de Hobbes en el Leviatán, que hacen del Príncipe un verdadero tirano, exonerándole de toda obligación para con los súbditos, y dándole por consiguiente facultad para disponer a su arbitrio de sus vidas, de su honra, de sus bienes, y hasta de sus mismas conciencias”.

⁽⁴⁹⁾ LARDIZÁBAL Y URIBE, M. DE, *op. cit.*, pp. 177-178: “Otra razón en que se funda nuestro autor (Beccaria) para proscribir la pena capital, es no ser necesaria, según dice, para el bien de la república, porque la esclavitud perpetua, sobre no ser tan cruel como la pena de muerte, es más eficaz para contener los delitos. Para probar esto dice que no es lo intenso de la pena lo que hace el mayor efecto en el ánimo de los hombres sino su extensión, “y así no es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre, que convertido en bestia de servicio y privado de la libertad, recompensa con sus fatigas a la sociedad que ha ofendido. Es mas eficaz... yo tambien seré reducido a tan dilatada y miserable condicion, si cometiese semejantes delitos”. Entre otros autores que se han opuesto al planteamiento de Beccaria sobre la pena de muerte, *vid.*, CETTI, C., *Della pena di morte: confutazione a Beccaria*. Como 1960.

⁽⁵⁰⁾ *Vid.*, ASÚA BATARRITA, A., *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Bilbao, 1990.

⁽⁵¹⁾ *Vid.*, SALADO OSUNA, A., *La pena de muerte en derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Madrid. 1999.

⁽⁵²⁾ D. L. B., *Teoría de las penas y de las recompensas*. Obra sacada de los manuscritos de Jeremías Bentham, juriconsulto inglés, por Estevan Dumont... traducida al español de la

La edición de la obra de Beccaria incluyó en el *incipit* de su obra aquella reflexión de Francis Bacon ⁽⁵³⁾, según la cual no se puede sembrar y cosechar al mismo tiempo, sino que las doctrinas deben madurar a lo largo del tiempo para que produzcan sus frutos. Este enfoque del milanés puede verse reflejado, a nivel jurídico internacional, no ya en la multitud de países que han asumido completamente su doctrina abolicionista de la pena de muerte, a través de la legalidad, tal como ocurre en 99 países — sin olvidar que este planteamiento se aplica con carácter general en la mayoría de los restantes, de modo que solamente rige para estos últimos en contados supuestos de hecho previstos por la norma legal ⁽⁵⁴⁾—, sino en su asunción por la doctrina jurídica ⁽⁵⁵⁾, y especialmente en la resolución de las Naciones Unidas, que aprobó una moratoria universal de la pena de muerte, en la tercera comisión del 15 de noviembre de 2007, ratificada en la Asamblea General de 18 de diciembre del mismo año, con el voto favorable de 104 Estados y 29 abstenciones, oponiéndose a dicha medida solamente medio centenar de países.

3.ª ed. publicada en Francia por..., Barcelona, imp. De M. Saurí, 1838, pp. 175-194: Cap. XIV: “Examen de la pena de muerte. Ventajas de la pena capital: 1.º Quita al hombre peligroso la facultad de dañar; 2.º Es análoga al delito en el caso de homicidio, 3.º En el mismo es popular; 4.º Sirve de escarmiento. Error de Beccaria que supone que la duración de la pena hace mas impresión que su intensidad. 5.º Cuando la pena aparente es muy grande y lo que realmente se padece es poco, la verdadera pena consiste en aprehensión. DEFECTOS DE LA PENA CAPITAL. 1.º No es convertible en utilidad. 2.º trae además consigo una pérdida positiva; 3.º es muy desigual, y por consiguiente incierta en su operación. Es menos grave atendida la clase de los malhechores. La infelicidad es el estado habitual de la vida de estos. 4.º no siendo remisible la pena de muerte, presenta todo el peligro de los errores judiciales. y de las imperfecciones inherentes a todas las pruebas, aun a la confesión libre del acusado. 5.º Se destruye un medio de prueba testimonial. 61. La pena de muerte se hace mas impopular a proporción de los progresos de la civilización, de que nace una disposición de los jurados para prevaricaciones misericordiosas. COMPARACIÓN DE LA PENA CAPITAL CON LAS QUE SE LE PUEDEN SUBSTITUIR: La prodigalidad de esta pena es una gran equivocación de los legisladores. Delitos para los cuales se la podría conservar ad terrorem: solo se emplearía contra los crímenes que escitan el horror público en supremo grado. contra homicidios acompañados de circunstancias atroces. y sobre todo contra autores de muchas muertes; y entonces no debería repararse en dar a la pena capital el aparato mas trágico posible sin recurrir a tormentos complicados”.

⁽⁵³⁾ *In rebus quibuscumque difficilioribus non expectandum, ut quis simul et seriat, et metat, sed praeparatione opus est, ut per gradus maturescant.* Bacon. F., *Serm. Fidel.* Número 45.

⁽⁵⁴⁾ Hay casi medio centenar de países que mantienen formalmente vigente la pena de muerte pero que no la ejecutan. El último país que se incorporó a la abolición de la pena capital fue Uzbekistan, en 2008.

⁽⁵⁵⁾ La discusión doctrinal que provocó la teoría formulada por Beccaria arranca del mismo siglo XVIII y adquiere un alcance universal. Por lo que concierne a España, sirva de referencia SILVELA, F. A., *Consideraciones sobre la necesidad de conservar en los códigos y de aplicar en su caso la pena capital, escritas y publicadas en francés...*, Madrid, 1835.

De este modo, aunque se trata de una suspensión, y no abolición, tiene aplicación generalizada en el Derecho vigente la doctrina evangélica cristiana de “no matarás” ⁽⁵⁶⁾, a la que se refirieron los Pontífices en sus alocuciones durante la última época, para impulsar la abolición total de la pena de muerte ⁽⁵⁷⁾, tal como promueve la Comunidad de San Egidio impulsora de la votación en la ONU, recordando que entre los derechos humanos dignos de protección se encuentra, en primer lugar, el derecho a la vida y, consecuentemente, se impone la abolición de la pena de muerte.

Este planteamiento abolicionista está legalmente previsto de forma expresa en nuestra Constitución de 1978 ⁽⁵⁸⁾, que mantuvo como excepción la pena de muerte contemplada en leyes penales militares para tiempos de guerra. No obstante, la pena de muerte desapareció del código penal militar, incluyendo el tiempo de guerra, en virtud de la ley de 27 de noviembre de 1995, de modo que el ordenamiento positivo vigente en España no se permite dicha pena ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ Ex. 20. 13; Mt. 5, 21-22.

⁽⁵⁷⁾ Benedicto XVI, al final de la Segunda Asamblea Sinodal para África. del Sínodo de los Obispos, que se llevó a cabo en octubre de 2009 en Roma, aprobó la «petición para la abolición de la pena de muerte. En la Exhortación Apostólica “*Africae Munus*” de 19 de noviembre de 2011, afirmaba: «con los miembros del Sínodo, llamo la atención de los responsables de la sociedad sobre la necesidad de hacer todo lo posible para llegar a la eliminación de la pena capital, así como para la reforma del sistema penal, para que la dignidad humana del recluso sea respetada. Corresponde a los agentes de pastoral la tarea de estudiar y proponer la justicia restitutiva como un medio y un proceso para favorecer la reconciliación, la justicia, y la paz, así como la reinserción en las comunidades de las víctimas y de los trasgresores».

⁽⁵⁸⁾ CE de 1978, art. 15: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral... Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

⁽⁵⁹⁾ España ratificó el año 2009 el protocolo 13 a la Convención europea de Derechos humanos que prohíbe la pena de muerte en cualquier circunstancia, y que había aprobado el Consejo de Europa en 2002. A propósito de la doctrina que impulsa la abolición universal de la pena de muerte, y su fundamentación en la defensa de la vida humana, *vid.*, BARBERO SANTOS, M., *Pena de muerte: el ocaso de un mito*, Buenos Aires 1985; AA. VV., *Contra el espanto: por la abolición de la pena de muerte*, Valencia, 2012; *Por la abolición universal de la pena de muerte*, coord. por A. Muñoz Aunton, Valencia 2010; CARBASSE, JM., *La peine de mort*, París, 2002; SMETS, P. F., *Le combat pour l'abolition de la peine de mort*, Bruxelles 2003; AA. VV., *La pena de muerte y su abolición en España*, Madrid, 1995; BLÁZQUEZ, N., *Estado de derecho y pena de muerte*, Madrid, 1989; SUEIRO, D., *La pena de muerte y los derechos humanos*, Madrid, 1987; GARCÍA VALDÉS, C., *No a la pena de muerte*, Madrid, 1975; IMBERT, J., *La peine de mort: histoire — actualité*, París 1967; VECILLA DE LAS HERAS, L., *Defensa de la vida humana. vol. IV. Apuntes para la historia de la pena de muerte*, Valladolid, 1968; id., *Defensa de la vida humana. Vol. 1. La pena de muerte es ilícita*, Valladolid 1965; SKODA, F., *Doctrina moralis catholica de poena mortis a C. Beccaria usque ad nostros dies* (a. 1956), Romae, 1959.

En Portugal se había producido *de facto* la abolición de la pena de muerte a mediados del siglo XIX, porque el rey la conmutaba desde 1846, aunque normativamente se mantuvo en el CP de 1852, y “ela consiste na simple privação da vida”. No obstante, le pena de muerte desaparece legislativamente en 1867, si bien su abolición para todos los delitos no se produjo hasta 1976, porque como recuerda Figueiredo Dias ⁽⁶⁰⁾, a propósito de la reforma del CP que entró en vigor el 1 de enero de 1983, “a primeira nota a pôr em destaque deverá ser a de ter mantido a recusa, já tradicional no direito penal português, de consagração da pena de morte e da pena de prisão perpétua. O que ocorre certamente em nome de um **princípio de humanidade**, de que hoje muito se fala em matéria político-criminal e de que o direito penal português se pode reivindicar pioneiro”.

A pesar de la larga vigencia de este planteamiento normativo, doctrinal y jurisprudencial, Figueiredo inserta en su exposición un párrafo, muy ilustrativo para conocer la política criminal de la República portuguesa, que a pesar de formularse hace veinte años, sin embargo presenta hoy plena vigencia, más allá de sus fronteras:

En muitos países, ainda hoje continua acesa a querela sobre a justificação doutrinária da pena de morte e as vantagens político-criminais da manutenção ou eliminação daquela espécie de pena, bem como da pena de prisão perpétua. Uma tal controversia não encontrou entre nós ressonância significativa durante o já longo período em que a ordem jurídica portuguesa vem prescindindo de tais penas, sem que, a partir daí, se tenha podido comprovar a verificação de efeitos perversos. É, assim, praticamente unânime em Portugal a doutrina que considera a pena de morte como injustificável à luz dos fins das penas e que vê na prisão perpétua uma pena cruel e desnecessária. Compreende-se, deste modo, que a Constituição vigente, por força de votações obtidas *por unanimidade*, tenha podido reforçar a nossa tradição na matéria, revestindo-a com a força de terminantes proibições constitucionais (arts. 26.º-2 e 30.º-1 da CRP).

Uno de los ámbitos de aplicación de protección de la vida humana, en materia penal, concierne al concebido pero no nacido ⁽⁶¹⁾, sobre cuya materia

⁽⁶⁰⁾ FIGUEIREDO DIAS, J. de, *Direito penal português*. Parte geral. II. *As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, 1993, &20.

⁽⁶¹⁾ La condición jurídica del *nasciturus* ha sido objeto de múltiples investigaciones, algunas de las cuales han mostrado la evolución operada en el Derecho romano, aunque ha existido una clara antítesis entre los que niegan la equiparación del concebido con el ya nacido, salvo cuestiones excepcionales, y quienes lo defienden, comenzando por la traducción del fragmento de Juliano, D. 1, 5, 26: “*qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*”, cuya traducción literal pondría de manifiesto “casi en todo el Derecho civil se tienen por nacidos”, o con mayor libertad de interpretación, “se reputan por el Derecho civil, casi en todo,

se pronunció, a principios del siglo XVII, Solórzano Pereira, que todavía no había emprendido su periplo americano ⁽⁶²⁾. Circunscribimos nuestra aportación

como si hubiesen nacido”, de donde deriva el axioma: Al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Castán Vázquez, recientemente, apoyándose en las investigaciones de Catalano, a partir de las fuentes romanas, en las que hay expresiones relativas al concebido, cuya significación y alcance, resultan muy discutidas en la doctrina romanística, como son la de Ulpiano, en D. 25, 4, 1, 1: “*partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare vel exhiberi sibi aut ducere permitti*”, o D. 35, 2, 9, 1, de Papiniano: “*Circa ventrem ancillae nulla tempore admissa distinctio est, nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*”, o el más relevante de Terecio Clemente, en D. 50, 16, 153: “*Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est*”, concluye que puede sintetizarse la discusión científica en una doble interpretación, generadora de diversa corriente de pensamiento jurídico: la de inspiración justiniana, que es acogida por el Derecho histórico español, y llega al ordenamiento positivo de la Península Ibérica, incluyendo Brasil, que reconoce un principio general de igualdad ontológica con el ya nacido, salvo cuestiones o partes o causas muy específicas, como puede verse en la Recepción operada en Part. 4, 23, 3: Mientras la criatura estuviere en el vientre de la madre, todo lo que se haga o diga a su favor le aprovecha, igual que si estuviese ya nacida; pero lo que se diga o haga en daño “de su persona, o de sus cosas”, no le perjudica. La otra corriente es la que se formula a partir de la teoría de la ficción de Savigny, a tenor de la cual solamente se aplicaría el principio de que al concebido se le tiene por nacido para limitadas relaciones jurídicas, y esta orientación de origen pandectístico-germánico es la que plasma en el Código civil italiano.

⁽⁶²⁾ Pocos juristas hispanos del siglo XVII han obtenido en Europa y América tantos elogios como este madrileño, descendientes de salmantino, graduado en Leyes y abogado de los Reales consejos, que se formó en las aulas del Estudio de la ciudad del Tormes durante el último cuarto del siglo XVI. Gozó de extraordinario prestigio en su tiempo, no solo en la Academia sino también en los tribunales y en la doctrina, además de recibir un reconocimiento expreso por parte de las autoridades políticas, comenzando por el rey Felipe III, y su hijo Felipe IV, a quienes sirvió con entera lealtad y prolongados servicios, especialmente famoso gracias a las aportaciones que realizó para sistematizar el Derecho de las Indias, de modo que ha sido valorado como el fundador del mismo. La mejor demostración de la pervivencia de su obra impresa, y de la trascendencia de sus reflexiones jurídicas, se encuentra en la atención que ha merecido a los modernos investigadores de la ciencia histórico-jurídica, de modo que no solamente encontramos la síntesis biográfica en los recientes Diccionarios elaborados en España, tanto el que se refiere a juristas universales (Cf. BARRERO, A., s. v. *Juan de Solórzano y Pereira (1675-1655)*, en *Juristas universales*. Vol. 2. *Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasius a Savigny*, (R. Domingo ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 322-324, con elenco de las ediciones de sus obras y bibliografía, ensalzando como aspectos relevantes de su persona respeto a la ley, honestidad de su proceder, su gran capacidad de trabajo e iniciativa, ponderación de sus juicios y coherencia de sus actuaciones, que dan “una imagen muy próxima al *iudex perfectus* de tan hondo arraigo en la mentalidad y doctrina de la época”, lo que le valió la estima y consideración de sus superiores), como el dedicado a filósofos (DÍAZ DÍAZ, G., s. v. *Solórzano Pereira, Juan de*, en *Hombres y documentos de la Filosofía española*, vol. VII, Madrid, 2003, pp. 353-358, quien no duda en sostener: “uno de los mejores juristas de nuestro siglo XVII, llamado por muchos ‘Padre del Derecho indiano’, con elenco de sus obras y abundante bibliografía), o el crítico de juristas peninsulares e hispanoamericanos (VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M., s. v. *Solórzano Pereira o*

al estudio que elaboró y divulgó el jurista salmantino en cuanto al aborto provocado, valorado como crimen, dejando al margen cualquier análisis del mismo en otros ámbitos, como sería el moral, político, cultural, social, filosófico, médico, bioético o económico, en cada uno de los cuales es compleja la evolución histórica y susceptible de múltiples controversias, aparte de opiniones doctrinales enconadas, como ha puesto de relieve Sgambatti ⁽⁶³⁾, que inicia su discurso diferenciando la fecundación, o momento en que comienza la existencia del ser humano, como nuevo ser, y el embarazo o gestación, que es el estado en que se encuentra la mujer fecundada durante el tiempo necesario para el desarrollo del óvulo fecundado ⁽⁶⁴⁾.

Solórzano Pereira redactó en Salamanca, para su promoción académica dentro del Estudio universitario, una *disputatio* solemne ⁽⁶⁵⁾ sobre el crimen de

Pereira, Juan de (1575-1655), en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos, hasta noviembre de 2006)*, vol. II (M-Z). T. I (M-Va), dir. y coord. M. J. Peláez, Zaragoza-Barcelona 2006, pp. 555-557. con bibliografía ainal, quien no duda en afirmar: "Juan de Solórzano Pereyra es considerado el fundador de la ciencia del Derecho Indiano y el primer expositor de conjunto del régimen de gobierno y de justicia, normativo e institucional, en el Nuevo Mundo. Su experiencia personal en variados y destacados oficios y cargos, su sentido práctico, y su amplísima cultura jurídica, propia de un jurista del Barroco europeo, dentro de la tradición de *ius commune*, en su corriente del *mos italicus* tardío, dotan a toda su obra de originalidad y máximo interés". El interés que despiertan sus tratados, especialmente el *De iure Indiarum*, justifica la reciente y amplia monografía biográfica de GARCÍA HERNÁN, E., *Consejero de ambos mundos. Vida y obra de Juan de Solórzano Pereira (1575-1655)*, Madrid, Mapfre, 2007, así como otras referencias propias de historiadores del Derecho, como la aportada en los últimos años por ALONSO ROMERO, M. P., *Ius commune y derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan de Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes*, en *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*. En memoria de F. Tomás y Valiente. Salamanca 2004, pp. 102-110. Entre las monografías que se han ocupado recientemente de su doctrina, merecen destacarse: SÁNCHEZ MAILLO, C., *El pensamiento jurídico-político de Juan de Solórzano Pereira*, Barañáin (Navarra) 2010; HIERRO ANIBARRO, S., *Economía y Derecho mercantil en la obra de Juan de Solórzano Pereira*, Madrid, 2008.

⁽⁶³⁾ SGAMBATTI, S., *El aborto. Aspectos historiográficos, legales, éticos y científicos*, Caracas, 1986.

⁽⁶⁴⁾ SGAMBATTI, S., *op. cit.*, pp. 19-20.

⁽⁶⁵⁾ La frecuencia de sus intervenciones públicas ante el auditorio universitario ha quedado patente en sus *Decem conclusionum manus in augustissimo totius orbis terrarum Salmanticensis Scholae teatro*, Salmanticae, mense augusti, 1609, entre las que se encuentra la *repetitio* sobre un fragmento de Papiniano, relativo a la sustitución vulgar y pupilar, que había sido materia de exposición ante sus alumnos en un curso ordinario, por lo que su análisis se centra en el estudio del Derecho romano. Menos conocidos son los manuscritos que contienen apuntes de clase tomados por sus alumnos, algunos de los cuales se pueden consultar en la Biblioteca General de la Universidad hispalense: *Relectiones iuris civilis*, sign. A330-096, entre las que se encuentra, con el n.º 2, una de Solórzano Pereira, relativa a D. 39, 2, 15, 16, en el título *de damno infecto*,

parricidio ⁽⁶⁶⁾, en uno de cuyos capítulos analiza monográficamente algunos aspectos relevantes referidos al aborto ⁽⁶⁷⁾.

Si nos atenemos a la indicación del propio autor, se trata de recoger en un texto impreso, al que califica técnicamente de “libro”, después de la discusión académica, la disertación pública o *repetitio* ⁽⁶⁸⁾, realizada en un general del

y correspondiente al año 1607; y con el n.º 4, otra al título *De verborum obligationibus* del Digesto, datada en 1608. Igualmente existen unas *Relectiones iuris civilis*, sign. A330-092, dentro de cuyo volumen misceláneo se enumeran “*quatuor tractatus*” de Solórzano Pereira; con el n.º 2, la concerniente al título *de pactis*, seguida de otra al título del Código *de inofficioso testamento* (C. Iust. 3, 28, con datad en 1605, comentando la rúbrica del mismo, y las *Antinomiae iuris civilis*, que es un estudio prolijo con fecha en 1603. Finalmente, la obra manuscrita, también miscelánea, intitulada *Commentaria*, sign. A333-118, contiene la esposición, datada en 1603, relativa al título del Código justinianeo “*de bonis quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio*”, C. Iust. 6, 61.

⁽⁶⁶⁾ SOLÓRZANO PEREIRA, Io. de, *Diligens et accurata de parricidii crimine disputatio*, duobus libris comprehensa: quorum prior poenas huic sceleri constitutas exactissime explicat: Posterior, qui eis subdantur, non minori cura pertractat. Opus non iuris tantum, sed et omnigena aliarum litterarum cognitione conspicuum, et vel ipsa rerum, quae in eo continentur, varietate, et novitate censendum, et nulli non usui, et voluptati futurum. Salmanticae, exc. A. Taberniel antuerpianus, Ioanni Comanno bibliopolae. 1605. Hemos consultado directamente el ejemplar de la BUO. Biblioteca de CJS. Fondo histórico, Sign. EH-1230 y el de la BN. Madrid, sign. U-6180. Ruiz Fidalgo enumera los siguientes, con su signatura: Albacete, Pública 998. Cáceres, Pública 1/4527. Madrid, Academia de Ciencias Morales y Políticas. 19573: Nacional, sign. 3/37628. Palacio Real, III/1621; XIV/1075; Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 6080. Palma de Mallorca, Pública, Mont. 2986. Salamanca, General Univers.. 1796, 14505. Vic. Episcopal, 44/207. Zaragoza, Universitaria, G-8-31. RUIZ FIDALGO, L., *Las ediciones de obras de Derecho en Salamanca en los siglos XVI y XVII*, s. v. Solórzano Pereira, Juan de, n.º 343, en *El Derecho y los juristas en Salamanca...* op. cit., p. 300-301. Debe añadirse el ejemplar de la UVA, U/Bc BV 03515. También son dignas de mención, las dos ulteriores ediciones de esta obra, aunque se realizó conjuntamente con otros escritos del jurista. La primera lleva el título: *Obras varias: recopilacion de diversos tratados, memoriales y papeles, escritos algunos en causas fiscales, y llenos todos de mucha enseñanza y erudicion*, cuyo indice se verá en la ultima hoja, en Zaragoza, por los herederos de D. Dormer, a costa de G. de León, 1676, cuyo primer texto es: Ioannis de Solorzano Pereira... *Diligens et accurata de parricidii crimine disputatio: duobus libris comprehensa...*, Salmanticae 1606. (pp. 1-172), y finaliza “*Novus et accuratus index rerum, quae in tractatu de crimine parricidii et conclusionibus de vulgari et pupillari substitutione continentur*” (pp. 693-712), de la que hay ejemplares en USA, BG/ 14647 y 51425; en la Biblioteca regional madrileña, y en la homónima de la Universidad de Sevilla. Un siglo más tarde se reimprimieron en Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, corregidas y enmendadas por el licenciado F. M. Vallarna. También es el primero de los escritos, pp. 1-82, existiendo ejemplares en las Universidades de Oviedo, Salamanca, Murcia, Barcelona, Granada, Navarra y AECL. entre otros depósitos.

⁽⁶⁷⁾ Ibid., lib. II. cap. 12, pp. 162-167.

⁽⁶⁸⁾ Sobre las enseñanzas escolásticas, lecciones y disputas, aunque a partir de la reforma de los Estatutos que realizó Zúñiga en 1625, vid., PESET, M., *Las Facultades de Leyes y Cánones. Siglos XVI a XVIII*, en Salamanca. Revista de Estudios 47 (2002) 51-53.

Estudio asignado a la Facultad de Leyes ⁽⁶⁹⁾, con ocasión del acto solemne exigido al licenciando, con carácter previo a la tramitación administrativa que implicaba el informe *de moribus, et vita et legitimitate*, así como la constatación del título de *bacchalaureus*, que había obtenido el 21 de abril de 1595, antes de señalarle día para entrar a realizar el examen en la capilla de Santa Bárbara de la catedral salmantina, en cuyo momento se sortearían los puntos de veinticuatro horas. Dicho grado académico se le otorgó el 31 de mayo de 1599.

Recuerda García Hernán que el 30 de abril de 1607 fue elegido catedrático de propiedad en la vacante de Vísperas de Leyes, que había dejado su titular Trejo Paniagua, promovido a fiscal de la Chancillería vallisoletana, y añade dicho investigador: “su lección fue sobre el parricidio, materia que conocía bien, lo cual elevó su orgullo por cuanto su estudio había sido publicado en Salamanca”, para resaltar que “había dedicado su obra a don Juan Bautista de Acevedo, obispo de Valladolid, doctor en Derecho canónico, hechura del duque de Lerma, que había sido canónigo en Toledo, y en esos momentos era el maestro de los hijos del valido...”, y concluye: “Esta obra se había gestado años atrás y recogía sus trabajos de licenciatura” ⁽⁷⁰⁾.

Alonso Romero ⁽⁷¹⁾, por su parte, pone de manifiesto, a tenor de las actas universitarias salmantinas, que los puntos de examen del grado de licenciado, fueron los contenidos en D. 12, 6, 1. Ulpiano libro vicensimo sexto ad edictum, y C. Iust. 5, 9, *Authentica ex testamento*, mientras la monografía sobre el parricidio, al que en la propia centuria décimoséptima “llaman comúnmente de oro” ⁽⁷²⁾, y que vino “editada por vez primera en Salamanca el año 1606”, siendo ya catedrático de Digesto Viejo, tuvo una larga gestación, que recogía, de acuerdo con sus propias explicaciones en el saludo al lector, lo que en su día había sido su *solemnis praelectio* para obtener el grado de licenciado” ⁽⁷³⁾, por

⁽⁶⁹⁾ Pedro Borges señala que Solórzano fue “canonista” y “defendió para el doctorado su tesis sobre el parricidio publicada en 1606”, de modo que ambas afirmaciones son inexactas. En su valoración final pone de manifiesto que “su contacto personal con la administración indiana, así como los elevados cargos que desempeñó en el Consejo de Indias lo capacitaron como a ninguno para redactar sus dos obras más conocidas, que son al mismo tiempo los tratados más clásicos de derecho americano”. BORGES, P., s. v. *Solórzano Pereira, Juan de*, (Madrid, 1575 — Madrid, 1655), en *Diccionario de Historia eclesiástica de España*, dir. por Q. Aldea y otros, vol. IV, S-Z, Madrid 1975, p. 2503, con elenco de obras y bibliografía.

⁽⁷⁰⁾ GARCÍA HERNÁN, E., *op. cit.*, pp. 89-90.

⁽⁷¹⁾ ALONSO ROMERO, M. P., *op. cit.*, p. 105.

⁽⁷²⁾ Así se indica en la edición de las obras póstumas de Solórzano Pereira que se imprimió en Zaragoza, el año 1676, lo que demuestra que el libro del jurista madrileño fue valorado y asumido en esa centuria como la monografía más completa y rigurosa en la materia.

⁽⁷³⁾ Si nos atenemos a los Estatutos hechos en 1561, aprobados por Felipe II después de la visita del obispo de Ciudad Rodrigo y antiguo catedrático del Estudio, Dr. Diego de Covarrubias y Leyva, en el título XXXI se trata de las repeticiones, imprescindibles para recibir el grado

lo que matiza esta historiadora: “Por eso, como también aclaraba, la mayor parte de ella la había recitado ya en público antes de darla a la imprenta”.

Estamos ante la primera obra impresa que publicó el jurista madrileño, y que tiene su origen en la reflexión serena y muy documentada que elaboró para la *repetitio sollemnis* ⁽⁷⁴⁾, que era un requisito ineludible para acceder a dicho grado de licenciado como legista, tal como expresa el propio Solórzano Pereira en el saludo al lector:

*Magnam huius tractationis partem... quam nunc bona (utinam) scaeva
in publicum mando, ex stato, sollemnique almae huius Salmanticensis Scho-*

de licenciamiento, si bien el acto de la *repetitio* se realizaría en día lectivo, debiendo el graduando mostrar a su padrino, que en este caso era el Dr. Diego Enríquez, con ocho días de antelación, la repetición y conclusiones, además de fijar las conclusiones, tres días naturales antes de la repetición, en dos partes de las escuelas, y debiendo ejecutarla en el general, además de publicarse en la cátedra de Prima o Vísperas de la Facultad: “y se den las conclusiones a todos los doctores o maestros de la mesma Facultad que han de hallarse al examen, y que no repita persona alguna, sino a las horas acostumbradas”. También estaba prescrito que “el que oviere de repetir no repita mas de dos horas, y la disputa y argumento no dure mas que otra hora”. de modo que el acto completo duraba tres horas como máximo. Para asegurarse de la presencia de catedráticos cualificados en dicho acto público, se ordena que estén presentes “quatro doctores en la Facultad de Derecho... y de los que son obligados a arguyl en el examen... Yten en cada repeticion avra a lo menos tres que arguyan y de los que quisieren arguyl los mas antiguos sean los primeros y cada uno de los que arguyeren no porna mas que quatro argumentos y proseguira los que mas quisiere el que arguye replicando contra las respuestas quantas vezes quisiere sin que en esto les sea puesto impedimento”. Por último, se dispone que “el que oviere repetido, si quisiere entrar en examen para licenciado, prueve primero con dos testigos aver leydo las (diez) lecciones que es obligado conforme a la constitucion en las escuelas o en lugar donde el maestrescuela le haya dado licencia: los quales tetigos hagan fe que duro cada una destas lecciones mas de media hora...”. *Vid.* ESPERABÉ DE ARTEAGA, E., *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca. T. I. La universidad de Salamanca y los Reyes*, Salamanca, 1914, pp. 281-282. En marzo de 1604, cuando Solórzano Pereira ya estaba graduado como licenciado en Leyes, Felipe III confirmó los Estatutos que hizo el Dr. Juan Álvarez de Caldas, posteriormente obispo de Oviedo, como resultado de su visita institucional. Este prelado es el autor de unas Constituciones sinodales para la diócesis ovetense, impresas en Valladolid, 1607, que estuvieron vigentes hasta el último cuarto del siglo XVIII, aunque no afecta a esta regulación. AGS. RGS, marzo de 1604.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.* SALINAS QUIJADA, F., *La Universidad de Coimbra que conoció y vivió Martín de Azpilcueta*, en Estudios sobre el doctor Navarro, en el IV centenario de la muerte de Martín de Azpilcueta, Pamplona 1988, pp. 97-99. Después de señalar que era una de las obligaciones de los profesores la repetición anual, pone de manifiesto la falta de unanimidad entre los estudiosos acerca de su contenido, pudiendo afirmar con el franciscano A. García, que era un ejercicio que consistía en un examen más exhaustivo de textos legales que normalmente se habían comentado o explicado en el curso ordinario, si bien en ocasiones era una mera recopilación de elementos diversos sobre un determinado tema, aunque Salinas entiende que sería el equivalente a la moderna ‘Conferencia’, acompañadas de mucha solemnidad, y constituían una exposición más fundamental de una materia, con la diferencia de que los catedráticos, obligados por Estatuto a realizarla anualmente, estaban obligados a su ejecución durante una hora, controlada por la clepsidra, y no había disputa.

lae more, annis superioribus, pro obtinenda licentiae laurea, non sine audientium patrum adprobatione publicè recitavi.

No obstante, entre junio de 1599 y el invierno de 1605, data de elevación del original manuscrito ante los miembros del Consejo de Castilla, con objeto que aprobaran la edición de la obra, y cuya censura dicho órgano político confió al licenciado Molina ⁽⁷⁵⁾, con juicio favorable extendido el 14 de marzo del último año citado, por lo que se le pudo otorgar el privilegio decenal de impresión el día 4 de abril inmediato posterior ⁽⁷⁶⁾, Solórzano Pereira reelaboró dicha lección magistral, en su mayor parte sometida a discusión en 1599, pero no solamente ante los alumnos, sino también con el juicio crítico de los más prestigiosos catedráticos de la Escuela, quienes le habían otorgado su aprobación.

El experto en Derecho indiano llevó a cabo un estudio más amplio y de revisión, con la finalidad de abordar cuestiones que no le había permitido desarrollar el tiempo asignado a la exposición pública previa al grado, conforme a las prescripciones estatutarias, aportando posteriormente en letra impresa la ulterior reflexión y el fruto de una asidua lectura de multitud de libros, tal como se acostumbraba en Salamanca entre los docentes y aspirantes a cátedras, enriqueciendo de este modo, en la medida de lo posible, la redacción primera del tratado, además de tener presente lo que había omitido en aquel momento, y adicionando lo que posteriormente había visto en sus lecturas, para concluir: “*et observata in libri formam digessi*”, es decir, el tratado es un resultado final de un proceso largo de maduración de la materia, expuesta ahora sistemáticamente como un libro, tal como en forma imaginaria refiere a continuación: “*et foetum*

⁽⁷⁵⁾ Necesariamente tuvo que presentarlo ante el Consejo de Castilla entre el 17 de enero y el 17 de marzo de 1605, como *dies a quo* y *ad quem*, respectivamente, dada la referencia expresa en la “*approbatio*” de la condición del licenciado Solórzano “*publici apud Salmanticenses Caesaris iuris interpretis*”, y no ganó la vacante de Código hasta el 17 de enero, cuando obtuvo 274 votos, *more accademico*, de los 459 que se computaron. AUS/955. Procesos de cátedras, fols. 20v-21r. El censor, que recibe el encargo del Consejo Real, recuerda que después de haber examinado con cuidado y diligencia el texto, a lo largo de su lectura, “*nil in eo quod vel Christianae religioni, vel bonis moribus adversetur, offendi*”, mientras que Solórzano aporta muchas novedades en su planteamiento, y contiene exposiciones útiles tanto para los tribunales como principalmente para los estudiantes, mostrando igualmente el ingenio del autor y su amplia erudición, por lo que Molina estima que es digno de publicación para que venga en utilidad común de los estudiosos: “*multa, quae et novitate delectent, et tum in foro, tum maxime in scholis usui esse possint, et auctoris ingenium, variamque eruditionem ostendant, et dignum opus faciant, ut in communem studiosorum utilitatem edatur*”.

⁽⁷⁶⁾ Autoriza el privilegio en Valladolid, por residir la Corte de Felipe III en esta ciudad castellana, D. Juan de Amezqueta.

hunc animatum iam, quin et maturum, et prodire foras nitentem, lucae relevari" ⁽⁷⁷⁾.

Solórzano Pereira había desempeñado varias sustituciones de cátedras, unas veces en relación con las Pandectas, como eran Digesto Viejo y Prima, y otra con la del Código, además de realizar actos académicos públicos, con conclusiones, para captar el voto favorable del alumnado, previamente a la celebración de los ejercicios de oposición, que realizó, por ejemplo, para optar a la cátedra de Volumen, donde se explicaban los tres últimos libros del *Codex* de Justiniano, celebrados en diciembre de 1604, en los que no tuvo resultado favorable, si bien un mes más tarde ganó la cátedra de Código, con data del 17 de enero de 1605, la cual dejaría vacante por su paso a la de Digesto Viejo, en diciembre del mismo año ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁾ Quedaba la fijación de la tasa, a efectos del precio de venta, que viene fechada en Valladolid el 29 de octubre del mismo año. La tasa se fija en tres maravedís cada pliego de un "libro, intitulado, *De poena parricidij*, compuesto por el Licenciado Ioan de Solorzano Pereyra catedrático de Código en la Universidad de Salamanca... y para que se sepa el precio del (en la venta) se ponga esta fe de tasa al principio o fin de cada cuerpo del dicho libro", como certifica el escribano de Cámara del Rey y del Consejo, Francisco Martínez. Solórzano deja constancia de su consciencia en cuanto al valor relativo de las aportaciones que realiza, al reconocer: "*Sat scio non defuturos, qui melius fuisse dicant*", pero ello no le impide afirmar tajantemente con plena convicción del valor positivo de su obra, porque abre el camino en esta materia que carecía de estudios monográficos, y además tiene gran utilidad, especialmente para los universitarios que cursaban entonces, llenando lagunas y deficiencias que se producían en algunas explicaciones de clase, sin olvidar su utilidad en el ámbito forense: "*negó libellum hunc, quem quasi praecursorium interim dum moliuntur alii, dum comuntur, emitto, in rebus inanibus, et nunquam usui futuris versari, cum multa contineat, quae ad puram putam iuris prudentiam spectant, multa quae in foro quotidie, plurima quae in Scholis tractari et solent et possunt, et ab alijs aut omissa, aut nusquam ut oportebat exposita reperiuntur*". En consecuencia, pide al lector que no desprecie su contenido, sin examinarlo previamente. Para situar al estudiante de Leyes que examinara la obra, no duda en incorporar, como primer apartado del libro, el texto íntegro de tres fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*, relativos a la *lex Pompeia de parricidiis*: D. 48, 9 (*De lege Pompeia de parricidiis*), 9. Modestinus libro duodecimo pandectarum; C. Iust. 9, 17 (*De his qui parentes vel liberos occiderunt*). 1. Imp. Constantinus A. ad Verinum vicarium Africae. D. XVI kal. Decem. Licinio V et Crispo C. conss. (año 318-319), e Inst. Iust. 4, 18 (*De publicis iudiciis*). 6: "*Alia deinde lex asperrimum crimen nova poena persequitur, quae Pompeia de parricidiis vocatur...*", a los que se refiere el legista "*leges, quae in hoc libro ex professo declarantur, et exornantur verba*", mostrando de este modo un claro planteamiento humanista, pero en consonancia con la corriente salmantina de analizar directamente y en un plano de similar importancia las leyes patrias, porque a continuación de los fragmentos justinianeos, incorpora el texto de Partida 7, 8, 12, porque presentan en común que todos ellos son relativos al parricidio y su pena, que es el nervio y objeto del libro.

⁽⁷⁸⁾ Su *curriculum* académico no se detuvo entonces, porque aspiraba sin éxito a la cátedra de Prima de Leyes, pero después de varias oposiciones infructuosas a la de Vísperas, fue promovido a la misma, el 30 de abril de 1607, si bien tendría un nuevo titular dos años más tarde, el 26 de noviembre de 1609, al ser promovido Solórzano Pereira a una plaza de oidor de la Audien-

El esquema formal del tratado ha sido expuesto sintéticamente por Alonso Romero, poniendo mayor atención en el libro primero, al referir el contenido de cada uno de los capítulos, mientras que tan solo presenta puntualmente algunos asuntos del libro segundo, sin que se aluda al capítulo que nos ocupa en estas páginas ⁽⁷⁹⁾.

Por lo que se refiere al método de interpretación jurídica, en el que se inscribe Solórzano Pereira, es evidente que enlaza con la corriente humanista salmantina del siglo XVI, que acoge el denominado *mos gallicus* o jurisprudencia elegante, y a cuyos defensores se denominan neoteóricos. Sus corifeos salmantinos más significativos fueron Antonio Agustín y Diego de Covarrubias, ya en la tercera década del siglo XVI, como resultado de la enseñanza del Dr. Navarro, pero a la que se adscriben igualmente, poco más tarde, Juan de Orozco y los portugueses Arias Piñel o Manuel da Costa que, formados en Salamanca durante los años treinta de ese siglo, retornaron desde Coimbra, una vez jubilados, al Estudio del Tormes, donde alcanzaron el máximo reconocimiento, como catedráticos de Prima de Leyes ⁽⁸⁰⁾. Entre los cultivadores de este método interpretativo de las Fuentes justinianeas, al finalizar la centuria, nos encontramos con el maestro de las *Institutiones* Pichardo de Vinuesa, cuya docencia influye claramente en un grupo de discípulos, entre los que destacan Solórzano Pereira y Francisco Ramos del Manzano, al que sigue su alumno Fernández de Retes, por citar algunos de los legistas más relevantes ⁽⁸¹⁾.

cia de Lima, cargo que aceptó a ruegos del conde de Lemos. Vid. ESPERABÉ DE ARTEAGA, E., *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca. T. II. La Universidad de Salamanca. Maestros y alumnos más distinguidos*, Salamanca 1917, pp. 441. 443 y 506-507.

⁽⁷⁹⁾ ALONSO ROMERO, M. P., *op. cit.*, pp. 106-109.

⁽⁸⁰⁾ Sobre el significado de la cultura humanista en Portugal durante la Edad Moderna, con especial referencia a la renovación de los estudios universitarios, vid. SILVA DIAS, J. S. da, *Portugal e a cultura europeia (séculos XVI a XVIII)*. Introd. e coord. M. A. Rodrigues. Porto 2006, pp. 53-208, especialmente 83-84.

⁽⁸¹⁾ Uno de los historiadores del Derecho que más atención dedicó a esta investigación, y cuyos resultados han ido publicándose en diversos trabajos, con examen directo de las obras impresas por cada autor, es DE DIOS, S., *Tendencias doctrinales en la época de la Jurisprudencia clásica salmantina*, en Salamanca, Revista de Estudios 47 (2002) 285-311. Este historiador del Derecho señala: "Por la obra de canonistas y civilistas cabe deducir que el *mos italicus* fue predominante, desde 1480 a 1650 en la época clásica de la jurisprudencia en la Universidad de Salamanca, aunque no puede negarse que otros juristas, en mayor número de lo que se venía presuponiendo, se movían en el ámbito del humanismo jurídico y de las corrientes teóricas". Esta apreciación general, se matiza en la pp. 298-299: "Juan de Solórzano Pereyra, graduado en Leyes en Salamanca y catedrático en ella, donde llegó a coeditar con su maestro Pichardo... inicialmente, la obra engendrada en la Universidad es de signo romanista y humanista... Es pasmosa su erudición, incluida la histórica, y no debemos despreciar el dato de su sensibilidad, que le llevó a cuestionar la pena de marca en los cuerpos, frente a decisiones adoptadas por tribunales de su tiempo". Cf., id., *Derecho, religión y política. La representación del doctor Francisco Ramos*

Las características más significativas de este grupo, dentro del Humanismo jurídico europeo, consiste en tomar como punto de partida del discurso las reglas jurídicas, justinianeas y de Derecho patrio, que se sitúan en la evolución histórica correspondiente, como ocurre respecto del aborto con las disposiciones romanas y su ilustración, seguidas de la *lex Visigothorum* ⁽⁸²⁾ y normas de Partidas. En su interpretación, se aunan todos los conocimientos indispensables para la comprensión de la conformación histórica de la norma jurídica aplicable a la materia, a partir de los dos *Corpus Iuris*, *Civilis* o *Caesarei* y *Canonici*, citados indistintamente en cualquiera de sus partes, sin renunciar a la doctrina medieval, como es la Glosa de Accursio, porque no se trata de meras elucubraciones intelectuales sino de acercar la regla a la resolución de los problemas y cuestiones importantes en aquel momento, pero en un segundo plano de incidencia en el discurso.

Solórzano, como el resto del grupo que integraba esa corriente interpretativa salmantina — siempre circunscribiéndonos al capítulo del aborto, que es el que nos ocupa —, pone en el primer nivel de relevancia, a causa de la significación vivencial y ultraterrena, las aportaciones de la Teología, pero no en el sentido medieval, sino de la Escolástica más avanzada o Neoescolástica, con mayor incidencia para un jurista en la Teología Moral, pero a partir de la Sagrada Escritura e interpretación de los Santos Padres, sin olvidar la relevancia de las aportaciones conciliares, como el granadino de Elvira, a principios del siglo IV, o normas sinodales posteriores, con relevancia para el Magisterio Pontificio relativo a la materia que le ocupa, presentado desde su máxima actualidad, porque son las constituciones papales de finales del siglo XVI, emanadas por Sixto V y Gregorio XIV, además de las *auctoritates* más representativas de los legistas europeos encuadrados en la corriente citada, como Pedro Gregorio tolosano, Guillermo Budeo parisiense, Jacobo Cujacio, Julio Claro, André Tiraqueau, y J. Menochio, por citar los más significativos ⁽⁸³⁾.

del Manzano al Papa Alejandro VII sobre la provisión de obispados vacantes en la Corona de Portugal, en Juristas de Salamanca, siglos XV-XX. Salamanca, 2009. pp. 173-233.

⁽⁸²⁾ La constitución de Constantino, del 16 de noviembre del año 318. C. Th. 9.15. 1 relativa al crimen de parricidio, pasó al Breviario de Alarico 9, 12, 1: *Si quis in parentis aut filii aut omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam, sive palam id fuerit enisus, neque gladio... poena parricidii punetur... terra mortuo auferatur... Interpretatio. Si quis patrem matrem, fratrem sororem, filium vel filiam aut alios propinquos occiderit... facto de coriis sacco, qui culleus nominatur... nullo tempore obtineat sepulturam.*

⁽⁸³⁾ En otros capítulos de dicho libro se citan humanistas significativos como Hotman, Alciato, Antonio Fabro, Connano, Duareno, El Brocense, Durante y Bernabé Brisson, sin que falten los autores salmantinos de su corriente doctrinal, como Antonio Agustín o Pichardo de Vinuesa, o preceptores ilustres de la Escuela, en el ámbito de la Jurisprudencia, que no pertenecieron a dicha corriente interpretativa, como Antonio Gómez. Gonzalo Díaz examina la obra más

Solórzano Pereira incluye, en el tema del aborto, un listado de juristas europeos muy seleccionado, sin remisión bibliográfica generalizada e indistinta, salvo una consulta bien fundada a determinados autores y obras, que identifica con dicha finalidad en casos puntuales, como ocurre, por ejemplo, con Juan Vela y Acuña o J. *Raevardus*, mientras demuestra, al mismo tiempo, una clara orientación sistemática en su estudio, muy en consonancia con el enfoque aportado por Hugo Donello, a quien sin embargo no cita, sin olvidar una significativa alusión a textos literarios de la antigüedad clásica latina, desde Cicerón a Ovidio, pasando por Juvenal y Quintiliano ⁽⁸⁴⁾, cuya importancia está fuera de cualquier equívoco, ya que se trasladan al discurso algunos de sus párrafos en su tenor literal, además de referir correctamente la fuente.

No encontramos en Solórzano una desconexión entre creación doctrinal y la realidad temporal en la que desarrolla su existencia, porque con este libro trata de iluminar un problema grave, entonces ya existente en la sociedad europea, pero que en el ámbito normativo fue objeto de regulación canónica por parte de algunos Pontífices de su tiempo, aunque con directa repercusión en los reinos españoles, tanto por su directa aplicación, a causa del reparto de competencias en los dos foros, secular y eclesiástico, como por la mutua e intensa colaboración que España mantenía en aquel momento con la Santa Sede, especialmente en materias sensibles para la persona física y su ámbito familiar o social.

Este planteamiento está expreso en el inicio de la disertación del legista sobre el aborto, al recordar que este crimen comporta una actuación ilícita frecuente en la práctica de su tiempo, como refiere en sus propias palabras “*quotidianis constaret exemplis*”, y que ante la excepcional gravedad del ilícito penal, calificado de “*incredible scelus*”, junto a la conducta reprobable de sus agentes,

conocida de Solórzano, resaltando que “pone a contribución una colosal erudición que abarca alrededor de un millar de autores, clásicos, bíblicos, patristicos, medievales, renacentistas y de los tiempos más recientes, y cerca de mil quinientas obras citadas expresamente, y todo ello manejado con habilidad e inteligencia sobre un esquema de trabajo en que cada cuestión meticolosamente odenada respecto de la anterior y de la subsiguiente es expuesta y estudiada según el triple momento de su enunciado, de sus razones — positivas y negativas — y de su valoración”. DÍAZ DÍAZ, G., *op. cit.*, p. 354.

⁽⁸⁴⁾ Alonso Romero resume en pocos renglones este procedimiento utilizado por los graduandos de licenciados en Leyes durante la elaboración de sus repeticiones: “en la forma de acometer el tema, el orden escalonado de materias a tratar, el apoyo en la filología, las disquisiciones históricas, la preocupación por el contexto, la claridad expositiva, el buen latín, el cuidado en la redacción, el interés por trascender hacia lo general, por ofrecer una definición, plantear distinciones o echar mano de las experiencias jurídicas de otros pueblos, así como en el simple manejo de las autoridades, Solórzano se desvela como un claro seguidos del humanismo jurídico. No hay duda”. ALONSO ROMERO, M. P., *Ius commune y Derecho patrio...*, *op. cit.*, p. 106.

debería pasarse de la repulsa verbal existente, contenida en adecuadas normas jurídicas, a unas sanciones efectivas, que realmente castigaran con severísimas penas a los padres por las muertes de los hijos.

Sería bueno recordar aquí las palabras de Enrico Ferri ⁽⁸⁵⁾, a finales del siglo XIX, cuando afirmaba que “l’aborto... é ignoto agli animali nella sua forma cosciente e quindi criminosa, è tuttavia comune fra i selvaggi”. Recordaba este insigne penalista italiano, que “fra i Tasmaniani, le donne non vogliono divenir madri se non dopo parecchi anni di matrimonio, per conservare la freschezza delle carni, e perciò si fanno abortire, con un mezzo assai primitivo, usato nell’ Australia: i colpi replicati sul ventre... Così avviene nella Nuova Caledonia, ove il mangiare i banani verdi, per abortire, è una cosa frequente e punto biasimata. L’aborto è pure usato in America”, citando casos del Norte y Sur, especialmente después de tener dos hijos, aunque en su criterio “è supratutto nella isole, l’omicidio e l’aborto sono permessi. Anzi all’isola di Formosa... l’aborto è comandato dalla pubblica utilità e quindi dalla pubblica morale; talchè le donne ivi non possono aver figli prima dei 36 anni, e vi sono apposite sacerdotesse, che fanno abortire chiunque resti incinta prima di quest’epoca”.

Dado el equívoco existente a efectos penales, Solórzano no dude en declarar solemnemente que la reacción violenta de los padres contra sus hijos no se produce exclusivamente respecto de los que ya viven de modo autónomo, sino que, con enorme frecuencia, las madres piensan más en su fama e imagen social, o porque sienten una notoria enemistad frente a sus co-generantes, dirigen su ataque de modo injusto contra sus entrañas, en las que tienen los fetos, a los que expulsan violentamente utilizando medicamentos, a pesar de la necesidad que aquellos tienen de madurar en el seno materno ⁽⁸⁶⁾. Esta conducta conlleva, al mismo tiempo, una muerte muy desgraciada y cruel del nuevo ser vivo, que llevan en su cuerpo, además de presentar un mal ejemplo dentro de la sociedad ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ FERRI, E.. *L’omicidio nell’antropologia criminale (omicida nato e omicida pazzo)*, Torino 1895, p. 46.

⁽⁸⁶⁾ Prescinde el jurista del supuesto contemplado en D. 48. 8. 3. 2. Marcianus libro quarto decimo institutionum, a propósito de la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, según el cual tiene la pena de *relegatio*, establecida en un senadoconsulto, quien suministra un medicamento, non con malo animo, sed malo exemplo, para conseguir el embarazo, de cuya sustancia deriva la muerte de la mujer, es decir, no existe en la conducta una finalidad abortiva, pero se produce un homicidio culposo.

⁽⁸⁷⁾ Señala Tiraqueau, que es abortivo el que nace de modo intempestivo y fuera de su tiempo de maduración, aunque esté vivo y salga así del claustro materno, porque la falta de conformación vital le hará normalmente perecer, de modo que en la terminología latina se habla de *partum eiicisse, magis quam peperisse aut edidisse*, y en consecuencia *eiicere partum* es igual que *abortivum facere* o *abigere conceptum*, de ordinario a través de la fuerza o de los medica-

Los principales asertos del jurista madrileño, por lo que se refiere al aborto ⁽⁸⁸⁾, desde la perspectiva penal, quedan referidos en el sumario que presenta Solórzano Pereira como anticipo del mismo capítulo, y sirve de preparación inmediata al lector, acerca del alcance de su discurso más próximo. Está redactado por el propio legista, concretando sus aportaciones relativas al ámbito criminal de la conducta:

Parricidii teneri matrem, non quae natum tantum ⁽⁸⁹⁾, verum et quae conceptum filium abegerit ⁽⁹⁰⁾, et aborsum ⁽⁹¹⁾ procuraverit. In hac re

mentos, a diferencia del *proiicere*, que pudiera producirse por casualidad. TIRAQUELLI, A., *Commentarii in L. Si unquam C. de revocandis donationibus*, Lugduni, apud G. Rovillium, 1587. pp. 218-219, n.º 206-220.

⁽⁸⁸⁾ Este término proviene del latino *abortus*, que significa, según Festo, “*gravidae mulieris dicitur, quod non sit tempestive ortum*” (FESTI, S. P., *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, ed. Lindsay, Lipsiae, Teubneriana, 1913, p. 27, s. v. *abortum*). San Isidoro, en sus *Etimologías*, X, 20, añade un matiz de importancia: “*Abortivus, eo quod non oriatur, sed aboriatur et excidat*”, es decir, no solamente porque es expulsado del vientre, sino que además viene “destruido”, porque se le impide que viva en el futuro. (SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, ed. bil., I, libros I-X, texto latino, versión española y notas por J. Oroz Reta y M. A. Marcos Casquero, Madrid, BAC, 1982, pp. 806-807). *Vid.* HUMBERT, G., en *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, D-S, t. I. Première partie, A-B. Graz 1969, pp. 9-10, s. v. *abortus*, parto antes de su finalización.

⁽⁸⁹⁾ D. 48, 9, 1. Marcianus libro quarto decimo institutionum. *Lege Pompeia de parricidiis cavetur... cuiusvis dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis. sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adfiscitur...*. Por tanto, se trata de los supuestos generales del parricidio, que no venía incluido originariamente en la *Lex Pompeia*, a causa del vigente *ius vitae et necis* otorgado al *pater*, pero que encontramos enumerado en C. Iust. 9, 17, 1. Imp. Constantinus A. ad Verinum, vicarium Africae. *Si quis in parentis aut filii aut omnino adfectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur...* Año 318. Se reproduce en Inst. Iust. 4, 18, 6. El parentesco afectado no solamente se refería a los ascendientes y descendientes *in infinitum*, sino que llegaba hasta el cuarto grado, inclusive, en línea colateral. El significado extenso de los supuestos de parricidio es asumido en Part. 7, 8, 12. Por otra parte, al tratar del “*natus*”, es presumible que estemos en presencia del nuevo sujeto de derecho, y por tanto su muerte, en general, entraba en el infanticidio, que ya había sido castigado con la ley *Cornelia de sicariis et veneficiis*, equiparándolo en su pena con el homicidio (C. Iust. 9, 16, 8 = C. Th. 9, 14, 1: *Si quis necandi infanti piaculum adgressus adgressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum*. Año 374), salvo que viniera cometido por la madre, el padre u otro pariente, afectado por el crimen de parricidio, ya que entonces se les aplicaba la *poena cullei*. Cf. FALCHI, G. F., *Diritto penale romano. vol. II. I singoli reati*, Padova, 1932, p. 157.

⁽⁹⁰⁾ Paulo, en sus Sentencias, indica que mata no solo “*qui partum praefocat, sed et is qui abicit*”, además de añadir la negativa de alimentos o “*is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet*”. PS 2, 23, 10. Señala Humbert, que *abigere partum* es una expresión utilizada en Roma para designar el crimen de aborto, si bien durante la República romana el supuesto voluntario del mismo no fue considerado un delito, ya que ni los filósofos ni

communiter animatum foetum ab inanimado distingui. Id an iure factum? Triphoninus in l. Cicero D. de poenis ⁽⁹²⁾ *exponitur. In abortum curantes*

los juristas consideraban la existencia de un ser humano en el simplemente concebido, y lo identificaban como *pars viscerum matris*, de modo que el acto de abortar no se reputaba como homicidio, sino simplemente como acto inmoral, bajo la supervisión de los censores y del tribunal doméstico, dejando al margen el aborto de la mujer fuera del matrimonio, ya que el Estado no se ocupaba de ello. La situación cambió con la abundancia de abortos a finales de la República, lo que obligó al Estado a intervenir y prohibirlo con severidad, recordando el supuesto de la mujer de Mileto. De una ley penal contra la *abortio partus* no hay huellas en Roma hasta el año 200 d. C., en tiempos de Septimio Severo y Caracalla, quienes con su rescripto castiga el aborto voluntario provocado por la madre, con el exilio temporal decretado por el gobernador de la provincia, al ser indigno que la esposa pudiera con impunidad dejar sin descendientes al marido, y el jurista Trifonino se refiere a la misma disposición, aplicando la misma pena a la mujer divorciada que abortara por enemistad con el marido generante, lo que demuestra que esta punibilidad se hace en interés del esposo, pero en ningún caso de forma absoluta e independiente del perjuicio que le causaba al progenitor. Justiniano coloca el aborto entre las causas de repudio a favor del marido, y es un dato sociológico que fue un crimen frecuente en el Imperio romano a pesar de la vigilancia de los emperadores cristianos en la aplicación de las penas previstas. HUMBERT, G., en *Dictionnaire des antiquités...*, D-S, op. cit., pp. 7-8.

⁽⁹¹⁾ No puede pasar inadvertido el hecho terminológico del jurista madrileño, que no habla de *abortum* sino de *aborsum*, en coherencia plena con la noción actual de vida humana desde la fecundación. En este asunto, aunque no lo cite, Solórzano sigue la doctrina de Jacobo Cujacio, acorde con la regulación bíblica. El humanista, al comentar la ley Falcidia, en *In libros Quaestionum* de Papiniano, lib. XIX, ad legem IX, trata la cuestión de las diferencias entre *aborsum* y *abortum*, sirviéndose de los gramáticos, y no exclusivamente de los filósofos o médicos del mundo clásico (CUJACIUS, J., *Opera omnia*, t. IV, Neapoli, 1758, col. 553): "*Licet quandoque natus dicatur esse pars viscerum matris, ut Quintilianus, Declamatio 338... Galenus docet... nostri auctores sequuntur, qui sunt imbuti a Stoicis, embryon non esse animal, ac proinde nec hominem esse, antequam nascatur et exeat utero (est homo qui jam natus est), nam non omnis qui exit utero, nascitur. Qua de causa dubitabatur olim, an ea, quae sibi partum abegisset, damnanda foret. In altera parte erat ratio illa, quod embryon non sit animal... In altera parte est, quod quae partum abegit, spem animantis peremit. Ergo damnanda est. Et haec pars obtinuit l. Cicero de poenis, l. 4 de extraord. Crim. Idque etiam esse ex legibus Licurgi et Solonis, Galenus scribit... et tentat duabus rationibus... quia quae partum abigit, punitur quasi infanticida; sed hoc... spem animalis... Lege divina constituitur differentia inter aborsum et abortum, Exodi cap. 21. Abortus mortem dat, morte punitur; aborsus mulcta pecuniaria... ex Nonio Marcello aborsus intelligimus fieri in exordio conceptionis, abortum prope tempus pariendi... bene formatum. Et sane Aristoteles non videtur improbare aborsum... debere efficere antequam quid sentiat partus, Politica 8. Tertullianus in Apologetico damnat etiam aborsum, qui et lege divina mulctatur... Igitur sive sit aborsus sive abortus, quem quis paraverit vel procuraverit, poena dignus est, non tam quod partus nondum editus, sit animal, sed quod sit spes animalis. Et ne hanc quidem perimi oportet*".

⁽⁹²⁾ D. 48, 19. 39. Tryphoninus libro decimo disputationum. Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est. Escribió Cicerón en Pro Cluentio (11, 32), que cierta mujer de la ciudad de Mileto,

Iuvenalis, Ovidii, Ciceronis et Tertulliani elegantissima verba. Gravius homicidio hoc crimen videri. Nulla ratione excusari.

Este sumario permite concretar el objeto de su análisis, ya que expresamente deja al margen de su discurso la defensa de la vida de la mujer, puesta en peligro o con resultado de muerte durante el embarazo, a causa de la actuación abortiva ⁽⁹³⁾, a lo que se refiere el catedrático salmantino Antonio Gómez en una de sus *Resoluciones* ⁽⁹⁴⁾, del mismo modo que no alude a la suspensión de la ejecución de una pena capital impuesta a la embarazada antes del parto ⁽⁹⁵⁾,

estando en Asia, fue condenada a la pena capital, por haberse procurado el aborto con algunos medicamentos, después de haber recibido cierta cantidad de numerario que le entregaron quienes heredarían como sustitutos. Nuestros excelentes emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala dispusieron en un rescripto que si alguna mujer provocase con violencia el aborto después de divorciarse, con el fin de evitar que tuviese descendencia su marido, al que odiaba en ese momento, debía ser castigada con un destierro temporal.

⁽⁹³⁾ Paulo en PS 5, 23, 14, aclara: “*si ex hoc* (de la bebida abortiva) *mulier... perierit, summo supplicio adficiuntur*”. Cf. D. 48, 19, 38, 5. Paulus libro quinto sententiarum. El supuesto penal del tercero que provoca el aborto de la mujer implica para los *honestiores* la pena de la *relegatio in insulam* y pérdida de la mitad del patrimonio, conforme a D. 16, 50, 164, 2. Ulpianus libro quinto decimo ad Sabinum, mientras que para los *humiliores* se les castiga con la *damnatio ad metalla*. A este supuesto se refiere Pradilla: “El hombre que dio veneno, o alguna bebida a muger preñada, para causar aborto, o ella la tomere, o para que sea esteril, o por causa de amor, si de tal bebida se siguiere muerte, será cometer este delito (homicidio con veneno) y tener la misma pena que se dira... (Part. 7, 8, 8 y l. divus ff. De var. Et extraord. Crim, además de la l. pen. C. de sicariis Pero si la tal bebida se le dicesse a alguna muger con zelo y animo de que conciba y se haga preñada, aunque se siguiesse muerte no ha de ser castigado con la pena ordinaria”. PRADILLA, F. de la, *Suma de las Leyes penales...* ahora de nuevo añadido por el licenciado J. Calderón, Madrid, impr. del Reyno, 1639, p. 10.

⁽⁹⁴⁾ “Si la bebida se dio no con animo de matar, sino con el de engendrar cariño ilícito, y el que la recibió muere, ha de sufrir el dante la pena de muerte... mas si se hubiese dado sin dolo por causa de amor lícito, o para que la muger concibiese, aunque resulte fallecimiento, unicamente se impone una pena arbitraria, y aún no siguiendose, por el grave daño que pudo resultr y ser cosa de mal exemplo, ha de imponerse tambien una pena extraordinaria: de lo qual se infiere que quanto sea iniquo y escandaloso en la Republica debe castigar el juez”. MARCOS GUTIÉRREZ, J., *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gomez*, Madrid, imp. de B. Cano, 1789, p. 40, n.º 27.

⁽⁹⁵⁾ PS 1, 12, 4 (5). *Praegnantēs neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt*. Marcelo, en D. 8, 11, 2, refiere que en la monarquía romana se prohibía enterrar a la mujer muerta, que estuviera embarazada, antes de que le extrajeran el feto, dado que se presumía un sepelio conjunto de la difunta con el feto animado, y consecuentemente la aniquilación de una *spes animantis*, de la que hacía culpable al que hiciese lo contrario: “*Marcellus libro vicensimo octavo digestorum. Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*”. Falchi interpreta el supuesto como el de la mujer fallecida durante el parto. FALCHI, G. F., *op. cit.*, p. 158, nota 1.

de cuya materia trata, por ejemplo, Cujacio en sus comentarios a las Sentencias de Paulo ⁽⁹⁶⁾.

Solórzano Pereira formula, en pocas líneas, cinco cuestiones que resultan fundamentales en la materia ⁽⁹⁷⁾:

a) En cuanto al tipo de delito: Hay parricidio por parte de la madre, no solamente cuando mata al hijo ya nacido, sino también aunque esté en su seno, si procura el aborto.

Este enunciado nos hace pensar en Tertuliano ⁽⁹⁸⁾, citado por Solórzano, quien sentencia de modo diáfano: “*Nobis (christianis) homicidio semel interdicto, etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delibatur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci; nec refert natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet: homo est, et qui est futurus; etiam fructus omnis jam in semine*”.

La doctrina jurídica europea de los siglos XVI y XVII, no solamente la canonística, sino también los intérpretes del Derecho civil, busca el fundamento de su reflexión intelectual en las fuentes jurídicas de la Compilación justiniane ⁽⁹⁹⁾, pero insertándolas en el contexto cultural de los jurisprudentes clásicos

⁽⁹⁶⁾ “*Praegnans neque torqueri, neque summo supplicio affici potest. l. imperator ff. De statu hominum (D. 1. 5. 18. Ulpianus libro vicensimo septimo ad Sabinum. Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet...); l. praegnantis ff. De poenis (D. 48. 19. 3. Ulpianus libro quarto decimo ad Sabinum. Praegnantis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. Ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est). Quintillianus Declamatio 277: Supplicia, inquit, praegnantium lex differri in diem partus iubet. Idem Clemens Alexandrinus... et Aelianus... et Plutarchus... et Diodorus 2 c. 3*”. CUJACIUS, J., *Opera omnia*, t. I. Neapoli 1758, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, col. 373: *Interpretationes in Jul. Pauli Recept. Sentent.*, lib. 1, tit. XX, n.º 5: “*Praegnantis neque torqueri neque damnari, nisi post editum partum possunt*”.

⁽⁹⁷⁾ En cuanto al aspecto terminológico del aborto y su regulación en la Compilación justiniane, el pamplonés Daoy, refiere cinco sedes diferentes: “*Abortum faciens ante 40 dies punitur in temporale exilium, sed post 40 dies tenetur de homicidio, l. Divus et ibi glosa finalis de variis et extraordinariis criminibus (D. 47. 11. 4). Abortum medicamentis faciens mulier accepta pecunia a ventris substituto, capite damnari debet, l. Cicero 3 de poenis (D. 48. 19. 39). Abortum faciens mulier post divortium, ne inimico marito filium procrearet, damnatur in exilium temporarium. Igidem. Abortionis, aut amatorium poculum dans, etsi dolo non faciat, tamen quia res est mali exempli, humilior damnatur in exilium, honestior in insulam amissa parte bonorum relegatur: quod si ex eo homo, vel mulier perierit, summo supplicio afficitur, l. si quis aliquid 38 & qui abortionis, de poenis (D. 48. 19. 38. 5). Abortivus non rumpit testamentum...*”. DAOYS, St., *Index iuris civilis copiosus, non solum ea quae in glossis, sed et textuum omnium veros sensus continens*, t. VI. Lugduni 1627, s. v. abortum y abortionis.

⁽⁹⁸⁾ TERTULLIANI, Q. S. Fl., *Opera omnia*, pars prima, PL, t. I, *Apologeticus*, pp. 319-320.

⁽⁹⁹⁾ Una síntesis de la regulación romana de este delito, *vid.*, HARTMANN, en *Paylys* -- *Wissowa*, t. I, Stuttgart 1893, col. 108, s. v. *abortio*.

romanos, que por primera vez formulan ese delito, con su correspondiente penalidad, en época de los Severos ⁽¹⁰⁰⁾, apoyándose en la filosofía estoica, con objeto de sentar las bases de la protección para la vida humana presente en el feto, ya que sin ser persona, por lo que no se podía hablar de homicidio, sino *spes hominis*, tenía una configuración orgánica que determinaba su protección, en paralelo con los hijos ya nacidos ⁽¹⁰¹⁾.

A pesar de este enfoque clásico romano, en la Recepción se produjo una pluralidad de interpretaciones, que tienen reflejo no solo en la normativa actualmente vigente, sino también en los criterios doctrinales, cuyas formulaciones están presentes en el criterio de Solórzano Pereira.

Manuel González Téllez ⁽¹⁰²⁾ en sus comentarios adicionados a Mendoza ⁽¹⁰³⁾,

⁽¹⁰⁰⁾ Es communis opinio entre los romanistas, a tenor de los textos de las fuentes, que el aborto provocado de un feto fue considerado como grave inmoralidad desde los orígenes. Ni en la República ni en los dos primeros siglos del Imperio fue calificado como delito, y por consiguiente no tuvo sanción penal, hasta que con los emperadores Severos se castigó de modo extraordinario, con pena de destierro y confiscación, salvo que supusiera la muerte de la mujer, porque entonces implicaba la pena capital. En criterio de Mommsen se invocó la ley contra el envenenamiento. MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*. Trad. del alemán por P. Dorado. Bogotá, 1976, p. 403.

⁽¹⁰¹⁾ Biondi señala que en época republicana, y casi hasta finales del periodo clásico, el aborto procurado no ha sido regulado, y solamente en la última etapa como ofensa al marido, si bien entiende que en Derecho justinianeo vino castigado por sí mismo y no en relación al medio utilizado para causarlo, normalmente brebajes y venenos, como un delito contra el nasciturus, conforme a D. 48, 8, 8, de Ulpiano. Dicho delito es tan grave que constituye causa de repudio, respecto de la mujer que dolosamente lo ha procurado, privando al marido de la esperanza de la prole, como se regula en Nov. 22, 16, 1, del año 536. Dicho planteamiento renovado es fruto de la influencia cristiana, especialmente de las enseñanzas de la Didachè, Tertuliano, Lactancio, Minucio Félix y San Jerónimo, cuyas directrices vienen sancionadas en el concilio de Elvira, de modo que mientras bajo el aspecto civil, el derecho pagano había considerado al concebido como *iam natus*, bajo el aspecto penal fue obra del derecho cristiano. Cf. BIONDI, B., *op. cit.*, pp. 487-488. Recientemente, Daza se ha ocupado de la evolución del poder paterno sobre los hijos, sin despreocuparse del aborto, recordando que el *ius vitae et necis* apareció como una monstruosidad e impiedad, moral y jurídica, a comienzos del periodo clásico, de donde dimana la constitución reformadora constantiniana del año 315, que dispuso: *parentum manus a parricidio arceat votumque vertat in melius*, confirmada y desarrollada por la del año 319, que vinieron recogidas por Justiniano, y anteriormente por el Código de Teodosio II. En esta última constitución se castiga el asesinato del hijo, convirtiendo el antiguo derecho en un ilícito penal, que por su crueldad y gravedad, al ser un crimen atroz, tiene prevista como pena el culleus, porque se valora como un delito de los más graves y nefandos. DAZA MARTÍNEZ, J., *Infanticidio y aborto en el Derecho romano*, en *Evolución del derecho de familia en Occidente*, coord. por S. Catalá Rubio, Cuenca 2006, pp. 86-88 y 92-95.

⁽¹⁰²⁾ Se trata de un jurista del siglo XVII, nacido en Salamanca y colegial del Mayor de Cuenca, que asumió la tarea docente en el Estudio, desde 1635. Fue juez en las Reales chancillerías de Valladolid y Granada, así como en el Consejo de Castilla. Además de su edición de los comentarios de Mendoza al concilio de Elvira, impreso en Lyon 1665, ha merecido un reco-

diferencia tres planteamientos distintos en esta materia: en primer lugar, la normativa secular romana contenida en los *responsa* jurisprudenciales de Ulpiano, Paulo, Marciano y Trifonino, en la que se acepta que el embrión humano sea estimado como *portio viscerum* o *pars mulieris*, por lo cual, si hay aborto provocado, la sanción correspondiente será *extra ordinem*, en lugar de la pena del homicidio, castigando al agente del mismo con el exilio; en segundo lugar, ya a finales de la República, Cicerón puso de manifiesto, en el caso de la mujer de Mileto, cómo en su tiempo se aplicaba a una madre la pena de muerte en un supuesto de muerte del feto, mediando dinero para la realización de la conducta, en virtud de lo dispuesto por la *lex Pompeia de parricidiis*, de modo que esta tipificación y sanción penal fue acogida por relevantes juristas hispanos del siglo XVI, entre los que se encuentran algunos del Estudio salmantino, como Antonio Gómez, Vela Acuña y Solórzano Pereira; en tercer lugar, el Derecho canónico, a partir de los concilios celebrados en el Bajo Imperio, pero especialmente profundizada la cuestión en el *Corpus Iuris Canonici*, cuyo planteamiento vino respaldado por las bulas pontificias de Sixto V y Gregorio XIV, a finales de la centuria citada, equipara la muerte del feto animado con el homicidio de una persona humana, de modo que dicho crimen exige la aplicación de la misma pena prevista para el delito referido. El interés de su reflexión nos impulsa a incorporar su tenor literal:

Iureconsulti in poena imponenda matri, quae visceribus suis vim intulit, et foetum necavit, atque abegit, vel extraneo, qui aborsum procuravit, non consentiunt. Stoici enim qui existimabant foetum in utero matris existentem non esse hominem, aut animal, sed partem matris, et portionem viscerum eius, seu maternorum viscerum latens onus, et ideo improprie et iuris fictione, vel praetoria aequitate foetus comparatur filiis iam natis lib. 2 & qui autem ff. de excusat. tut., l. intelligendus 53 ff. de Verborum signif. L. qui in utero 7 et 26 ff. de statu hominum, l. si quis 187 ff. de reg. Iuris. Homicidium in eo fieri non credebant lib. 2 ff. De mortuo inferendo, ubi ait Marcellus, foetum esse spem animantis, nec qui eum interimit proprie

nocimiento especial por sus *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Gregorii IX*, impresos en la ciudad francesa de Lyon 1673 y 1693, con posteriores ediciones en Venecia 1690, 1726, 1766, y Francfort 1690, que han sido ampliamente utilizados por los canonistas posteriores.

⁽¹⁰³⁾ MENDOZA, F. de, *Vetustissimum et nobilissimum Concilium Illiberritanum, cuarto ineunte saeculo in Hispania celebratum, cum discursibus apologeticis ad Clementem VIII, Pont. Max. de eo Concilio confirmando... additis insuper notis diversorum. Quibus accedunt etiam Notae uberiores instar iusti Commentarii Emanuelis Gundisalvi Tellez*. Lugduni 1665, pp. 488-489: *Commentarii novi*.

hominem occidisse, ideo non capitalis poenam, quae propria homicidio erat illis indicebant, sed extra ordinem illos puniebant, in exilium damnabant l. Divus 4 ff. De extraordin. crimin. lib. 1 in principio et & l. 3 in principio et & l. 3 et 4 lege quarta, l. hi quoque 5, l. is qui 6, l. circumcidere 11, l. ex senatusconsulto 13, l. nihil 15 ff. l. is cui 7 Cod. Ad legem Corneliam de siccariis, l. aut facta 16 & eventus 8 ff. de poenis. Paulus lib. 5 sententiarum tit. 23. Licinius Rufinus in collatione legum mosaic. tit. 1⁽¹⁰⁴⁾. Harmenopol. in Promptuario lib. 6 tit. 6⁽¹⁰⁵⁾, ubi referuntur Ulpiani, Pauli, Martiani et Triphonini responsa, qui omnes Stoicorum scholam sectati sunt⁽¹⁰⁶⁾.

Philosophi autem omnes rectius existimarunt foetum hominem esse, et animal, et sic verum eius fieri homicidium, atque ut tale vindicandum capitis poena, l. Cicero ff. de poenis, l. Divus 5 ff. ad legem Pompeiam de parricidiis cum aliis, quas congerunt Antonius Gomez lib. 3 Variarum cap. 3 n. 32⁽¹⁰⁷⁾. Plaza de delictis lib. 1 cap. 9 num. 10⁽¹⁰⁸⁾. Tiberius Decianus

⁽¹⁰⁴⁾ *Liber de collatione legum Romanarum cum Moysis legibus*. Uno de los manuscritos en la Biblioteca General de la Universidad de Valladolid, aunque se duda de la autoría intelectual del mismo.

⁽¹⁰⁵⁾ HARMENOPOULOS, K., *iudicis thessalonicensis. Promptuarium iuris civilis*. Latine redditum per Io. Mercerum, Lausanne. exc. F. le Preux. 1580.

⁽¹⁰⁶⁾ “*Ut post Merillum lib. 1 Observat.* (MERILLI, E., *Observationum libri III*, Lutetiae Parisiorum 1618) *fere per totum erudite probat summae auctoritatis vir, et de universa antiquitate optime meritis D. Ioannes Ramos del Manzano... vera proles Musarum, et iuris Sacerdos librorum polygraphia in castigatissima Analecta de poena Parricidii lib. 7*”. Se trata de uno de los hijos del eminente legista salmantino, preceptor de Carlos II, cuya síntesis biográfica ha trazado con rigor el civilista Alonso Pérez, recordando la frecuente confusión de los autores que lo han identificado con el progenitor, y atribuido indistintamente sus obras. El maestro del Derecho fue el padre, Francisco, aunque el hijo también destacó como humanista y jurisconsulto, adscribiéndose a la corriente del *mos gallicus*. Tuvo menor reconocimiento intelectual que su padre, aunque fue catedrático de Prima de Leyes en la Universidad de Pavia, consejero de Castilla, fiscal y senador por Milán. La obra que aquí se cita, *Tribonianus sive Errores Triboniani de poena parricidis: in paragrapho alis deinde lex 7 Inst. de publicis iudiciis: Academia analecta*, Mediolani 1659, fue ampliamente valorada y citada por los juristas de la Edad Moderna para la materia del parricidio. En criterio de M. Alonso Pérez (*Vida y obra del doctor Francisco Ramos del Manzano, eximio romanista de la ínclita Universidad de Salamanca*, en Estudios homenaje al prof. Juan Iglesias, coord. J. Roset Esteve, t. I. Madrid 1988, pp. 23-26) “posiblemente sea el máximo representante español en el siglo XVII de la Escuela culta”, citando el estudio precedente, como uno de los dos escritos fundamentales, junto al análisis de la *Lex Rhodia de iactu*. Este estudioso salmantino, reproduce el desarrollo del promio de esta obra, en el que Juan Francisco Ramos del Manzano nos presenta el llamado “sueño del Capitolio”, detallado por L. Palazzini Finetti, en su *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris giustiniano*, Milano, 1953, pp. 268-273.

⁽¹⁰⁷⁾ GOMEZ, A., *Commentariorum Variarumque resolutionum iuris civilis, communis. et regii, tomi tres... tertius, Delictorum*, Coloniae Allobrogum 1631.

⁽¹⁰⁸⁾ VELA ACUÑA, J., *Tractatus de poenis delictorum*, 2.^a ed., Salmanticae. apud A. Ramírez viduam, 1603.

lib. 9 tractatus criminalis cap. 8 num. 13...⁽¹⁰⁹⁾. Hispaniae nostrae decus perpetuum D. D. Ioannes Solórzano de Parricidio lib. 2 cap. 12.

Iure etiam Pontificio, et secundum Ecclesiae sanctiones, cum foetus pro homine habeatur, et si in uteris maternis sit, cap. si ad matris 114 de consec. dis. 4, cap. in quadam vers. non adesse de celebr. missarum, aborsus foetus animati, ut verum homicidium vindicatur cap. si aliquis 5 cap. si aër 20 de homicid. cap. quod vero 8 cap. Moises 32 quaest. 2 cap. nasci 56 distinct. Concilium Illerdense sub Ioanne 2 can. 2 Concilio Constantinopolitano 6 canone 9... Sistus V constitutione 87. Gregorius XIV constitutione 8...⁽¹¹⁰⁾.

Este planteamiento toma su punto de partida en la doctrina del comienzo de la vida humana en el vientre materno, que fue acogida por Alfonso X en Partidas, especialmente en Part. 4, 23, 3, al disponer que “Demientra que estoviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della aprovechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas de lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empece”.

En el siglo XVIII los juristas hispanos defienden este mismo enfoque, como demuestra Sala⁽¹¹¹⁾, al tratar del estado de las personas, porque distingue “según

⁽¹⁰⁹⁾ DECIANI, T., *Tractatus criminalis*, Augustae taurinorum, apud haer. N. Bevilacqua, 1593.

⁽¹¹⁰⁾ Es común entre los autores hispanos que comentan este delito, las citas cultas de los escritores literarios romanos, que no solamente condenan el aborto que provoca la muerte del feto, como vemos en Téllez. a través de tres citas de Plauto, Juvenal y Ovidio. que aparecen previamente en Solórzano Pereira: *Unde cum par delictum sit hominem iam natum occidere, ac foetum necare, in quo verum homicidium datur iuxta Plautum in Trucul. Act. 1 scaena 2: Metuebatque illa ne sibi persuaderet/ Ut abortioni operam daret puerumque ut necaret. Iuvenalem Satyr. 6 Tantum artes huius, tantum medicamina possunt./ Quae sterilem facit, atque homines in ventre nefandos. Ovidium lib. 2 amor. Eleg. 4: Quae prima instituit teneros avellere foetus/ Militia fuerat digna perire sua./ Vestra quid effoditis subiectis viscera telis./ Et nondum natis dira venena datis.* La bibliografía del canonista español que le sirve de remisión en este punto está constituida por dos autores: el portugués Agostinho Barbosa y el tolosano Pedro Gregorio: “*Illustrant Barbosa lib. 1 votorum 12 (BARBOSA, A., Praxis exigendi pensiones adversus calumniantes et differentes illas solvere. Cui accesserunt vota plurima decisiva et consultiva canonica. Lugduni 1663). Petrus Gregorius lib. 4 partit. tit. 13 cap. 2*” (GRÉGOIRE, P. *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum, in tres partes digestum, Coloniae Allobrogum, ex. Ph. Albert, 1611*).

⁽¹¹¹⁾ SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, Coruña, 1837, p. 28. Añade respecto de los concebidos: “Estos, cuando se trata de su bien o comodidad, se consideran nacidos, (conforme al jurisprudente romano D. 1, 5, 7. Paulus libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur. *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.* que es el antecedente de Part. 4, 23, 3), con tal que después nazcan vivos: pues si nacieren muertos, se reputan no nacidos”.

el estado natural de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer o concebidos en el vientre de sus madres” y Escriche, en la siguiente centuria, divide a las personas en “nacidas y concebidas o existentes en el vientre de la madre” ⁽¹¹²⁾, es decir, el concebido existe *in utero matris* ⁽¹¹³⁾.

Si el canon 91, del concilio sexto de Constantinopla, celebrado el año 692, proclama que “serán castigados con la pena de homicidio los que procuran el aborto por medio de medicinas y los que matan con veneno el feto”, el Papa Sixto V, en la bula de 29 de octubre de 1588, que comienza *Effraenatam*, no duda en disponer: “A la vista del audaz desenfreno y atrevimiento con que hombres tan depravados pecan contra el precepto de la ley de Dios, de no matar, frecuentemente condenados por leyes justísimas y constituciones diversas... urgidos por la más noble causa, nos vemos obligados también, en parte renovando la antigua legislación y en parte ampliándola, a castigar con penas de la misma categoría la crueldad de aquellos que no vacilan matar de manera tan inhumana los fetos inmaduros y vivos aún en el seno materno”.

Chrapkowski, comentando el delito de “aborto procurato” ⁽¹¹⁴⁾, proclama que “la legislazione della Chiesa riguardo al delitto dell’aborto procurato, elaborata durante i secoli... dimostra che essa, proteggendo sempre la vita concepita, ha punito con ogni severità questo delitto, e che le pene previste hanno avuto come scopo... non soltanto la correzione e la conversione del reo, e la punizione del delitto, ma anche costituiscono uno strumento, per mezzo del quale si protegge la vita umana non ancora nata”.

El razonamiento de que el embrión en su potencialidad tiene los elementos para convertirse en persona, por lo que requiere una protección jurídica en nombre de la dignidad humana, ha sido asumido explícitamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de tal manera que en sus resoluciones no se afirma que sea una persona, porque todavía no es un ser humano, pero sí que merece aplicársele el principio de la dignidad humana desde la fecundación, y consecuentemente su amparo jurídico ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹²⁾ Este autor realiza un largo excursus sobre el hijo abortivo, a partir de los requisitos exigidos por la ley 13 de Toro, que pasó a la Nov. Recop. 10, 5, 2, para que el hijo se entienda naturalmente nacido. ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva ed. ref. y consid. aum. por los Dres. L. Galindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes, t. I, Madrid, 1874, pp. 105-111, s. v. abortivo.

⁽¹¹³⁾ Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justiniano a los Códigos civiles)*, en RGD 51 (1994) pp. 12457-12469, especialmente 12463-4.

⁽¹¹⁴⁾ CHRAPKOWSKI, A., O. S. P. P. E., *Il delitto dell’aborto procurato nel Codex Iuris Canonici del 1917 e del 1983*. Studio giuridico-storico, Roma, PUL, 2001, p. 7.

⁽¹¹⁵⁾ La Asociación médica mundial, reunida en Ginebra el año 1948, asumió una forma de juramento en el que se declara: “Mantendré el respeto absoluto de la vida humana desde la

Redondo Hermida, por su parte, analizando el art. 15 de la CE de 1978, afirma que dicho precepto confiere “una legitimidad máxima a las leyes penales que sancionan al que lesiona la vida humana, tanto la nacida como la no nacida”, a pesar de su calificación jurídica diferente, siguiendo el convenio para la protección de los Derechos humanos y Biomedicina de Oviedo, ratificado por España el 23 de julio de 1999, ya que es preciso garantizar la dignidad del ser humano, incluyendo la protección de la vida humana antes del nacimiento, sin convertirla en persona, porque es evidente que se trata de una “vida humana dependiente”, aunque disfruta de protección jurídica autónoma respecto de la madre, incluso penalmente amparada, siguiendo las SS del TS de 1-12-1992 y 1-4-1998 ⁽¹¹⁶⁾.

Más explícito ha sido, en este punto, el Código civil peruano de 1984, que dispone en su artículo primero: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

b) En cuanto a la acción: es preciso diferenciar en Derecho hispano entre feto animado e inerte ⁽¹¹⁷⁾ (no solamente el muerto, sino el que entienden como todavía no vivificado), a tenor de la normativa jurídica patria, que tomó esa distinción de la versión griega de los Setenta, en Éxodo 21, 22, según la cual el aborto no es punible si no se encuentra el feto animado. Esta interpretación del citado pasaje contenido en el segundo libro del Pentateuco es la que asumió San Agustín, en sus *Cuestiones sobre el Éxodo*, quaest. 80 ⁽¹¹⁸⁾, y fue seguida mayoritariamente entre los autores cristianos ⁽¹¹⁹⁾.

concepción”, y los genetistas modernos más insignes reconocen que la vida humana comienza en el momento de la fecundación. Aunque el nuevo ser es dependiente de la madre para su subsistencia, sin embargo su evolución se realiza conforme a su propio programa genético. Reconocer este aspecto implica la atribución al ser engendrado de derechos naturales, que son previos a la ley positiva.

⁽¹¹⁶⁾ Es opinión compartida por toda la doctrina que, en el ámbito penal, es preciso contemplar la exención de pena, o su mitigación, atendiendo a las causas de justificación de la responsabilidad, respecto del agente, que está afectado por el estado de necesidad, la ausencia de culpa o inexigibilidad de una conducta diferente.

⁽¹¹⁷⁾ Una síntesis del concepto de aborto, desde Roma hasta la codificación, con las sanciones previstas en cada etapa histórica, y la remisión a las fuentes normativas, especialmente visigodas y altomedievales, *Liber iudiciorum* y Fueros, vid. SÁINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho penal en España*, Jaén 2004, pp. 639-647.

⁽¹¹⁸⁾ Dentro de la Patrística no se recibió unánimemente esta doctrina, como demuestran Minucio Félix o Tertuliano, ya que el primero habla de “*originem futuri hominis extinguunt*” y el Apologético del segundo “*conceptum in utero dum adhuc sanguis in hominem delibatur, occidere*

Legalmente la encontramos en el Fuero Juzgo 6, 3, 2, al señalar una diferente penalidad: “*Si formatum infantem extinserit CC solidos reddat, si vero informem C solidos pro facto restituat*”. Posteriormente está recogida en el Decreto de Graciano ⁽¹²⁰⁾, y fue sancionada por el Papa Inocencio III, e incorporada en las Decretales ⁽¹²¹⁾, si bien, como recuerda Palazzini ⁽¹²²⁾, la distinción

non licet”, sin olvidar que San Basilio rechaza expresamente esa distinción y prescribe la misma penitencia en ambos casos. Cf. ESCRICHE, J., *op. cit.*, p. 120.

⁽¹¹⁹⁾ Una amplia y documentada exposición sobre el aborto procurado y sus consecuencias jurídicas desde las primeras legislaciones de la Iglesia, con remisión a los penitenciales y doctrina de los Santos Padres, cuyas obras se identifican puntualmente, así como su Recepción en el Medievo, con expresa alusión al Decreto y Decretales, hasta llegar a los CIC del siglo XX, y sus cánones referidos a la materia, *vid.* CHRAPKOWSKI, A., *op. cit.*, pp. 28-40.

⁽¹²⁰⁾ C. 32 q. 2 c. 8

⁽¹²¹⁾ X 5. 12. 20. *Qui dat causam abortioni, homicida est, si conceptum erat vivificatum animal rationale; alias secus*. Año 1211. Es abundantísima la bibliografía canonística a propósito de esta materia, *vid.* por todos PASTORA Y NIETO, I. de la, *Diccionario de Derecho Canónico*, trad. del que ha escrito en francés el abate Andrés... arreglado a la Jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna, t. I, Madrid .1847, pp. 18-20, s. v. *aborto*, quien afirma: “el aborto... si inmediatamente despues de verificada la concepción se espele su producto, no hay duda ninguna que es un aborto, y por consiguiente un crimen tan grave como cuando se verifica en una época más adelantada. Decimos que es un crimen tan grave como cuando se verifica en una época más adelantada... en cualquiera época se comete un feticidio, un infanticidio o mejor un verdadero homicidio, privando a la sociedad cristiana de un alma y a la sociedad civil de un nuevo ciudadano. Vamos a probar que viviendo la criatura desde el momento de la concepción, si hay delito en matarla, le hay siempre... Si hay una completa certidumbre de la muerte y corrupción del feto, como dice San Alfonso de Ligorio... *tunc non est foetus, sed massa putrida quae amplius non est capax animationis*”, y recuerda a la larga penitencia que se imponía en el Concilio de Ancira, cn. del 314, o en el de Lérida, cn. 2, del 524, que eran diez años en el primer caso, y toda la vida, apartándola de la comunión, en el segundo — Sobre la penitencia y remisión del pecado en el concilio de Elvira, son interesantes las palabras de SUAREZIUS, Franciscus, *Theoremata canonico-theologica de severiori prioris aevi disciplina erga lapsos in crimina capitalia*, pro assequenda illiberinorum PP. genuina mente, quae publico offert certamini... praeside suo dilectissimo magistro Roderico Antonio ab Orellanae, praemonstratensi, et Sacrae Facultatis vespertinae Cathedrae (Concilii Hispaniae) Reg. Professore, die 25 maii anno Domini 1799, Valdolit, apud viduam et filios Santander. S. f., fol. s. n.v: “*Severiores adhuc fuere Illiberini PP. dum canonibus l. 2. 63. 64. 71. 73 et aliis idololatriam, homicidium, incestum, et sodomiam perpetuo damnant, et eorum reis, vel in fine vitae pacem concedere detrectant, esto sacrilegis, et adulteris vel semel tantum indulgerent*” (paz y reconciliación o comunión son sinónimos). *Ibid.*, fol. s. n.r: “*Non aliam fuisse Ecclesiae Mediolanensis oeconomiam S. Ambrosius lib. 2 de poenitentia*”... “*Si ad canones Illiberinos denuo reflectamus, in eundem scopum collimare, mihi videntur. Jubet can. 22 catholicos in haeresim transeuntes, rursumque ad Ecclesiam revertentes, decem annis poenitentiam agere, quibus elapsis, fol. s. n.v, eis communionem praestari decernit: uno ergo et eodem tempore resipiscentibus rigore poenitentiae expiatis, et reconciliatio; can. 50: fidelem qui ad Idolum Capitolii ascenderet, post decem annos acta poenitentia recipi decernit, nullum vero spatium intercedere innuit, quo post reconciliationem praestaretur Eucharistia, et tamen receptionis voce utrumque intelligere debemus: Prohibendum ne quis Christianus ut gentilis ad Idolum*

citada entre feto animado e inanimado, dio origen a que algunos destacados canonistas de la Edad Moderna, como Tomás Sánchez o Laymann, hablaran de feto informado con un alma racional, al que separaron del feto inanimado, llegando a sostener que era lícito procurar directamente el aborto del feto inanimado para salvar la vida de la madre. Otros muchos autores, por el contrario, entre los que se encuentran Lessio, el cardenal de Lugo, Bonacina, y los Salmanticenses, defendieron la sentencia contraria, aceptando exclusivamente la licitud del aborto indirecto ⁽¹²³⁾.

La distinción entre feto animado e inanimado había sido acogida, por lo que concierne al Derecho patrio, en Part. 7, 8, 8: “*Mujer preñada que bebiere yerbas a sabiendas u otra cosa qualquier con que echase de sí la criatura, o se feriese con puños en el vientre o con otra cosa, con intencion de perder la criatura, et se perdiese por ende, decimos, que si la criatura era ya viva en el vientre, estonce quando ella esto fizo, debe morir por ello et haber aquella pena que se contiene en la ley docena despues de esta que comienza: Si el padre (esto es, la pena del parricidio); fueras ende si gelo ficieran facer por premia, asi como facen los judios a sus moras en Toledo: ca estonce el que lo fizo facer debe haber esta pena: et si por aventura no fuese aun viva, estonce non deben dar muerte, mas debenla desterrar en alguna isla por cinco años. Esa misma pena (muerte o destierro, según el supuesto de hecho) decimos debe haber el*

Capitolii sacrificandi ascendat, ut videat: quod si fecerit, pari crimine teneatur: si fuerit fidelis, post decem annos, acta poenitentia, recipiatur”. Vid. Innocentius I Epistola 3 ad Exup.: “Ad Constantini usque tempora a spe reconciliationis et pacis omnino prohiberentur peccatores, qui neglecta Ecclesia quam deseruerant, vel a qua eliminati fuerunt, tum primum poenitentiam veniamque postulabant, cum morbo stimulantur, ut testatur Innoc. I Epist. 3 ad Exup. Clementius longe agerent Illiberini PP. si concessa quibuslibet reis absolutione et pace, Eucharisticae communionis eos solum privatione multarent. Sane perpendenti sedulo Illiberinos canones aliam mentem futuram confidimus, ni tot canonum verba in alium, ab eo quem praeseferunt, sensum torqueantur”. Fol. s. n. v: “Theses auctoris: I. Reconciliationis et pacis locum (absolutionem sacramentalem) iis criminibus reis peremptorio decreto clausurunt Illiberini Patres, quibus vel in fine vitae communionem impertiri, vetuerunt. II. Eundem plane sensum exhibet consuetudo illa durior de qua Innocentius I denegandi communionem iis, qui in extremo vitae suae fine poenitentiam simul et reconciliationem postulabant”-. ROBERTI, F., en NNDI, 3.^a ed., Torino, 1957, pp. 87-89, s. v. aborto, resalta que en los inicios del cristianismo, el aborto era una plaga social, cuya práctica fue combatida vigorosamente por los escritores cristianos, y los primeros concilios lo sancionaron, considerándolo como una forma de homicidio. Cf. DEMAILLE, J., en DDC, dir. por R. Naz, t. I, París 1935, cols. 1536-1561, s. v. avortement, con bibliografía; PIGHIN, B. F., Diritto penale canonico, Venezia 2008, pp. 505-517; FERRARIS, L., Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica..., ed. 4.^a, t. I. Bononiae-Venetis, 1763, pp. 11-13, s. v. abortus.

⁽¹²²⁾ PALAZZINI, P., *Dictionarium morale et canonicum*, t. I. Romae, 1962, p. 15, s. v. abortus.

⁽¹²³⁾ San Alfonso María de Ligorio entendió que ambas opiniones eran probables, pero la segunda más segura, juzgando inútil la primera.

home que firiese a su mujer a sabiendas seyendo ella preñada, de manera que se perdiese lo que tenia en el vientre por la ferida; et si otro home extraño lo ficiese, debe dar pena de homicida, si era viva la criatura quando murió por culpa del; et si non era aun viva, debe ser desterrado en alguna isla por cinco años”, porque en el segundo caso no se castiga al agente del aborto con pena capital, a causa de no imputarle un homicidio, sino con el destierro a una isla durante cinco años ⁽¹²⁴⁾.

La vigencia de este precepto alfonsino en el siglo XVIII queda constatada en Berni ⁽¹²⁵⁾, quien recuerda que “la muger que toma medicinas para abortar criatura viva, incurre en pena de homicida, que se reduce a pena de horca, si fuere plebeya, o de garrote, o cortar la cabeza, si fuere noble”.

Este planteamiento normativo tiene un claro paralelismo con el Derecho romano, en cuanto a la diversa penalidad, ya que a pesar de que los jurisprudentes clásicos no distinguen entre feto animado o el carente de vida, sin embargo separaron el supuesto de la mujer que mata al hijo que lleva en las entrañas por dinero, a la que se condena con la pena capital, tal como ocurrió con la ciudadana a la que se refiere Cicerón en *Pro Cluentio*, de aquel otro, en el cual el origen del aborto es la enemistad u odio hacia el marido, a causa del divorcio precedente, cuya sanción era la *relegatio*.

Además, la glosa de Accursio, a D. 47, 11, 4 ⁽¹²⁶⁾, proporcionó a los comentaristas, y ulteriores intérpretes del Derecho común, un criterio interpretativo de

⁽¹²⁴⁾ Observa Escriche que para el aborto se precisa la intención o ánimo deliberado de causarlo, además de la ejecución o resultado, pero la ley de Partidas distinguía entre la pena de muerte para el aborto voluntario causado en el tiempo en que la criatura ya estaba viva, y la de cinco años de destierro, cuando todavía no lo era, ya que en el primer supuesto es un verdadero homicidio, mientras que en el segundo, sería un homicidio anticipado, consistente en la destrucción de lo que todavía no es, pero sería criatura humana con el paso del tiempo. El problema principal reside en averiguar, cuándo empieza a vivir la criatura, llegando a la conclusión tajante, hoy unánime científicamente hablando: “los modernos tienen por animado el feto desde que es concebido, porque la concepción y la animación son simultáneas, tal como demuestran los genetistas o fisiólogos, lo cual conlleva, en palabras de Escriche, a que “con la misma pena se ha de castigar el aborto provocado en el primer instante después de la concepción, que el que se procurare en cualquier estado de la preñez”. ESCRICHE, J., *op. cit.*, pp. 111-116, s. v. aborto.

⁽¹²⁵⁾ BERNI, J., *Practica criminal, con nota de los delitos, sus penas, presunciones, y circunstancias que los agravan, y disminuyen; y ritual para juzgar, acriminal y defender en los Tribunales Reales de España*, Valencia. 1749, pp. 47-48.

⁽¹²⁶⁾ *Digestum novum seu Pandectarum Iuris Civilis*, t. III, ex *Pandectis florentinis...*, *commentariis Accursii, Scholiis Contii et Dionysii Gothofredi lucubrationibus ad Accursium illustratus. His accesserunt Paratitla Iac. Cuiacii, cum remissionibus P. Brossei*, Lugduni 1627, col. 1386: “*abegit. id est abortum fecit*”, añadiendo: “*Exilium, ante quadraginta dies, quia ante non erat homo: postea de homicidio tenetur, secundum legem Moysi, vel legem Pomperiam de parricidiis...* In marg. *Mulieri dans operam ad suffocandum filium, quem hbet in utero iam per 40 dies: tenetur de homicidio. idem in quocunque alio operante*”.

esos textos clásicos que no se correspondía con el tenor literal de los mismos, pero que tuvo gran fortuna, al señalar que dicho *responsum* de Marciano tenía, como base del pronunciamiento jurisprudencial, el aborto provocado antes del tiempo de la formación del feto, para lo cual se remitía a la versión del Éxodo, antes citada, que realizaron los LXX, adhiriéndose a la misma.

Antonio Gómez, en la primera mitad del siglo XVI, muestra claramente la vigencia en España de esta perspectiva penal, puesto que se expresa con estas palabras ⁽¹²⁷⁾:

Dandose con dolo a alguna mujer bebida, o haciendose otra cosa de la qual resulta el aborto y fallecimiento del postumo, por habersele ya infundido el alma, se impone al delinquente la pena de muerte, y si este es padre, madre o ascendiente la del parricidio, aunque el tal postumo sea monstruoso... pero si el alma no se habia infundido todavia, solamente deberá imponerse una pena pecuniaria: aconteciendo lo mismo, si hubiese duda sobre si el alma se había o no infundido (Partida 7, 8, 8).

Ante la oscuridad existente sobre el momento de animación del feto, y consecuente penalidad, en 1533 se promulgó por Carlos V una constitución *Criminalis Carolina*, en la que se fijó como punto de separación entre animación o falta de la misma, ya no los días, 40 o 90 de evolución del feto, según fuera macho o hembra, sino que se entendió que había que estar al momento de la animación, es decir, desde que la madre percibía sus movimientos ⁽¹²⁸⁾.

Poco tiempo después, Diego de Covarrubias, al examinar el aborto, y la comisión de un homicidio en su ejecución ⁽¹²⁹⁾, recuerda que para ello es preciso que al tiempo de su realización el feto esté ya animado, porque en otro caso no es propiamente homicidio, que consiste en la muerte de un hombre, y no hay hombre si no hay alma, aceptando la teoría de los glosadores sobre la animación, si es masculino a los cuarenta días de la concepción, y el femenino a los ochenta, aunque Plinio hablaba de noventa. En caso de que el feto no estuviere todavía

⁽¹²⁷⁾ GÓMEZ, A., *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii*, t. III, Madrid, 1765, p. 32; MARCOS GUTIÉRREZ, J., *Compendio...*, *op. cit.*, p. 39. n.º 26.

⁽¹²⁸⁾ Cf. SGAMBATTI, S., *op. cit.*, p. 36.

⁽¹²⁹⁾ El causante de un aborto de feto no animado es castigado con pena extraordinaria, del mismo que si no hay ánimo de causar el aborto, porque estuviera fuera de su intención, poniendo en tela de juicio la teoría de Juan de Nápoles, declarando impune el aborto causado de un feto no animado, y la falta de culpa si se produjera pensando en la salud de la embarazada, que moriría sino en el parto: como si fuera lícito impedir el nacimiento de un feto no animado para salvar la vida de la madre. Vid. PEREDA, J., S. J., *Covarrubias penalista*, Barcelona 1959, pp. 397-399, traduciendo el texto del obispo Civitatense, a propósito de la irregularidad, contenido en la *Pars II. Relectio Clementinae si furiosus. c. II. De abortu, bello et homicidio*, contenido en el t. I, de sus *Opera omnia*, p. 693.

animado, aunque no hay propiamente homicidio, sin embargo se incurre en responsabilidad, de la que deriva un castigo extraordinario, es decir, el destierro, frente a la pena ordinaria, consistente en la pena de muerte, para el aborto de un feto animado, siempre que haya dolo.

Bastaría recordar el comentario de Godofredo ⁽¹³⁰⁾ al fragmento de Trifonino, en el que manifiesta el doble régimen, uno de procedencia bíblica, y otro heredado del Derecho romano, mixtificando ambos planteamientos ⁽¹³¹⁾:

Partum iam formatum abegit, et animatum... vel effecerit, ut re ipsa abigeretur, poena capitali punitur... non animatum autem... exilio punitur... ita saniores interpretes distinguunt, etsi quidam aliam rationem differentiae adferunt, puniri nimirum capitaliter mulierem abortum procurantem pecunia accepta, puniri vero exilio si post adulterium, id est, si nudo mariti odio partum abegerit: nam post divortium inter virum et uxorem inimicitiae intelliguntur: l. 78 & 2 in fine D. de iure dotium (D. 23, 3, 78, 2). Quando animatus censeatur, dixi in l. 3 D. de suis (D. 38, 16, 3, 9-12). In eo diversae fuerunt sententiae: alii formando partui 35, alii 45, alii 50, movendo, alii 70, alii 76, alii centum, perficiendo 220, alii 300 dies dede-runt: alii discretioni 40 transmutationi, perfectioni 240, Hippocrates, Thesalus, Hierophilus 35, formationi 70, motui perficiendo 210, sufficere aiunt.

c) El régimen normativo aplicable al supuesto ilícito, según Solórzano Pereira, está directamente conectado con un *responsum* de Trifonino ⁽¹³²⁾, jurista

⁽¹³⁰⁾ GOTHOFREDI, D., I. C. clarissimi, *Corpus Iuris Civilis in IV partes distinctum*. Eru-ditissimis... notis illustratum. Lugduni 1662, col. 1863, nota r.

⁽¹³¹⁾ El rey Enrique II, dispuso en Francia, a través de una ordenanza, que se castigaría con la pena capital a la mujer que abortara voluntariamente. La distinción entre feto animado o con alma y sin ella fue abolida por el Papa Pío IX. en 1869, publicando en las *Acta Apostolicae Sedis* que la animación se producía de modo inmediato a la fecundación, y reprodujo la pena de excomunión para toda mujer que abortara voluntariamente, tal como habían dispuesto las bulas pontificias de finales del siglo XVI.

⁽¹³²⁾ D. 48, 19, 39. Tryphoninus libro decimo disputationum. Se trata de un jurisconsulto de origen griego, perteneciente al *ordo equester*. Fue discípulo de Cervidio Escévola, contemporáneo de Paulo, Ulpiano, Papiniano, y Modestino, además de formar parte del *consilium imperial*. en las primeras décadas del siglo III d. C. *Vid.* por todos, la síntesis realizada por SIXTO, M., *Las anotaciones de Trifonino a C. Escévola (I)*. Santiago de Compostela 1989, pp. 9-10 y notas. El texto que nos ocupa fue tomado por los compiladores de Justiniano de los libros de las *Disputa-tiones* de Claudio Trifonino, en las que se recogían cuestiones debatidas en los ámbitos de acti-vidad del jurisprudente, siguiendo el orden del edicto, y sobre su momento de redacción no hay du'a en cuanto a los emperadores Severos, pero divergen los romanistas del momento temporal concreto, situándolos entre Septimio Severo, o inmediatamente después, bajo los emperadores

del período clásico romano, ilustrado con la repugnancia ética y moral del crimen de aborto que constaba en múltiples testimonios extrajurídicos, lo que permite al legista salmantino introducir citas de Juvenal, Ovidio y Cicerón, para adornar la discusión doctrinal, aportando noticias y valoraciones facilitadas por la cultura pagana de finales de la República y principios del Principado, así como adicionando los puntos de vista de la moral cristiana, representada especialmente por San Agustín ⁽¹³³⁾ y Tertuliano ⁽¹³⁴⁾. No hay que olvidar que tanto la exposición de los niños, como el aborto eran prácticas reiteradamente denunciadas y netamente rechazadas desde los inicios de la época del Principado, no solamente por los cristianos, sino también por escritores judíos, como Flavio Josefo, o por paganos, como Séneca ⁽¹³⁵⁾.

Si nos atenemos a la jurisprudencia clásica romana, perteneciente al período de gobierno ejercido por los Severos, el jurisprudente Marciano trae a colación, en D. 47, 11, 4, un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla, disponiendo que la mujer que provoca voluntariamente el aborto debía ser castigada por el gobernador de la provincia con un exilio temporal, añadiendo una motivación clarificadora del interés protegido en primer término con la constitución imperial: parecería indigno que quedase impune la mujer que ha defraudado a su marido en asunto de los hijos ⁽¹³⁶⁾.

Caracalla y Geta, entre el 211 y el 213 d. C. Como recordaba Scialoja, se trata de conjeturas, después de analizar las hipótesis de Fitting, Karlowa y Krüger, aunque con bastante aproximación a las referencias del jurisconsulto. SCIALOJA, V., *Sull'età degli ultimi libri delle Disputationes di Claudio Trifonino*, en BIDR I (1888) 228-229. Cf. SIXTO, M., *Las anotaciones de Trifonino a C. Escévola*, Santiago de Compostela, 1986, pp. 10-11 y nota 8.

⁽¹³³⁾ El beneditino Prado, recogiendo el pensamiento de Tertuliano contenido en *El Apologético* 9, 319-320, afirma: "No se puede declamar más clara y categóricamente contra el aborto procurado, aun el aborto científico, que en realidad es bárbaro homicidio de un menor e inocente", porque es un homicidio anticipado impedir el nacer, sin que importe se quite la vida después del nacimiento o que se destruya previamente al que va a nacer. TERTULIANO, *El Apologético*. Trad., prólogo y notas del P. G. Prado O. S. B., Madrid, s. a., p. 46, nota I.

⁽¹³⁴⁾ Otros escritores que se pronunciaron contra los abortos practicados son: L. C. F. LACTANTIUS, *Opera omnia*, t. I, Parisiis 1844, *Divin. Instit.*, p. 707; Sanctus HIERONYMUS, *Opera omnia*, PL Migne, t. 22, Turnholt (Belgium), cols. 401-402, n.º 97: "*Nonnullae cum se senserint concepisse de scelere, abortii venena meditantur; et frequenter etiam ipsae commortuae, trium criminum reae, ad inferos perducuntur, homicidae sui, Christi adulterae, necdum nati filii parricidae*".

⁽¹³⁵⁾ Vid. SANZ SANTACRUZ, V., *Minucio Félix. Octavio. Introd., trad. y notas de...*, Madrid, 2000, p. 125, nota 326. También refiere las citas de Filón de Alejandría, de la Didaché, la Epístola a Bernabé, ad Dignetum, Atenágoras, San Justino u Orígenes.

⁽¹³⁶⁾ D. 47, 11, 4. Marcianus libro primo regularum. *Divus Severus et antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse.*

Se trata de la misma sanción penal contenida en el *responsum* ulpiano de D. 48, 8, 8:

Si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget.

Puesto que en el Digesto se incorporó como vigente la disposición relativa a la mujer de Mileto, creando con ello una diversidad de penas para el mismo crimen, Cujacio ⁽¹³⁷⁾ reconoce que resulta complejo dar una regla única en la materia, especialmente si se tiene en consideración otras circunstancias que rodean el delito:

Quae sit poena abacti partus non ex facile dixerim, cum lex Cicero ff. De poenis priore sua parte statuatur poenam capitis mulieri quae sibi partum abegit, posteriore autem parte exilium temporarium, ut et l. 4 ff. De extraord. crim. (D. 47, 11, 4) et l. si mulierem ff. Ad legem Corneliam de sicariis (D. 48, 8, 8), nec plane scio, an sicut multum interest pecunia accepta perperam iudicaverit iudex, an odio vel gratia, ita quae sola notatur differentia in dicta lege Cicero, gravius puniatur quae pecunia accepta sibi abegit partum, quam quae odio mariti post divortium, ne inimico filium procrearet, ut ait lex.

Est enim divortium magnarum inimiciarum causa: et ita in lege cum in fundo & sed et si non sit ff. De iure dotium (D. 23, 3, 78, 2 in fine) inimicus mulieris dicitur maritus a quo divortit. An vero magis probanda sit distinctio, quam ex lege Dei datam populo israelitico Accursius notat in l. 4, ut si partus fuerit abactus facto mulieris vel alterius, quod jam erat animal... ut est in lege Dei Exodi 21 interpretibus LXX, puta utero jam verminante, quod proprie abortum dicimus tum capitale sit crimen. Sin vero nondum animal fuerit... ut illo loco LXX loquuntur, vel... ut Psalmus 138, quod Grammatici aborsum vocant, tum minor poena infligatur, veluti in primis mensibus intra XL aut XC diem abacto pecu non multo post conceptum, nec dum animato: nam et aborsus veteribus impunitus fuisse videtur, et Aristoteles ipse aborsum permittit... id est, antequam pecua sensu et vita praeditum sit, Polit. VII. Quod tamen christiani aequè abhorrent atque si prope tempus pariendi abactus partus fuerit. Tertullianus in Apologetico: Nobis, inquit, homicidio semel interdicto... jam in semine est.

⁽¹³⁷⁾ CUJACIUS, J., *Opera omnia*, t. 3. *Observationum et emendationum*, lib. XIX. cap. IX, poena abacti partus, col. 546.

Carerius, por su parte, trata de matizar los diferentes casos que entran dentro del supuesto abortivo, a fin de explicar el diferente alcance de la sanción:

Sed quid, si quis dederit calcem in utero praegnantis mulieris, aut faciat aliter ipsam abortum pati, et occidatur puer in utero, an teneatur de homicidio, cum non sit homo... distinguitur, quod aut partus erat animatus videlicet post 40 dies in masculo et 90 in foemina et tunc tenetur de homicidio secundum Ius Commune, non statutarium, cum non sit homo, sed futurus homo, (salvo algunas excepciones doctrinales discrepantes), aut non erat animatus partus, et tunc ex quo non homo punitur de homicidio, sed extra ordinem, nisi acceperit pecuniam, ut fieret partus abortivus: nam poena capitis teneretur... Intellige tamen si sciebat esse praegnantem, et percusserit data opera, ut faciat abortum... limita in casu... quando occiditur partus ut salvetur mulier praegnantis, nam non punitur, si iudicio medicorum aliter non potest mater evadere, et intellige, si dolo, non autem si culpa: nam si voluerit mulierem percutere, non tamen ut abortum faciat, si percutiendo fecerit abortum, poena extraordinaria punitur. Idem si amatorium poculum dederit, et abortum fecerit... non habere tunc locum illam constitutionem ⁽¹³⁸⁾.

d) Atendiendo a la entidad del delito, Solórzano Pereira no duda en sostener que el aborto es más grave que el simple homicidio, aunque lo analiza bajo el tipo de parricidio, sin intentar la formulación técnica de una categoría penal propia.

En ese período de desarrollo doctrinal, el tipo genérico en el que se encuadraba la muerte provocada de un pariente próximo era la de parricidio, con penalidad distinta a la del homicidio, desde la *Lex Pompeia* ⁽¹³⁹⁾, ya que como

⁽¹³⁸⁾ CARERIUS, C. P., *Practica causarum criminalium...*, op. cit., fol. 100rv, n.º 15. La pena del parricidio, eod. loc., fol. 121rv.

⁽¹³⁹⁾ Cf. ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, reimpr. Hildesheim 1966, pp. 406-407. El concepto de parricidio con la *quaestio* instaurada por Pompeyo, quien sustituyó la pena tradicional del *culleus* por la *interdictio aqua et igni*, incluyó la muerte de los “genitori, avi, fratelli, zii, cugini, nipoti, coniugi e fidanzati, affini di primo grado, figliatri e patroni”, equiparando el dolo a la culpa. En el imperio resurgió la antigua pena del *culleus*, al desaparecer la *provocatio*: “*parricida virgis sanguineis verberatus deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia: deinde in mare profundum culleus iactatur*”, que fue reemplazada por otras formas más usuales de ejecución de la pena capital. Carnazza-Rametta (CARNAZZA-RAMETTA, G., *Studio sul Diritto penale dei romani*, ed. anast. Roma. 1972, pp. 188-189) entiende que es incierta la data de la ley, aunque partiendo de la propia terminología se refiere en sentido estricto a la muerte de los generantes o patronos, es decir, de una persona cualificada: “gli avi, i genitori, i consanguinei ed i cugini uccisi, danno luogo all'accusa di parricidio”, añadiendo: “Cosí fu punita del pari la

señala Thomas ⁽¹⁴⁰⁾, se trata de una norma muy explícita y detallada en la definición del *crimen parricidii* ⁽¹⁴¹⁾, y separada de la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* ⁽¹⁴²⁾, aunque como recuerda Rotondi, apoyándose en PS 5, 23, 14, esta última se había aplicado previamente al aborto voluntario ⁽¹⁴³⁾. Esto explica que Solórzano se mantenga dentro de las categorías conceptuales heredadas del Derecho romano y fruto de la Recepción ⁽¹⁴⁴⁾.

No obstante, es muy significativa la discriminación que realiza en los tipos criminosos, porque no afirma que sea un homicidio agravado, sino que la conducta abortiva es más grave que el homicidio ordinario, si bien entra dentro del

madre che uccidesse la sua prole”. Es célebre el suplicio aplicado a los parricidas, y junto con la *lex Cornelia de sicariis*, completó la legislación relativa a los homicidios cualificados, razonando: “ed è notevole che la parentela come aggravante dell’omicidio era la naturale, poggiandosi la legge sui vincoli di sangue come criterio della punizione. A pochi parenti della famiglia civile era esteso c otesto diritto”.

⁽¹⁴⁰⁾ THOMAS, J. A. C., *Desarrollo del Derecho criminal romano*, en AHDE 32 (1962), 17.

⁽¹⁴¹⁾ Señala Costa (COSTA, E., *Il Diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, ed. anast., Roma 1968, pp. 410-411 y 415, que el concepto de parricidium, desde la antiquísima ley de Numa, abarca la muerte de cualquier ciudadano libre, y se sanciona con pena de muerte, que es la misma que se aplica a los progenitores. En otros pasajes aparece referido el aborto.

⁽¹⁴²⁾ BRUNS, C. G., *Fontes iuris romani antiqui. Leges et negotia*, 6.ª ed., Friburgi in Brisgavia et Lipsiae 1893, pp. 93-94; ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim, 1966, pp. 357-358. Sobre el homicidio y su penalidad en el Derecho español, *vid.* por todos SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Notas para el estudio del homicidio en el Derecho histórico español*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 72 (1986), 513-581.

⁽¹⁴³⁾ Este supuesto entraría en el tercer grupo de los enumerados por Rotondi, junto a los siguientes casos: quien prepara, vende, compra, almacena o suministra un *venenum malum necandi hominis causa*; quizás la magia, así como la castración y circuncisión. En cuanto a la pena, inicialmente vino calificada como capital, y cabía la interdictio aqua et igni, juntamente con la confiscación, asignándose un premio para el acusador. En el imperio se impuso la pena de muerte, al menos para los *humiliores*.

⁽¹⁴⁴⁾ Fernández Villanueva —Fernández Cantero y Orts Poveda (*La mujer ante la Administración de Justicia. El caso del parricidio*, Madrid 1988, pp. 9-10) recordaban que por encima del significado literal de la muerte del padre, en los escritos legales la palabra padre tiene un sentido más amplio, correspondiendo al parentesco en general, por lo que el delito afecta a personas con las que el reo está ligado por parentesco, o natural por consanguinidad o legal “o social”, por matrimonio o adopción. En la evolución de los textos codificados del siglo XIX, el art. 332 del CP de 1848, incluye “padre, madre o hijos, sean legítimos o adoptivos o a cualquier de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge”, a diferencia del código de 1822, que separaba entre parricidio propio, consistente en la muerte de los ascendientes por sus descendientes, y el impropio, que era la producida de los descendientes por los ascendientes. Siempre se situó el parricidio entre los delitos contra las personas, junto al homicidio. Sobre el delito de parricidio y su evolución histórica, *vid.*, TORRES AGUILAR, M., *El parricidio: del pasado al presente de un delito*, Madrid. 1991.

género: “*Ex cuius verbis (Tertulliani), nec non ex reliquis quae supra retulimus, iam liquido apparet, abortum praecipue partus iam animati homicidii speciem habere*”.

Tomás y Valiente ⁽¹⁴⁵⁾ puso de relieve la tendencia doctrinal hispana, desde el siglo XV, de enumerar las especies de cada delito a partir de sus ámbitos de aplicación, como se comprueba con Alonso de Acevedo, al comentar el delito de homicidio y su régimen, contenido en el título 23 del libro octavo de la Recopilación de 1567, tal como había hecho Antonio Gómez o en la centuria precedente Juan Alfonso de Benavente, sin que propongan una definición abstracta del delito en cuestión, y fijándose en el casuismo, como especies singulares de cada delito.

Teniendo presente el concepto de aborto con el que construye el tipo penal, nuestro legista está delimitando un crimen autónomo, cuya pena en ocasiones es diferente de la *poena cullei* ⁽¹⁴⁶⁾, que desde Roma se aplica al parricidio ⁽¹⁴⁷⁾, y también de la pena capital impuesta en todos los casos al homicidio, ya que la mujer que expulsa el feto no animado como pena el exilio temporal.

Este enfoque jurídico se corresponde con la exposición realizada por el legista salmantino Antonio Gómez, que trata del aborto dentro del homicidio, pero separándolo del parricidio, de modo que después de afirmar que el homicidio es un crimen gravísimo, castigado regularmente con la pena capital, reconoce que en muchos casos se agrava la pena, enumerando los casos más significativos, que comienzan con el parricidio ⁽¹⁴⁸⁾, aunque también trata separadamente del aborto, con el cual tiene en común que se trata de la extinción de una vida humana.

A pesar de ello, Solórzano Pereira pone el acento en la gravedad del crimen que supone el aborto realizado por la madre, principalmente si el feto ya está

⁽¹⁴⁵⁾ ROMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 206-208.

⁽¹⁴⁶⁾ D. 48. 9. 9. Modestino libro duodecimo pandectarum. Al parricida, después de la fustigación, se le introducía en un cuero cosido, junto a un perro, un gallo, una víbora y un mono, arrojándolo al mar. si estaba en lugar inmediato; en otro caso, era echado a las fieras, conforme a una constitución de Adriano. *Vid.* SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Notas para el estudio del parricidio en el derecho histórico español*, en *Orlandis 70: estudios de derecho privado y penal romano, feudal y burgués*. Barcelona, 1988, pp. 381-398.

⁽¹⁴⁷⁾ *Vid.* NARDI, E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, Milano 1980.

⁽¹⁴⁸⁾ MARCOS GUTIÉRREZ, J., *Compendio...*, *op. cit.*, pp. 29-50. Se entiende que se comete crimen de parricidio “el que se verifica con la muerte del ascendiente y descendiente en infinito, con la del colateral dentro del cuarto grado, con la de marido y muger, con la de suegro, suegra, yerno, nuera, padrastro, hijastro, patrono y patrona, que se tienen en lugar de padres e hijos: y finalmente con la muerte de hijo o padre natural tan solo, porque considerándose el derecho natural de sangre baxo de la palabra padres e hijos se comprehenden los naturales. La pena del parricidio es atrozísima y no tiene semejante en nuestro derecho (Part. 7, 8, 12)”.

con vida, y por ello rechaza que la conducta pueda recibir exclusivamente una pena pecuniaria, o que se deje al arbitrio del juez su concreción. Esta valoración le impulsa a solicitar para el aborto la pena del parricidio, contradiciendo explícitamente el criterio de Menochio, no obstante reconocer que su interpretación era mayoritaria en la doctrina y venía aplicada como tal en el foro:

Unde cum homicidium parentum vel filiorum in parricidii nomen, et supplicium transierit, non dubitarem cullei poena matres afficere, quae tam dirum facinus commisissent.

Para motivar esta conclusión favorable al gravísimo castigo solicitado, no duda en recurrir al Derecho romano, mostrando la enorme distancia que existe entre el sentimiento humanitario favorable al feto que inspira al emperador bizantino, en caso de exclusión de la herencia materna por un odio ajeno, afirmando que es más atroz y cruel la muerte del feto que no ha tenido oportunidad de adquirir personalidad fuera del claustro materno, o que ha sido aniquilado por odio del marido, o le han quitado la vida contra todos los preceptos del Derecho divino y humano ⁽¹⁴⁹⁾.

García Marín, después de un estudio riguroso y extenso sobre la doctrina hispana relativa al aborto criminal en la Edad Moderna ⁽¹⁵⁰⁾, llega a la conclusión de que no hubo conceptualización de la figura como base de su regulación legal, dejándose claro que hay ausencia de una calificación del aborto como especie o no de homicidio ⁽¹⁵¹⁾, tal como había avanzado Tomás y Valiente, al tomar como punto de partida del delito de aborto el precepto de Partidas 7, 8, 8 ⁽¹⁵²⁾, si bien no compartimos esta opinión, ya que Solórzano coloca la figura con una singularidad propia respecto del homicidio, de donde dimana su mayor gravedad, si bien implique la muerte de una vida humana. Por otra parte, solamente se considera homicidio la muerte del feto animado, porque en otro caso no hay tal delito en una acción criminal abominable que, durante los siglos XVI-XVII se considera doblemente ilícita, ya que de un lado spriva de

⁽¹⁴⁹⁾ “*Si Iustiniano Caesari satis crudele visum est, eum qui non sentit, ingratum existimari, et alieni odij causa, ab ultima suae matris hereditate repelli: quanto magis censerī atrox, et crudele debebit, partum necdum in lucem editum, spe lucis privare, aut propter mariti odium contra divina humanaque iura perimere*”.

⁽¹⁵⁰⁾ GARCÍA MARÍN, J. M., *El aborto criminal en la legislación y la doctrina (pasado y presente de una polémica)*, Madrid, 1980.

⁽¹⁵¹⁾ GARCÍA MARÍN, J. M., *op. cit.*, p. 43. Este autor pone el acento en autores cuyo enfoque no es jurídico, sino teológico-moral, mientras los legistas colocan con identidad propia *homicidium et abortum*.

⁽¹⁵²⁾ TOMÁS Y VALIENTE, F., *op. cit.*, p. 204.

vida humana corporal a un ser vivo en formación o *spes hominis* o *quod homo fieri speratur*, y de otro, también de la vida espiritual, que no puede recibir con el bautismo ⁽¹⁵³⁾.

f) Finalmente, en cuanto a las posibles causas de excusación de la imputación criminal y su punibilidad ⁽¹⁵⁴⁾, Solórzano Pereira defiende un criterio maximalista, sin equívocos ni excepciones: la grave penalidad del crimen cometido por la madre, no admite excusa alguna. Esto no empece que por la ausencia de dolo no estemos ante el delito, y que se tengan presentes lo que modernamente se denominan las causas ordinarias de justificación. Para Solórzano no hay un aborto lícito y otro ilícito, sino que todo supuesto de aborto pertenece al campo de la ilicitud ⁽¹⁵⁵⁾.

Bastaría citar las palabras de Mateu y Sanz: “*In crimine parricidii nequaquam foeminae excusantur ab acerbitate poenae*” ⁽¹⁵⁶⁾.

Para minorar o excluir la responsabilidad criminal del agente se solían enunciar excusas, originadas por la reacción justa provocada a causa de un ultraje recibido contra el honor o la persona, así como motivos provenientes del dolor, indignación o miedo, porque como disponía el fragmento de Trifonino, D. 4, 4, 37, 1 in fine, ya que “*non sit excusatio adversus praecepta legum ei qui dum leges invocat contra eas committit*”, sin olvidar el elemento preterintencional, dada la diferencia entre buscar un fin y el resultado, bien no querido, o buscado de menor entidad del producido ⁽¹⁵⁷⁾.

García Cantero ⁽¹⁵⁸⁾, señalaba en 1983 que el aborto, además de ser un acto

⁽¹⁵³⁾ Según este autor, Pérez de Lara entiende, a efectos penales, que hay crimen de homicidio con la muerte provocada en un no nacido, simplemente por el hecho de existir intrauterinamente y con independencia de su animación o no. GARCÍA MARÍN, J. M., *op. cit.*, p. 63 y nota 50.

⁽¹⁵⁴⁾ Vid. GARCÍA MARÍN, J. M., *op. cit.*, pp. 81-122, analizando doctrinalmente con las obras de autores del período que nos ocupa, a) si es lícito a la mujer grávida que está enferma como consecuencia de su embarazo procurar el aborto con fármacos, cuando esta es la salida para recuperar su salud; b) si es lícito que la mujer embarazada que se halla enferma por causas no imputables al estado de gravidez, que tome determinados fármacos o adopte ciertos remedios que si directamente tienden a curarla, indirectamente pueden ser causa de la muerte de la criatura que ya está animada; c) si es lícito el aborto *honoris causa*.

⁽¹⁵⁵⁾ Cf. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Notas para el estudio del aborto en el derecho histórico español*, en *Icade* 8 (1986) 13-39.

⁽¹⁵⁶⁾ MATTHAEU ET SANZ, L., *Tractatus de re criminali sive controversiarum usufrquentium in causis criminalibus, cum earum decisionibus, tam in Aula Suprema Hispana criminum, quam in summo senatu Novi Orbis*. Matriti. apud A. de Sancha, 1776, p. 163, n. 83.

⁽¹⁵⁷⁾ CARNAZZA-RAMETTA, G., *op. cit.*, pp. 139-141.

⁽¹⁵⁸⁾ GARCÍA CANTERO, G., *El derecho a nacer (Aspectos civilísticos del aborto)*, en *Constitución. Derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores V. Herce Quemada y A. Duque Barragues*, Zaragoza, 1983, pp. 153-160.

civilmente ilícito, a la luz del enunciado literal de nuestra CE del 78, art. 15, al afirmar “todos tienen derecho a la vida”, eludiendo la discusión si el sujeto era la persona o el individuo, contradice directamente el inviolable *ius nascendi* como derecho básico de la personalidad, “sin que en ningún caso pueda interrumpirse culposa o intencionalmente el proceso normal de gestación”, ya que la protección de la vida humana se produce en nuestro ordenamiento desde el momento de la concepción, mientras que el feticidio o muerte del feto consiste en la privación de una vida humana, sin contar con el interesado, al que se le niega la posibilidad de tener existencia autónoma fuera del seno materno.

En Derecho romano, a modo de síntesis, debemos recordar que el feto nunca tuvo la consideración de persona, ya que jurídicamente *nasciturus* y *natus* son siempre entidades diferentes, aunque se le protegió jurídicamente, incluso en el plano penal, sin que en ninguna etapa de su evolución se le calificara técnicamente de parricidio con su correspondiente *pena cullei*, limitándose al delito de aborto en mujeres casadas y para proteger los intereses paternos respecto de sus *liberi* ⁽¹⁵⁹⁾.

La Iglesia comenzó, desde el concilio de Ancyra, el año 314, a ocuparse de este crimen, y previó las penas, tanto para clérigos como para laicos, ocupándose los Padres del feto, al que otorgaron desde los primeros escritos el *ius ad vitam* indestructible del embrión, a partir de la animación, calificando su muerte como una inmoralidad gravísima y crimen execrable, bajo el delito de homicidio, si bien como recordaba Palazzini ⁽¹⁶⁰⁾ “*in coertione huius criminis ius poenale civile remansit... Revera... legislationes hodiernae magis iuri nostro adversae sunt... Saepe enim habetur ut immoralitas quaedam tolerabilis, res privatae utilitatis vel ex contrario in primis utilitas reipublicae et deinde nascituri iura considerantur*”, para concluir: “*Principia enim sanae philosophiae atque christianae ethicae in quibus iura uniuscuiusque personae ad alterum, individuorum relate ad rempublicam bene enucleantur et distribuuntur, negliguntur et substituuntur tanquam iuris fundamentum novae ideae “contra omnes ius et fas ea magistratibus civilibus arrogata facultate, quam numquam nec legitime habere possunt”*”.

Molina Blázquez y Sieira Mucientes ⁽¹⁶¹⁾ entienden que pueden distinguirse cuatro fases distintas en el delito de aborto: a) anterior a la cristianización de Occidente, coincidente con la vigencia del Derecho romano, “en la que el aborto, si se sancionaba, era como atentado a la patria potestad del padre”; b) el cristianismo supuso un cambio trascendental, porque se considera al *nasciturus* como ser humano y criatura de Dios, identificando al concebido con la persona nacida,

⁽¹⁵⁹⁾ Vid. NARDI, E., *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971.

⁽¹⁶⁰⁾ PALAZZINI, J., *Ius fetus ad vitam eiusque tutela in fontibus ac doctrina canonica usque ad saeculum XVI*, Urbanae. 1943, pp. 203-204.

⁽¹⁶¹⁾ MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. — SIEIRA MUCIENTES, S., *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*. Barcelona. 2000, pp. 19-21.

“por lo que prescindiendo del problema de la animación, se asimila completamente el aborto al delito de homicidio; c) el movimiento reformista de la Ilustración, que separó el homicidio del infanticidio, acompasando el tratamiento penal del aborto al último delito citado, y aunque sancionaron en los códigos del ochocientos el aborto, pero privilegiaron notablemente su punición respecto del homicidio; d) a finales del siglo XIX se desarrollan las críticas más acerbadas a la sanción penal del aborto consentido, y aunque desde el punto de vista individualista se mantuvo la punición del aborto voluntario, se atacó este régimen como atentatorio al principio de libertad individual y de disposición del propio cuerpo, considerando al *nasciturus* como parte de las vísceras de la madre, con lo que se retornó a la filosofía del siglo II, d. C., además de impulsar este movimiento una ideología política materialista y de supresión de una política demográfica burguesa ⁽¹⁶²⁾.

Bastaría recordar las palabras de Roberti ⁽¹⁶³⁾, que después de examinar los textos patrísticos, no duda en mostrar la doctrina agustiniana, que fue un avance sobre la estoica de los juristas clásicos, para el cual “il nascituro è persona fino da quel momento nel quale egli si rivela con movimenti, con atti, con vita propria. Non si potrà certo dire nato; ma prima della nascita il feto non sarà mai ‘*portio matris*’; esso ha personalità e vita a se”, y como resaltaba Beristain ⁽¹⁶⁴⁾, “en el sector jurídico urge no absolutizar el derecho de la madre respecto a su cuerpo y respecto al fruto de la concepción” ⁽¹⁶⁵⁾.

A finales del siglo XVIII, Vizcaino Pérez refería la normativa vigente en España a finales del Antiguo Régimen, y después de aludir al supuesto de hecho, señalaba que “la muger preñada, que con el objeto de malparir come o bebe cosa que le haga abortar, o se da de puñadas o golpes en el vientre con este fin, si se sigue el aborto, y la criatura estaba viva, incurre en la pena de muerte, y lo mismo el que por estos medios u otros violentos y maliciosos la hiciese abortar: mas si la criatura no estaba animada solo tienen la pena de cinco años

⁽¹⁶²⁾ Según estas investigadoras, actualmente ante la despenalización del aborto voluntario hay cuatro actitudes distintas: a) prohibición absoluta del aborto, excepcionado por supuesto derivados del estado de necesidad; b) derecho absoluto al aborto en cualquier momento de la gestación; c) solución de las indicaciones, en cuyos supuestos está permitido; d) el sistema de plazos, que otorga libertad durante un período de la gestación. En la Europa Occidental se ha producido en los últimos decenios una despenalización parcial del aborto voluntario, acogiéndose o al sistema de indicaciones o de plazos.

⁽¹⁶³⁾ ROBERTI, M., ‘*Nasciturus pro iam nato habetur*’, *nelle fonti cristiane primitive*, en Cristianesimo e Diritto romano, Milano, 1935, pp. 67-84.

⁽¹⁶⁴⁾ BERISTAIN, A., *Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales 35 (1981) 396.

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. GALEOTTI, G., *Storia del aborto*, Bologna, 2003; BACCARI VARI, M. P., *Curator ventris: il concepito, la donna e la res publica, tra storia e attualità*, Torino, 2012.

de destierro a una isla o presidio. Pero si el marido por causa de corrección la castigase, aun quando supiese que estaba preñada y viva la criatura, y del castigo se siguiese el aborto y muerte del feto, no debe reputársele por homicida, bien que incurre en la pena de cinco años de destierro a una isla o presidio ⁽¹⁶⁶⁾”.

En el vigente CP de 1995, el aborto provocado por la madre está contemplado en el art. 145.2, en los siguientes términos: “La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses”, remitiendo a la L. O 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en especial los artículos 14 y 15 ⁽¹⁶⁷⁾.

Si examinamos los Códigos penales hispanos del siglo XIX, con el primer precedente del art. 640 del CP de 1822 ⁽¹⁶⁸⁾, adquiere mayor fortuna legal la formulación del de 1848 ⁽¹⁶⁹⁾, cuyo artículo 330, relativo al aborto causado o cometido por la mujer embarazada, disponía: “La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con prisión menor”. Y en su párrafo segundo, añadía “Si lo hiciera para ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de prisión correccional”. Este precepto pasa al 339 del Código penal posterior de 1850 ⁽¹⁷⁰⁾, y casi invariable al 427 del

⁽¹⁶⁶⁾ “Si el que castigase o hiriese a la muger fuese hombre extraño, sabiendo que estaba preñada y viva la criatura, y pereziese por su culpa, debe haber pena de homicida: mas si no estaba animada o viva la criatura, solo debe ser desterrado por cinco años a una isla o presidio. Partida 7, 8, 8”. VIZCAÍNO PÉREZ, V., *Código y práctica criminal, que para dirección de los alcaldes y jueces ordinarios y escribanos reales, libro segundo. Contiene los delitos criminales, y las penas que a cada uno están impuestas por las Leyes Reales, Pragmáticas, Cédulas y Ordenes relativas a los dominios de España y sus Indias*, Madrid 1797, pp. 216-217.

⁽¹⁶⁷⁾ “Interrupción del embarazo a petición de la mujer... dentro de las primeras catorce semanas de gestación, a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos... art. 15. Interrupción por causas médicas. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes...”. *Vid. Código penal y leyes penales especiales*, 18.ª ed., concordancias y notas a cargo de J. M. Valle Muñoz, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 140-144.

⁽¹⁶⁸⁾ “La muger embarazada que para abortar emplee a sabiendas alguno de los medios expresados, y aborte efectivamente, sufrirá una reclusion de cuatro a ocho años. Pero si fuere soltera o viuda no corrompida y de buena fama anterior, y resultare a juicio de los jueces de hecho que el único y principal móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrán solamente uno a cinco años de reclusion”.

⁽¹⁶⁹⁾ *Diccionario de los delitos y de las penas, que contiene sus definiciones arregladas al espíritu de las disposiciones del Código Penal*, por un abogado del colegio. Madrid 1848, p. 15. Otros artículos tratan del aborto voluntario, art. 328. y aborto cometido por facultativo, art. 331.

⁽¹⁷⁰⁾ *Vid. PACHECO, J. F., El Código penal concordado y comentado*. 2.ª ed., corr. y aum., t. III, Madrid 1856, pp. 39-42, con las concordancias de Derecho patrio, a partir de D. 48, 8, 8, Fuero Juzgo y Partidas, así como la correspondencia con el art. 317 del CP francés, reformado en 1832, y otros códigos; id., 4.ª ed. corr. y aum., t. III, Madrid 1870, pp. 39-42.

CP de 1870 ⁽¹⁷¹⁾. En 1928 se siguió el modelo del CP de 1848, mientras que en el CP de 1932 se produjo una reducción notable de la pena impuesta en caso de aborto provocado por la mujer embarazada, que incluso se rebajó cuando el delito se hubiera cometido para ocultar la deshonra (arts. 418-420). No obstante, el CP de 1944 acogió la reforma prevista en la ley de 24 de enero de 1941, que en su art. 1 dispuso que todo aborto era punible, tanto el ocasionado por la expulsión prematura y voluntaria del feto, como su destrucción en el vientre materno, castigando además en el art. 414, el aborto causado por la madre para ocultar su propia deshonra.

El vigente CP portugués, en su art. 140.3 determina: “A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, è punida com pena de prisao até três anos”, fijando los supuestos de aborto agravado en el art. 141 y de interrupción del embarazo no punible en el 142 ⁽¹⁷²⁾.

La Iglesia Católica ha mantenido invariablemente, desde hace más de quince siglos, que la vida humana es sagrada desde el origen ⁽¹⁷³⁾, y como recuerdan los Pontífices de las últimas décadas, todo aborto viola la Ley de Dios, de modo que se trata de un delito de homicidio ⁽¹⁷⁴⁾, por lo cual Pablo VI declaró en 1974, “debe quedar claro que sea cual fuere lo que la ley civil disponga, el hombre no puede jamás obedecer a una ley intrínsecamente inmoral en sí misma: tal es el caso de la ley que admitiera en principio la licitud del aborto” ⁽¹⁷⁵⁾, y Juan Pablo II, en la Exhortación apostólica *Familiaris consortio*, “sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual, de 22 de noviembre de 1982, afirma

⁽¹⁷¹⁾ VIADA Y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado*. 3.^a ed., Madrid 1885, pp. 535-536; id. 4.^a ed., t. III, Madrid, 1890, pp. 67-68.

⁽¹⁷²⁾ Este texto es resultante de la revisión del Código, efectuada por el decreto-ley n.º 48/95, de 15 de marzo, y reproduce, con alteraciones formales, los números del art. 139 del anterior Código, redactado por Ley n.º 6/84, de 11 de mayo. *Vid.* MAIA CONÇALVES, M., *Código penal português*, 10.^a ed., anot. E coment., legislação complementar, Coimbra, 1996, pp. 494-501.

⁽¹⁷³⁾ *Vid.* CANGIAMILA, F. E., *Embryologia sacra. sive De officio sacerdotum, medicorum et aliorum circa aeternam parvulorum in utero existentium salutem: libri quatuor*, Panormi, typ. F. Valenza, 1758; Non uccidere: il magistero della chiesa sull'aborto. a cura di G. Caprile, Roma, 1975; CAPSONI, G., *Aspetti giuridici e conseguenze teologico-morali del canon 1398: la cultura della vita e la cultura della morte*, Roma, 2012.

⁽¹⁷⁴⁾ *Vid.* GAFO, J., *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Santander 1979; GONZÁLEZ FAUS, J. I., *El derecho de nacer: crítica de la razón abortista*, Barcelona, 1995; CARDEÑOSA SERRANO, R. de, *No siempre lo legal es justo: ley de despenalización 'parcial' del aborto*, Valencia 2004; RECUERO ASTRAY, J. R., *En defensa de la vida humana*, Madrid, 2011; PARDO SÁENZ, J. M., *La vida del no nacido: el aborto y la dignidad de la mujer*, Pamplona, 2011.

⁽¹⁷⁵⁾ Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, de 18 de noviembre de 1974.

tajantemente: “La Iglesia condena, como ofensa grave a la dignidad humana y a la justicia... hay que condenar totalmente y rechazar con energía cualquier violencia ejercida por tales autoridades a favor... del aborto procurado” ⁽¹⁷⁶⁾. Esto explica que como tal se recoja en el *Catecismo de la Iglesia Católica*, && 2270-2275: el aborto es un crimen, y es una obligación para la ley civil la defensa de la vida desde el origen de la concepción ⁽¹⁷⁷⁾.

· IOANNIS
DE SOLORZANO
PEREIRA I. C. HISPANI,
IN SALMÁNTICENSI ACADEMIA
PROPRIMARII CÆSAREI IVRIS
ANTECESSORIS,

Diligens & accurata de PARRICIDII CRIMINE
Disputatio, duobus Libris comprehensa: quorum Prior
pœnas huic secleri constitutas exactissimè explicat;
Posterior, qui eis subdantur non minori
curâ pertractat.

*Opus non iuris tantum, sed & omnigenâ aliarum litterarum
cognitione conspicuum, & vel ipsâ rerum, quæ in eo con-
tinentur, varietate, & novitate censendum, & nulli non
usui, & voluptati futurum.*

Primâ hâc editione curâ quâ potuit maximâ typis Tabernelianis
excussum. Duplici adiecto Indice: vno capitum, & altero
rerum locupletissimo.

AD ILLUSTRIS. ET REVERENDIS S.
D.D. Ioannem Baptistam de Azavedo Pontificem Valliso-
letanum, & supremi causarum Fidei Senatus
amplissimum Presidem.



SALMANTICÆ
Excudebat ARTVS TABERNIEL Antuerpianus
Ioanni Comanno Bibliopolæ.

CIO. IO C. V. (1605)

⁽¹⁷⁶⁾ Cf. SOQUIA, D. T., *A questao do aborto e da democracia no magistério de Joao Paulo II*, Romae, 2010.

⁽¹⁷⁷⁾ Vid. *Dichiarazione sull' aborto procurato*. Prefazione di T. Bertone. Introd. del cardinale J. Ratzinger, Città del Vaticano 1998; RATZINGER, J., *Benedicto XVI, ¿Dios existe?* Trad. del texto por C. Bas Álvarez, trad. del debate y del texto por P. Flores d'Arcais. A. Pradera Sánchez, Pozuelo de Alarcón 2008, uno de cuyos temas es el aborto.

162 *Ioan. Solorz. de Parricidij crimin.*

z Zonaras 3. to.
 annal. in vita Cō
 stant. Muretus
 lib. 1. var. c. 12.

a Tradit Alciat.
 lib. 7. parer. c. 19.

cet Zonaras^z & Muretus fuisse dicant, quòd Fausta Crispum Constantino ex concubinâ natum, infano amore correpta, cùm ad concubitum pellicere nequiuisset; apud patrem; eodem modo vt Phædra Hippolytum, accusauit, vt à quo adamaretur, suâ pudicitriâ sæpè sollicitatâ, quem Constantinus re nō satis consideratâ immerentem morte mulctauit, & deinde veritate cognitâ, de ipsâ quoq; vxore, cùm ob impudicitiam, tum ob filij cædem poenas exegit, eâ in balneum vehementer calefactum introductâ, & nimio æstu præfocatâ. Adhuc tamen Constantinus ipse horum parricidiorum pertessus, quæ fortè non adeò iustâ ratione patrauit, augures pro tanti criminis purgatione & expiatione consuluit, à quibus cum nullam acciperet formam, quâ ablati hoc facinus posset; doctus Christianam fidem per Baptismi susceptionem scelera omnia abolere, salutarè aquam, vt Baronius exactissimè & diligentissimè probat, suscepit, eorum^a inde errorem reiciens, qui anilibus fabulis ducti, illum in morte, vel dum leprâ laboraret, regenerationis lauacrum à Syluestro Pontifice accepisse, fatentur.

CAPVT DVODECIMVM.

Parricidij teneri matrem non quæ natum tantum, verum & quæ conceptum filium abegerit, & abortum procurauerit. In hac re communiter animatum fœtum abinanimato distinguè. Id an iure factum? Tryphoninus in lege Cicero. D. de penis. exponitur. In abortum curantes Iuuenalis, Ouidij, Cicero- nis, & Tertulliani elegantissima verba. Grauius homicidij hoc crimen videri. Nullâ ratione excusari.

Liber secundus, Cap. XII.

163



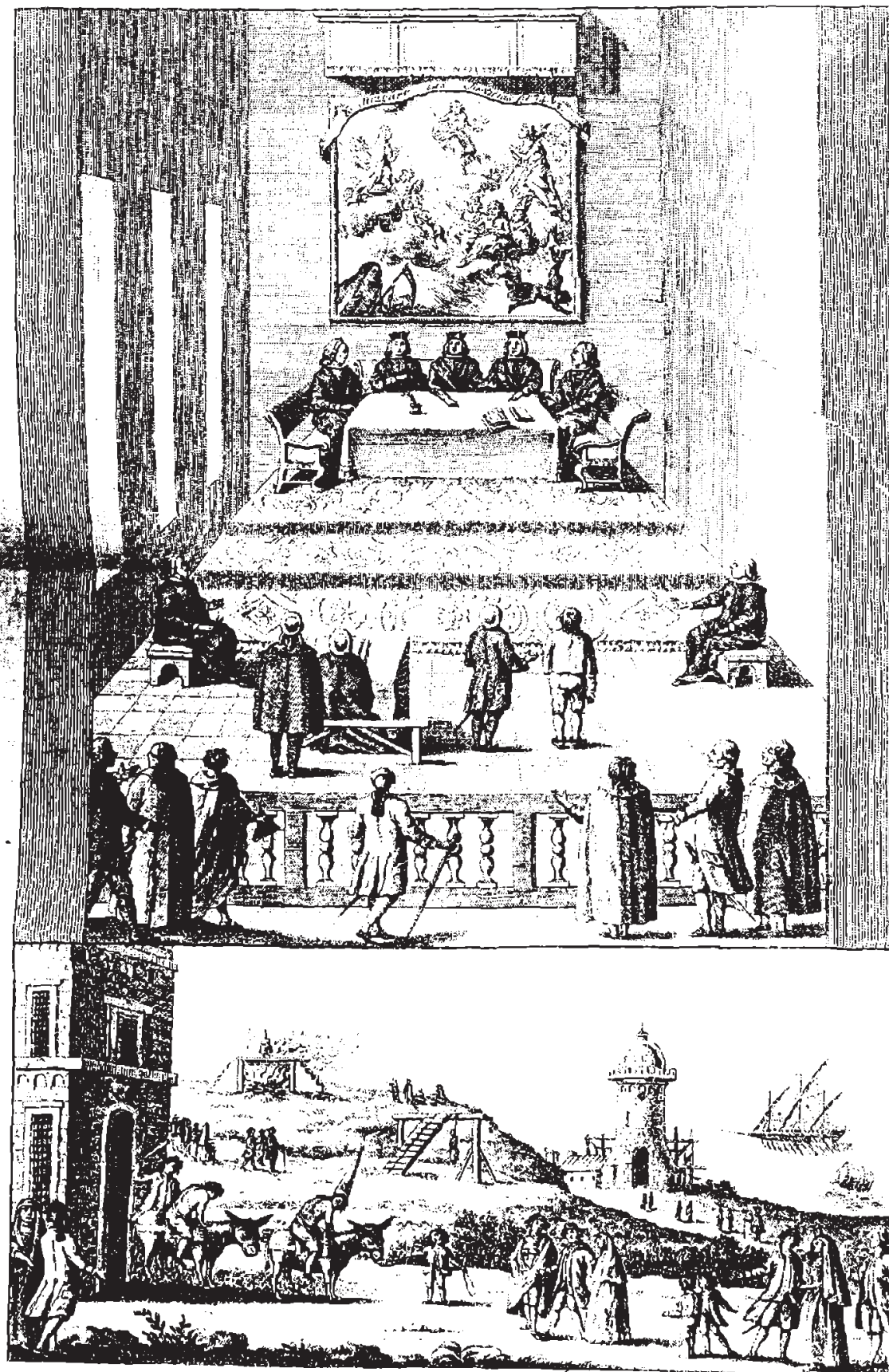
VERBIS potius quam rebus impostæ hæ leges viderentur, quæ illatam filiis à parentibus necem seuerissimis pœnis vindicandam statuunt, nisi quotidianis constaret exemplis, incredibile hoc scelus, & ultra audaciam positum, sæpè fieri; atque ita prudentissimè legum sanctionibus cohiberi. Sed verò quoniam non in natos tantummodò filios, iustis interdum causis commoti, excandescere solent parentes; sed & multoties accidit, vt matres vel dum famæ & pudori consulunt, vel dum parentum odia in filios immerenteis coniiciunt, in propria viscera sæuiant, & medicamentis ad faciendum abortum desumptis, filium claustris adhuc maternis inclusum pessimo, & crudeli exemplo interficiant. Videndum est nunc, an hoc facinus parricidij supplicio sit expiandum? Et fuerunt quàmplures^a, qui aientem partem absque aliquâ hæsitacione defenderint, eo præcipuè casu, quo iam foetus formatus & animatus extiterit. A quibus lex Moyssis à Diauo Augustino^b relata, stare videtur, quæ partum, mulieris, vel alterius cuiuslibet factò, postquàm iam animal esset, abactum, capitale crimen esse constituebat: sin minùs pecuniaria pœnâ mulctabat. Item & communis testrerum traditio^c, quæ iuxta hanc distinctionem Iurisconsultorum responsa in abortus pœnâ constituendâ, varietia, componit, & homicidium in abortione infantis committi constituit, cum huic recepta homicidij

^a Pet. Gregor lib. 36. Syntagm. ca. 15. numero 17. Ferdin. Mendez. lib. 3. Conclij Alberti. cap. 52.

^b Exodi cap. 21. quæ refertur à D. Augusti. in cap. Moyses. 32. q. 2. facit cap. sicut. 20. de homicidio. tradit Tiber. Decian. lib. 9. crim. cap. 8. nu. 3. cum seqq.

^c Gloss. & alij in l. Diuus. de extraordin. crimin. recepta à multis, quos refert, & sequitur Aegidius Bop. in praxi. tit. de homicid. nu. 5. Canarru. in Clement. si facit. 2. part. 8. q. nu. 5. Iulius Clarus 5. sententia. 8. si a. quæst. 68. de homicid. casu. 357. nu. 4. & 5. Cuiacius lib. 19.

observat. cap. 9. qui ita accipiunt diffam. l. Diuus, & l. si mulierem. de sicarijs. l. penultima, C. eodem tit. l. 8. tit. 8. part. 7. & alias. Vide etiam P. 2. ordinar. 3. coniect. cap. 1.



*Escena tercera. Suplico
al asistente de la corte*

APÉNDICE

IOANNIS DE SOLORZANO PEREIRA IURIS CONSULTI HISPANI, IN
SALMANTICENSI ACADEMIA PROPRIMARII CAESAREI IURIS
ANTECESSORIS

*DILIGENS ET ACCURATA DE PARRICIDII CRIMINE DISPUTATIO,
DUOBUS LIBRIS COMPREHENSA: QUORUM PRIOR POENAS HUIC
SCELERI CONSTITUTAS EXACTISSIME EXPLICAT; POSTERIOR,
QUI EIS SUBDANTUR NON MINORI CURA PERTRACTAT*

Opus non iuris tantum, sed et omnigena aliarum litterarum cognitione conspicuum, et vel ipsa rerum, quae in eo continentur, varietate, et novitate censendum, et nulli non usui, et voluptati futurum.

Ad Illustrissimum et Reverendissimum D. D. Ioannem Baptistam de Azabedo Pontificem Vallisoletanum, et Supremi causarum Fidei Senatus amplissimum Praesidem.

Salmanticae, excudebat Artus Taberniel antuerpianus. Ioanni Comanno bibliopolae. 1605:

Verbis potius quam rebus impositae hae leges viderentur, quae illatam filiis a parentibus necem severissimis poenis vindicandam statuunt, nisi quotidianis constaret exemplis, incredibile hoc scelus, et ultra audaciam positum, saepe fieri; atque ita prudentissimè legum sanctionibus cohiberi. Sed vero quoniam non in natos tantummodo filios, iustis interdum causis commoti, excandescere solent parentes; sed et multoties accidit, ut matres vel dum famae et pudori consulunt, vel dum parentum odia in filios immentis coiciunt, in propria viscera saeviant, et medicamentis ad faciendum abortum desumptis, filium claustris adhuc maternis inclusum pessimo, et crudeli exemplo interficiant.

Videndum est nunc, an hoc facinus parricidii supplicio sit expiandum? Et fuere quamplures ⁽¹⁷⁸⁾, qui aientem partem absque aliqua haesitatione

⁽¹⁷⁸⁾ . In marg. Lit. a: Petrus Gregorius lib. 36 Syntagma cap. 15, numero 17 (PETRO GREGORIO, tholosano, *Tertia ac postrema Syntagmatis iuris universi pars*, in qua de negotiis. quae ex rebus et personis oriuntur, et quotidie controvertuntur, agitur, iurisconsultis in foro versantibus, et magistratibus opus utilissimum, Lugduni, sub signo Nominis Iesu, 1606, pp. 390-393, lib. XXXI, cap. 15: *De lege Cornelia de sicariis et de homicidio*. 17. *Partum abigens et abortum faciens qua poena puniatur*, n.º 19 et 20. 18. *Partus in utero quot diebus delineetur et formetur*. 22. *Praegnantem se celans, et abortum faciens, rea parricidii*. Ibid., pp. 392-393: 17. “*Quae partum sibi, vel alteri mulieri abegerit dolo malo: si is animatus fuerit, capitali sententia, ut homicida, puniri debet, vel si mortua mulier fuerit. Quod si inanimato partu, abegerit abortum, non quidem*

*ultimo supplicio, sed temporali exilio plectendum placuit. Sed et si mulier propriis visceribus vim, venenumve intulerit, quo abortus fieri partus vivus utero clausus, in legem Pompeiam de parricidiis incidit, quia filium occidit; si inanimatus, non utique. 19. De muliere, quae propter inimicitias, quas cum marito habet, de industria abortando, neque in vitae lucem foetus producendo, seminis ipsius fructum perimit, duae extant leges Novellarum Iustiniani, quarum una repudiare eam marito iniuria affecto permittit: altera non"). Ferdinandus Mendoza lib. 3 Concilii Illiberitani cap. 52 (MENDOZA, F. de, *Vetustissimum et nobilissimum Concilium Illiberitanum, quarto ineunte saeculo in Hispania celebratum, cum discursibus apologeticis ad Clementem VIII, Pont. Max. De eo Concilio confirmando... additis insuper notis diversorum. Quibus accedunt etiam Notae uberiores instar iusti Commentarii Emanuelis Gundisalvi Tellez, Lugduni 1665, pp. 486-488: Caput quinquagesimum-secundum. De poena parentum proprios foetus interimentium. Canon LXIII: De uxoribus, quae filios ex adulterio necant. Si qua mulier per adulterium absente suo marito conceperit, dique post facinus occiderit; placuit, ei nec in fine dandam esse communionem, eo quod geminaverit scelus. Comentario: Nefarium scelus et execrandam impietatem earum parentum (si parentes nuncupandae sunt) quae vel immaturos foetus intra propria viscera latentes, vel recenter natos, et ut (inquit ille) a partu adhuc rubentes ad libidinis turpitudinem et infamiam tegendam interimunt (solent enim materna adulteria in lucem editi liberi parentum similitudine et forma prodere) multis et his gravissimis legibus repressit semper, coercuit et vindicavit recens et antiqua Ecclesiae disciplina. Patres Hispani communionem ad exitum usque denegarunt in hoc canone". Nec immerito, quod parentes istae triplicis sint criminis reae: homicidae sui, maritorum adulterae et filij nondum nati: atroces parricidae. Conilij Ancyranj (cn. 21) episcopi decem annorum poenitentiam: humanius postea Ilerdensis: cn. 2. Concilij patres septennem tantum praescripserunt: hi vero (aiunt) qui male conceptos ex adulterio foetus vel editos necare studuerint, vel in ventre matrum potionibus aliquibus colliserint, in utroque sexu adulteris, post septem annorum curricula communio tribuatur: ita tamen ut ovni tempore vital suae fletibus, et humilitati insistant. Post haec, Concilioium Arelatense, cn. 6, decem annorum poenitentiam adiecit, superioribus Ancyranj, Illiberitani et Ilerdensis constitutionibus renovatis, ut Burchardus refert... Ut homicidas puniendas decrevit Concilium Wormaciense, cn. 35: Mulieres igitur (inquit) quae ante temporis plenitudinem, conceptos utero infantes voluntate excutiant, ut homicidae proculdubio iudicandae sunt; illae vero quae dormiendo filios suffocare videntur, leniter de his iudicari oportet: quia nolentes et non consentiendo (sentiendo, en Mansi). ad hunc devolutae sunt casum (MANSI, J. D., *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 15, Graz 1960, cols. 866 y 876, año 868). Apud jurisconsultos receptum est, a quibus poena homicidio sancita est, in eum eamve, qui quaeve Jartum animatum ab utero abegerit, vel abortum procuraverit: nec enim levius esse putant natales impedire, quam interimere natos, quod si foetus abigatur non animatus, in exilium mittitur qui abegit. Nec lege Cornelia tenetur uxor adultera vel adulter qui partum abigi facit, sed lege Pompeia de parricidiis. L. si quis aliquid & abortionis. l. Cicero de poenis, l. si mulier. Ad l. Corneliā de sicarios, l. divus, de extraordin. crimin. L. 15 ad l. Pompeianā de parricidiis. Quod crimen adeo grave tempore Iustiniani imperatoris, Iustinianus in authentica de nuptiis & has itaque causas collatione 4, et Leonis Caesaris habitum est, ut constitutio edita sit, permissa licencia marito dirimendi matrionij, si mulier sponte abortum fecisset, Justiniano teste et Harmenopolo: Harmenopol. l. 4 tit. 12. Quot tamen iuris canonici decretis abrogatum est. Vvisigothi etiam maiores nostri hanc adversus abortum procurantes legem sanxerunt: Qui mulieri praegnantī poculum dederit ad necandum infantem, vel ad faciendum aborsum, occidatur. Mulier quae aborsum facere requisivit, si ancilla est, ducenta flagella suscipiat; si ingenua, careat dignitate personae. et cui iusserimus servitura tradatur: Chindasvinto rex in lex Vvisigothorum 6, 3, 7 auxit poenam... Graviorem multo sanxit hac aetate Sixtus Papa**

defenderint, eo praecipue casu, quo iam foetus formatus et animatus extiterit. A quibus lex Moysis a Divo Augustino⁽¹⁷⁹⁾ relata, stare videtur, quae partum mulieris, vel alterius cuiuslibet facto, postquam iam animal esset, abactum, capitale crimen esse constituebat: sin minus pecuniaria poena mulctabat. Item et communis nostrorum traditio⁽¹⁸⁰⁾, quae iuxta hanc

hius nominis Quintus, anno sui Pontificatus cuarto, decernens, ut qui, quaeve abortum facere fierive iussisset, vel curasset, ea excommunicatione puniretur, qua solvi a nemine posset, praeter romanae sedis episcopum. Sed antiquo iuri restituit Gregorius XIV. Olim autem ad evitandam tanti criminis gravitatem, aut crudelitatem potius, illud remedium excogitarunt episcopi, vel ut minus malum elegerunt, ut singuli presbyteri in suis parochiis publice foeminas praemonerent, ut si qua furtivo et injusto concubitu concepisset, ne partum enecaret, sed clam illum deferri faceret ante ianuas Ecclesiae, ut fidelibus aliis et piis foeminis nutriendum vel episcopi vel presbyteri traderent. Concilium Mastisconense cn. 6 relatum a Burchardo lib. 3 decretorum c. 200: Hoc sancto concilio (Matisconense fuisse refert Burchardus) decretum est, ut unusquisque presbyter in sua plebe publice annunciet, ut si aliqua foemina clanculo corrupta conceperit et pepererit, nequaquam diabolo coarctante filium aut filiam suam interficiat, sed quocunque praevallet ingenio, ante ianuas Ecclesiae partum deportari, ibique poni faciat; ut coram sacerdote in crastinum delatus, ab aliquo fidei suscipiatur, et nutriatur: et tali ex causa homicidio reatum, et quod maius est, parricidium evadat: nam qui filium aut filiam interficit parricida omnimodis tenetur. Hoc tamen nisi ad evitandum maius illud malum turpe esse docuerunt Agustinus, Lactantius, Tertullianus et alij⁽¹⁷⁹⁾).

⁽¹⁷⁹⁾ Lit. b: Exodi, cap. 21 (Ex. 21, 22: Si rixati fuerint viri, et percuserit quis mulierem praegnantem, et abortivum quidem fecerit, sed ipsa vixerit: subiacebit damno quantum maritus mulieris expetierit, et arbitri iudicaverint) qua refertur a D. Augustino in cap. Moyses 32 q. 2 (C. 32 q. 2 c. 9). Facit cap. Sicut 20 de homicidio (X 5. 12. 20. Sicut ex litterarum). Tradit Tiberius Decianus libro 9 crim. cap. 8. num. 3 cum seqq. (DECIANI, T., utinensis, *Tractatus criminalis*, t. II, Augustae Taurinorum, apud haer. N. Bevilacqua, 1593, cap. 8 (de paricidio), fol. 204v: “qui ergo parens filium occiderit vel descendentes, poena paricidii punietur, nempe culei poena...”).

⁽¹⁸⁰⁾ Lit. c: Glossa (*Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, tomus tertius, ex Pandectis Florentinis, quoad eius fieri potuit, repraesentatus. Commentariis Accursii, Scholiis Contii, et Dionysii Gothofredi, lucubrationibus ad Accursium illustratus. His accesserunt Paratitla Iac. Cuiacii, eiusdemque Notae, et Emendationes singulares, cum remissionibus Petri Brossei, Lugduni 1627, reimpr. Otto Zeller, Osnabrück 1966, col. 1386, s. v. exilium: ante quadraginta dies — lit. in marg. D: Mulieri dans operam ad suffocandum filium, quem habet in utero iam per 40 dies: tenetur de homicidio. idem in quocunque alio operante —, quia ante non erat homo: postea de homicidio tenetur, secundum legem Moysi, vel legem Pompeiam de parricidiis: ut j. ad legem Pompe. De parric., l. j & facit C. ad legem Corneliam de sicar. L. pen. Et j. ad legem Cornel. De sicar. L. si mulier... Accursius) et alij in l. Divus De extraordin. crimin. (D. 47, 11, 4. Marcianus lib. primo regularum. Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse). Recepta a multis, quos refert, et sequitur Aegidius Bossius in *Praxi tit. De homicid. num. 5* (Bossii, Aeg., mediolanensis, *Practica et tractatus varii seu quaestiones. Criminalem materiam sive actionem fere omnem exacte continentes*, Basileae, per S. Henricpetri. 1578, p. 227, n.º 5: “Abortum dolo procurans, punitur poena mortis, sive mater sit, sive tertius”. Ibid., p. 229: “Mulier tamen quae sibi dolo malo curaverit abortum facere, non videtur teneri lege Cornelia, sed in exilium damnanda... etiam quod partus esset animatus... et quod sine dolo*

quis non incidit in legem Corneliam et loquuntur praedicta non solum, quo ad matrem ipsam, sed etiam quo ad alium, qui praegnantem percutiat, loquendo tamen quando adest dolus... saltem dolo existente sequitur poena mortis, non solum secuto effectum... sed etiam non secuto effectum"). Covarrubias in Clementina Si furiosus 2 part. & 3 num. 1 (COVARRUBIAS, D. de, Opera omnia, t. I, 1594, pp. 618-619: Irregularis est qui abortioni causam dederit: et ibi de huius criminis poena. pertinet inquirere de eo, qui abortioni causam dederit: an et homicida sit qui abortionis crimen commiserit, eidem causam exhibens? Cui quaestioni praenotanda sunt pulchra Ciceronis verba in oratione pro Aulo Cluentio: cuius pars refertur a Iurisconsulto in lege Cicero ff. De poenis. Etenim cum actum esset de punitione foeminae cuiusdam, quae ob pecuniam foetum nondum animatum potionibus sumptis abegit, subdit Cicero nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, haeredem familiae, designatum reipublicae civem sustulisset. Haec Ciceronis, cui et Tertullianus concinit in Apologetico, cap. IX. Nobis vero, inquit, homicidio semper interdicto, etiam conceptum utero dum adhuc sanguis in hominem delibatur, dissolvere non licet. Homicidij festinatio est prohibere nasci. Nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est, et qui est futurus, etiam fructus omnis iam in semine est. Haec inibi. Nihilominus quo ad irregularitatem necessarium est quod foetus tempore abortionis sit iam in utero animatus: alioqui non est proprie homicidium... Homicidium etenim a caede hominis dicitur... Homo autem non dicitur sine anima... foetus autem dicitur animatus, si masculinus sit, die quadragesimo a conceptione: si foemineus, die octuagesimo ab ipso conceptu... Plinius vero libro septimo capit. Vj in foemineo scribit partum esse animatum nonagesimo die: in masculo quadragesimo. Et haec quidem de anima rationali... Non oberit communi opinioni textus in dicto capite si aliquis, ubi responsum est, teneri ut homicidam eum, qui abortioni foetus nondum animati causam dederit. Nam vere homicida non est, nec proprie homicidium ex hoc contrahitur: licet punitio locum habeat extraordinaria: nempe exilij l. si mulierem ff. De sicariis... morte puniendum fore eum, qui abortioni foetus animati causam dederit l. penultima C. de sicariis, dicta lege divus, secundum alium intellectum. Igitur qui abortioni foetus nondum animati causam dederit, homicida verus non est, ei tamen admodum similis, et ideo punitur ut homicida, poena quidem extraordinaria: et mortale crimen ac peccatum committit... eaque ex culpa homicida quodammodo dicitur a Tertulliano... Morte esse puniendum, qui abortui foetus animati causam dederit: tunc obtinet, quando id dolo fecerit: alioqui si non eo animo quis foeminam praegnantem percusserit, ut aborsus sequatur: qui tamen praeter intentionem percutientis contigerit: non erit locus poenae ordinariae: sed extra ordinem is puniendus erit pro modo culpa... Hinc est omnino pensitandum quod scribit Ioannes a Neapoli... Non esse homicidam, imo a culpa excusari qui vel potionibus, vel alio remedio abortioni foetus nondum animati causam dederit, ad ipsius praegnantis salutem: cum certum sit, eam ex puerperio morituram. Quasi liceat impedire foetus nondum animati lucem ad effugiendam mortem matris iam equidem animatae. Quod non ita licet, si constet foetum iam animatum esse, vel de hoc dubium sit). Iulius Clarus 5 Sententia. & final. quaest. 68 num. 2 (CLARI, Iul., alexandrini, Opera omnia, sive Practica civilis et criminalis, cum doctissimis additionibus... J.B. Baiardi, B. Rossignoli, Hier. Giacharii, Joan. Guiotii, Ant. Droghi. Notis praeterea et animadversionibus Joan. Harprehti et Manf. Goveani. Genevae 1739, pp. 516 y 518-519: "Abortum procurans punitur poena mortis. Et qua poena puniatur percutiens mulierem praegnantem, si ex percussione sequatur abortus. Abortum procurans punitur poena capitis Cicero ff. de poenis, et potest poni exemplum in puella praegnante, quae potionibus partum abegerit honoris sui conservandi causa. Dicit autem Pract. Jodochii cap. 74 n.º 12, quod mulier quae dolose abortum foetus viventis procuravit, ex recepta consuetudine punitur putei suffocatione, sed apud nos illa poena non est in usu. Sed quaero qua poena puniatur ille, qui percussit mulierem praegnantem, ex qua percussione illa abortum fecit? Respondeo: Aliqui sim-

pliciter dicunt, quod ubi adsit dolus, debet puniri poena ultimi supplicii, et hanc dicit esse magis communem opinionem Bossius in titulo de homicidio n. 6. Tu vero dic, quod aut partus adhuc non erat animatus: et punitur poena extraordinaria. Aut vero erat animatus, et punitur poena homicidii. Et haec est communis opinio ut attestatur Blanc. in Practica criminali fol. 75 n. 33. Ibid., p. 522: Mulier accipiens medelas, ut faceret abortum et abortum fecit, poena arbitraria punitur, nisi pro pecunia illud faceret, quia tunc poena mortis esset punienda, Jacob. Menochius de arbitrio iudicis, casu 357, et est communis opinio, ut per Gomesium de delictis capit. 3 n.º 10 vers. quartus casus, secus si id egerit odio mariti, vel ex alia causa, quia mitius punitur, ut ibi per eum”). Menochius casu 357 num. 4 et 5 (MENOCHIO, Jac., De arbitrariis iudicum questionibus et causis, libri duo... Accesit praeterea libro secundo centuria quinta, eiusdem authoris solertia recens conscripta, Venetiis, ad signum Concordiae, 1590, fols. 308rv, liber II, centuria III, casu 357: “Abortioni causam prestans, quando et qua poena puniatur: “n.º 1. Abortivi causa dans, qua pena puniendus sit. 2. Abortum fieri faciens poena homicidii punitur, si foetus erat animatus. 3. Foetus quando animatus esse dicatur, ex Plinio, Aristotele et aliis. 4. Iudicis arbitrio puniri dans causam abortui, foetus nondum animati. 5. L. Cicero ff. de poenis, unde desumpta, et de illius intellectu. 7. Iudicis arbitrio semper puniri dans causam abortui, sive foetus animatus, sive non animatus sit, ex nova auctoris sententia. 8. L. si quis aliquid & abortionis, ff. de poenis, intellectus et ratio. 9. Homo non dicitur, qui in utero adhuc est. 13. L. Cicero, de poenis, declaratur. 14. Delictum iudicatur atrocius ob pecuniae interventum. 16. Iudicis arbitrio punitur, qui ignoranter abortioni causam dedit. 19. Abortioni pro mulieris salute causam dans, peccat quo ad Deum. 20. Filia, quae suasionibus matris abortum fecit, excusatur. 1. Duo casus ab interpretibus considerari solent: Primus est, cum foetus iam in utero matris animatus est, ut tunc dans causam abortioni, poena homicidii ordinaria tenetur... quod affirmant plures... 4. Secundus casus, ex nostrorum opinione, cum foetus adhuc non est animatus, tunc abortioni causam praebens, punitur solum poena extraordinaria iudicis arbitrio... Verum (mea quidem opinione) (sic) magna est divinatio quandoquidem non distinguunt illa iura foetum animatum ab inanimato. 5. Accedit huic opinioni adversarii l. Cicero... est desumptus a Cicerone in oratione pro Aulo Cluentio et tamen M. Tullius agit, de punitione illius foeminae, quae ob pecuniam foetum nondum animatum potionibus sumptis abegit, quem textum etiam sic intellexit Didacus (a Covarrubias)... tantorum patrum sententia recedere in praxi difficile admodum esset: hoc tempore praesertim quo ratione sacrosanti baptismatis habenda est maior ratio, animati foetus quam inanimati... 7. Non distinguitur foetus animatus ab inanimato, cuius sententiae ratio illa esse videtur, quod et si animatus est foetus, non tamen homo esse dicitur, ut homicidii poena possit dici constituta”). Cuiacius lib. 19 Observat. cap. 9 (CUIACIUS, Jac., Operum priorum, t. III, quae de jure fecit, sive Observationum lib. XXVIII, Neapoli, ex typ. Moriana, apud, V. Pauria, 1758, col. 546: Cap. IX. Poena abacti partus... Magis probanda sit distinctio, quam ex lege Dei datam populo israelitico Accursius notat in dicta lege 4 ut si partus fuerit abactus facto mulieris vel alterius, quod iam erat animal... ut est in lege Dei Exodi XXI, interpretibus LXX, puta utero jam verminante, quod proprie abortum dicimus, tum capitali sit crimen. Sin vero nondum animal fuerit... tum minor poena infligatur, veluti in primis mensibus intra XL aut XC diem abacto pecu, non multo post conceptum, necdum animato: nam et aborsis veteribus impunitus fuisse videtur, et Aristoteles ipse aborsum permittit... antequam pecus sensu et vita praeditum sit, Polit. VII. Quod tamen christiani aequè abhorrent atque si prope tempus pariendi abactus partus fuerit. Tertullianus in Apologetico: Nobis, inquit, homicidio semel interdicto, etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delibatur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci: nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est et qui est futurus: etiam fructus omnis jam in semine est), qui ita accipiunt dictam legem Divus, et l. si mulierem de sicarijs (D. 48, 8, 8. Ulpianus lib. trigensimo

distinctionem iurisconsultorum responsa in abortus poena constituenda, variantia, componit, et homicidium in abortione infantis committi constituit, cum huic recepta homicidii diffinitio ⁽¹⁸¹⁾ omnino conveniat.

Accedit his, quod qui abortionis, aut amatorium poculum dederint, etiam si ex eo mulier aut homo non perierit, tamen quia mali exempli res

tertio ad edictum. Si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget) l. penultima, C. eodem titulo (C. Iust. 9, 16, 7 (8), l. 8 tit. 8 Partida 7 (Cf. Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio Lopez, del Consejo Real de Indias de S. M., t. III, que contiene la VI.^a y VII.^a Partida, en Madrid, en la oficina de B. Cano, 1789, p. 352. Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez... vertida al cast. y estensam. Adicionada con nuevas notas y comentarios... por I. Sanponte y Barba, R. Martí de Eixala y J. Ferrer y Subirana, t. IV, Barcelona 1844, pp. 136-138: Como la muger preñada, que come, o beve yervas a sabiendas, para echar la criatura, debe aver pena de omicida. Muger preñada, que beviere yervas a sabiendas, o otra cosa qualquier, con que echasse de si la criatura, o se firiessse con puños en el vientre, o con otra cosa, con intencion de perder la criatura, e se perdiessse porende, dezimos que era ya biva en el vientre estonce, quando ella esto fiziere, que debe morir por ello. Fuera ende, si gelo fiziesssen fazer o por fuerça, assi como fazen los Judios a sus Moras; ca estonce, el que lo fizo fazer debe aver la pena. E si por aventura, non fuesse aun biva, estonce non le deven dar muerte por ello; mas debe ser desterrada en alguna isla por cinco años. Essa misma pena, dezimos, que debe aver el ome que fiere a su muger a sabiendas, seyendo ella preñada, de manera que se perdiessse lo que tenia en el vientre, por la ferida. Mas si otro ome estraño lo fiziessse, debe aver pena de omicida, si era biva la criatura, quando movio por culpa del; e si non era aun biva, debe ser desterrado en alguna isla por cinco años) et alias. Vide etiam Raevardum 3 Coniect. cap. I (RAEVARDUS, J., brugensis, Coniectaneorum, lib. II, cap. I, en Opera omnia, Lugduni 1623, pp. 69 y ss.; id., Opera, quae reperiri potuerunt, vol. II. Operum. Pars posthuma. Coniectaneorum, libri III. Francofurti, ex officina Wecheliana, apud D. et D. Aubrios et Cl. Schleichium, 1622, lib. II, cap. 1, p. 74: "Qui hominem occidit, lege Cornelia de sicariis tenetur... Ergo et qui infantem occidit. Infans enim homo est. Idque adeo verum est ut mulierem visceribus suis vim inferentem, quo partum abigeret, interpretatione iusta legi etiam Corneliae obnoxiam esse, voluerint veteres... Qua de re scribit eleganter in Apologético ad hunc modum Tertulianus: Nobis vero homicidio... Et in Octavio Minutius Felix: Sunt... Quibus etiam addi potest quod hunc in modum pro Cluentio Cicero scribit: memoria teneo Milesiam... et quia hoc exemplum pro lege laudat Tryphoninus, addens insuper mulierem post divortium visceribus vim inferentem, temporali exilio multari principes voluisse").

⁽¹⁸¹⁾ Lit. d: C. homicidium 23 q. 5 (C. 23 q. 5 c. 31: Non sanguinem fundit qui homicidas et sacrilegos punit. Homicidas, et sacrilegos, et venenarios punire non est effusio sanguinis, sed legum ministerium). C. homicidium De poenitent. dist. 1 (D. 1 c. 28 de poen.: Occidit qui ad nocendum movetur. Homicidium lege vetitum putabatur non aliud esse, nisi corporis peremptio. Aperuit ergo Dominus, omnem iniquum motum ad nocendum fratri in homicidii genere deputari), notat Vela De delictis c. 15 ex n. 3 (VELA ET ACUÑA, Io., Tractatus de poenis delictorum, 1.^a ed., Salmanticae, exc. D. a Cussio, 1596, p. 68. cap. XV: De homicidii poena... Qui foetum in utero (per quadraginta dies, si sit masculus, vel nonaginta si sit foemina, quo tempore dicitur animatus, ut ex medicis docet Plinius...: abortionis poculo, aut ictu interfecerit, homicidium committere: et ideo homicidii poena teneri. id est, ultimo supplicio et irregularitatem incurrere... Quod si nondum animatus sit, extraordinaria poena punietur").

est, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegari, ut tradit Iulius Paulus ⁽¹⁸²⁾, *iubentur.*

Quae poena in legibus Visigothorum ⁽¹⁸³⁾, *expresse ad ultimum supplicium his verbis extenditur: Qui mulieri praegnanti poculum dederit ad necandum infantem, vel ad faciendum aborsum occidatur.*

Quamdam quoque Milesiam mulierem, quod ab heredibus secundis, accepta pecunia, partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam Tryphoninus ex Cicerone recenset ⁽¹⁸⁴⁾: *quem locum est cur merito difficilem reputemus, quod constat ex secunda eius parte, mulierem alteram, quae suis visceribus vim intulit, ne inimico marito, a quo iam diverterat, filium procrearet, temporali tantum exsilio ab Imperatoribus coërcitam fuisse.*

⁽¹⁸²⁾ Lit. e: *Paulus in l. Si quis aliquid 38 & qui abortionis D. De poenis (l. si quid aliquid 38 & qui abortionis D. de poenis D. 48, 19, 38, 5. Paulus libro 5 sententiarum. Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. Quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.* Los que procuran pócimas abortivas o amatorias, aunque no lo hagan con dolo, sin embargo, dado que es un mal ejemplo, si fueren del grupo de los *humiliores* serían condenados a la mina, y si del grupo de los *honestiores*, relegados a una isla, previa pérdida de una parte de sus bienes. Si a consecuencia de ello, muriese una mujer o un hombre, serán castigados con la pena capital) *et lib. 5 Sent. tit. 23 (Paul. Sent. 5, 23, 14. Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi id dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur: quod si ex hoc mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur).* Mantua in *Enchiridion* c. 245 (MANTUAE BONAVITI, M., patavini, *Enchiridion rerum singularium*, Venetiis, ad signum Putei, 1551. Está errada la cita de Solórzano, porque el cap. 245, del libro X, y se intitula: “*Quomodo intelligatur, cum dicitur, quod in his quae sunt facti succedit obligatio ad interesse, declaratio multiplex*”. En cambio el texto de referencia se encuentra en el cap. 241. del mismo libro, fol. 252rv: “*Amatorium poculum dantes, vel abortionis, quamvis dolose id non faciant, puniuntur tamen poenaeque debet moderari secundum personarum qualitem, et quid si bibentes moriantur. Qui abortionis, aut amatorium poculum dant quamvis id dolose non faciant, damnantur tamen in metallum, sive relegantur in insulam, prout personae qualitas id ipsum suaserit... quia res sit mali exempli*”). Otros textos del *Enchiridion* de Mantua que tienen relación con el parricidio y su pena: libro IV, cap. 80; libro V, cap. 101; libro VI, cap. 128. En relación con el parto, lib. 8. cap. 178, y con el aborto, en el mismo libro, cap. 183.

⁽¹⁸³⁾ Lit. f: *Lege Wisigothorum* 1, lib. 6, tit. 3 (*Lex Visigothorum* 6, 3, 1. Recc. Erv. I. Antiqua. *De his, qui potionem ad aborsum dederint. Si quis mulieri praegnanti potionem ad avorsum aut pro necando infante dederit, occidatur; et mulier, qui potionem ad aborsum facere quesibit, si ancilla est, CC flagella suscipiat; si ingenua est, careat dignitate persone et cui iusserimus servitura tradatur.* *Monumenta Germaniae Historica*, inde ab anno Christi quingentesimo usque ad annum millesimum et quingentesimum. Legum sectio I. *Legum nationum germanicarum*. t. I, Hannoverae et Lipsiae 11902, p. 260).

⁽¹⁸⁴⁾ Lit. g: *Tryph. in l. Cicero. 39 de poenis (D. 48, 19, 39. Tryphoninus libro 10 disputationum).*

Quodque, ut ibi Budaeus advertit ⁽¹⁸⁵⁾, et post illum Covarrubias ⁽¹⁸⁶⁾

⁽¹⁸⁵⁾ BUDEI, G., parisiensis, *Annotationes in quatuor et viginti Pandectarum libros*, Parisiis, ex officina Ascensiana. 1508, fols. 83v-84r: “*Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit. Eiicere verbum est ad immaturum partum accommodatum. Unde eiecti partus dicuntur pro abacti... Ea autem medicamenta quae sterilitatem afferunt et conceptum adimunt hoc est vim concipiendi atocia dicuntur... Aristoteles libro septimo de animalibus ekriseis id est effluentiones vocari tradit eas conceptus corruptiones quae intra septimum diem fiunt. Abortiones vero ektros-mous usque ad quadragesimum vocitari. Cuius dicti causam Censorinus explicat in libro de die natali, a quadragesimo igitur die partus immaturi dicuntur: eorum partim vitales... partim non vitales ut quinto sexto octavoque mense*”.

⁽¹⁸⁶⁾ Lit. h: Covarrubias ubi supra (supra nota 3: Clementina Si furiosus) et lib. 2 *Variarum* cap. ultimo n. 10 (COVARRUBIAS, D. de, *Variarum resolutionum* II, 20, 10, en *Opera Omnia*, t. II, 159, p. 218 col. b: “*His accedit, gravissimum, et crimen esse: pecunia conductum alium occidere incautum quidem et insontem: siquidem cum alioqui is, qui potum causa abortionis dederit, sequutusque fuerit aborsus infantis iam animati, poena mortis puniendus sit, l. pen. C. de sicariis (C. Iust. 9, 16, 7 (8). Imp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. Ad Probum pp. Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum. PP. VII id. Febr. Romae Gratiano A. III et Equitio cons. Año 374), l. Divus ff. De extraordin. Crimin. (D. 47, 11, 4. Marcianus lib. primo regularum) l. 8, tit. 8 Part. 7 (Supra nota 3). Si vero aborsus sit infantis nondum animati, poena extraordinaria exilij sit puniendus l. si mulierem ff. De sicar. (D. 48, 8, 8. Ulpianus lib. trigensimo tertio ad edictum) et ibi Hippolitus ac Ioannes Igneus in l. 1 & occisorum col. III ff. Ad Sylanianum (D. 29, 5, 1, 17. Ulpianus lib. quinquagesimo ad edictum. Occisorum appellatione eos contineri Labeo scribit, qui per vim aut caedem sunt interfecti, ut puta iugulatum strangulatum praecipitatum vel saxo vel fuste vel lapide percussum vel quo alio telo necatum) notatur in c. si aliquis de homicid. (X 5, 12, 5). Quod si nec mors, nec aborsus fuerit ex potione sequutus: vilis damnandus sit in metallum, et honestus in insulam relegandus amissa parte bonorum. Textus in l. si quis aliquid & qui abortionis ff. De poenis (D. 48, 19, 38, 5. Paulus lib. quinto sententiarum. Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. Quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur). Tamen foemina, quae ob pecuniam foetum etiam nondum animatum potionibus sumptis abegerit, ut locum faciat ventris substituto, mortis poena est punienda. Textus insignis in dicta lege Cicero. Cuius ad rem meminere Felinus et Anania colum. I in dicto capite si aliquis. Cardinalis in capite sicut el ij de homicid. Decius in consilio 535, quibus addendus est Anania et inibi Bologninus consilio j col. ultimo. Extat amplior et elegantior dicta lex Cicero. Species apud ipsum Ciceronem in oratione pro Aulo Cluentio, ubi inquit, eam foeminam ita punitam esse, nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, haeredem familiae, designatum reipublicae civem sustulisset. Hactenus Cicero). Menochius casu 357 n. 5 (supra nota 3). Tiberius Decianus supra (nota 2). Vide etiam Osasum decisione Paedem. 60 per totum (CACHERANO, O., domino Osasci, *Decisiones sacri senatus pedemontani*, Francofurti. Paltheniana, 1599, decisio LX: De muliere, quae ventris doloribus latrinam accesserat, et partum in cloacam effuderat, asserens nescivisse, se fuisse praegnantem, qua poena puniri debeat. Ibid, pp. 155-156: “1. Mulier partum occidens quam poenam incurrat, latissime hic disputatur. 2. Mulieri medicamentum praebens, ex quo generare, aut concipere non possit, tanquam homicida reputatur. 3. Partum formatum occidens maiori poena plectitur, quam si informem interficiat. 4. Partus formatus esse dicitur post quadraginta dies a conceptione. 5. L. divus ff. De extraordinariis criminibus, pluribus auctoritatibus ornatur. 6. Qui in utero est, homo adhuc non dicitur, sed esse*

et Menochius ⁽¹⁸⁷⁾ *notarunt, Cicero, ex quo consultus illius responsi verba desumsit, de faemina loquitur, quae nec dum animatum partum potionibus haustis abegit, quae, si vera est supradicta distinctio, non debuit adeo gravi supplicio damnari.*

Sed quidem probandum est, quod docti viri ⁽¹⁸⁸⁾ *respondent, ideo in eo casu poenam exacerbatam, quod mulier pecunia inducta tantum facinus perpetraverit, atrociora namque et maiori animadversione digna iudicantur delicta, quae ob pecuniae interventum, quam quae odio vel gratia patrantur* ⁽¹⁸⁹⁾.

Ut vero in viam e diverticulo redeam in Wormacensi concilio ⁽¹⁹⁰⁾ *cau-*

speratur. 7. Partum occidens antequam edatur, non tenetur poena legis Corneliae de sicariis, sed alia leviori. 8. Mulieri minor aetas, et imprudentia, praebent iustam causam mitigandi poenas. 9. Confessio qualificata operatur, ut ad mortem quis condemnari non debeat, sed potius ut poena mitigetur". En lo relativo al punto 7, recuerda el criterio contradictorio entre Aretino, Baldo y Decio, por un lado, y el contrario de Alciato, de modo que concluye: "*casum hunc esse valde dubitabilem*".

⁽¹⁸⁷⁾ MENOCHIO, Jac., *supra*, nota 3.

⁽¹⁸⁸⁾ Lit. i: Ita docet Menochius pluribus aliis relatis ubi *supra* n. 13 et 14 (MENOCHIO, Jac., *De arbitrariis iudicium questionibus et causis, libri duo...* Accesit praeterea libro secundo centuria quinta, eiusdem authoris solertia recens conscripta, Venetiis, ad signum Concordiae, 1590, fols. 308v, liber II, centuria III, casu 357, n. 13: "*Non obstat modo huic nostrae opinioni, l. Cicero... dum dicitur, poenam capitale illi mulieri indictam fuisse, quam possumus intelligere, poenam capitale, non poenam mortis: sed illam exilii, vel deportationis, quae capitales esse dicuntur... Vel et secundo, si volumus intelligere ibi poenam capitale pro morte, dicere possumus graviores poenas illi mulieri indictas fuisse, cum non unum crimen, sed plura uno tempore commiserit. 14. Nam pecunia corrupta fuit, si quidem delictum atrocius iudicatur ob pecuniae interventum... et indebite haereditatem secundis haeredibus detulit...*") et eleganter Cuiacius dicto libro 19 *Observat. c. 9 in principio* (CUIACIUS, Jac., *Operum priorum, t. III, quae de iure fecit, sive Observationum lib. XXVIII*, Neapoli, ex typ. Moriana, apud. V. Pauria, 1758, col. 546: Cap. IX. *Poenae abacti partus. Quae sit poena abacti partus non ex facili dixerim, cum l. Cicero ff. De poenis priore sui parte statuat poenam capitis mulieri quae sibi partum abegit, posteriori autem parte exilium temporarium, ut et l. 4 ff. De extraordin. crimin. (D. 47, 11, 4. Marcianus lib. primo regularum. Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse) et l. si mulierem ff. Ad legem Corneliam de sicar. (D. 48, 8, 8. Ulpianus lib. trigensimo tertio ad edictum. Si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget). Nec plane scio, an sicut multum interest pecunia accepta perperam iudicaverit iudex, an odio vel gratia, ita, quae sola notatur differentia in dicta lege Cicero, gravius puniatur quae pecunia accepta sibi abegit partum, quam quae odio mariti post divortium, ne inimico filium procrearet, ut ait lex). Dionysius Gothofredus in dicta lege Cicero (*Corpus Iuris Civilis in IV partes distinctum. Eruditissimis Dionysii Gothofredi I. C. clarissimi notis illustratum*, Lugduni 1662, col. 1863, nota lit. S: *Inimicus uxori maritus post divortium praesumitur: ut et uxor viro: ac proinde utrinque in hac specie testimonium non admittetur, l. 78 & 2 D. De iure dotium*).*

⁽¹⁸⁹⁾ Lit. l: Ca. Pro humani. De homicidio (In VI 5.4.1).

⁽¹⁹⁰⁾ Lit. m: Refertur in cap. Si aliquis 5 de homicidio (X 5. 12. 5. De homicidio voluntario). *Idem cautum est in abortu in Synodo Constantin. Canon 91* (MANSI, J. D., *Sacrorum*

tum etiam invenimus, ut non solum qui animatum partum abegerit, verum, et qui explendae libidinis causa, vel odii, homini aut mulieri quippiam fecerit, vel potu propinaverit, ut non possit generare, vel concipere, vel soboles nasci, ut homicida puniatur ⁽¹⁹¹⁾. *A quo nec abest Stephanus Papa* ⁽¹⁹²⁾, *qui cum in morte infantis homicidium committi probare contendere, ita inquit: Quia si ille, qui conceptum in utero per abortum deleverit, homicida est, quanto magis, qui unius saltem diei puerulum peremerit, homicidam se esse excusare nequibit?. Sed neque bonorum auctorum testimoniis deficiamus, quibus sceleris huius atrocitas excretur, et non mitiori quam homicidium poena mulctanda dicatur.*

Nam Iuvenalis ⁽¹⁹³⁾ *frequentiam huius criminis dolens sic ait:*

Conciliorum nova et amplissima collectio, vol. 12, Graz 1960, cols. 47-54: Conciliábulo VI de Constantinopla — Concilio Trulano, celebrado el año 692: “*Eas quae abortionem scientia medicamenta dant, et eas quae venena foetus necantia accipiunt, homicidae poenis subijcuntur*” (Sufriarán la pena del homicidio los que procuran el aborto por medio de medicamentos y los que matan con veneno el feto), *quem parricidium vocat Matisconense canone 6 relato a Burchardo 3. decret. c. 200* (BURCHARDI, D., Wormatensis ecclesiae episcopi, *Decretorum libri XX*, Parisiis, apud Io. Foucherium, 1550, lib. III, cap. 200, p. 108: “*De illis qui clam concipiunt: In hoc sancto concilio decretum est, ut unusquisque presbyter in sua plebe publice annunciet, ut si aliqua foemina clanculo corrupta conceperit, et pepererit, nequaquam diabolo coartante filium, aut filiam suam interficiat, sed quocunque praevallet ingenio, ante ianuas Ecclesiae partum deportari, ibique poni faciat, ut coram sacerdote in crastinum delatus, ab aliquo fidei suscipiatur et nutriatur, et tali ex causa homicidii reatum, et quod maius est, parricidium evadat. Nam qui filium, aut filiam interficit, parricida omnimodis tenetur*”. En el margen se refieren los cánones de ambos sinodos: Constantinopolitano y Matisconense. *Vid. Secundus tomus conciliorum omnium, tam generalium quam particularium: quae iam inde a quinta Synodo Constantinopolitana usque ad synodum Constantiensem habita...*, Coloniae Agrippinae, ex off. Io. Quentel, 1551; BRUNS, H. Th., *Canones apostolorum et conciliorum saeculorum IV, V, VI, VII*, Berolini 1893.

⁽¹⁹¹⁾ Concilium Wormatiense, año 868. Canon XXXV: “*De mulieribus quae conceptos utero infantes voluntate excutunt, vel quae dormiendo filios suffocare videntur: Mulieres igitur, quae ante temporis plenitudinem conceptos utero infantes voluntate excutunt, ut homicidae procul dubio judicandae sunt. Illae vero, quae dormiendo filios suffocare videntur, leviter de his judicare oportet: quia nolentes, et non sentiendo, ad hunc devolutae sunt casum*”. MANSI, J. D., *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 15, Graz 1960, cols. 866 y 876.

⁽¹⁹²⁾ Lit. n: Stephanus in cap. consuluisti 20. 2 q. 5 (C. 2 q. 5 c. 20) “... quia si conceptum in utero qui per aborsum deleverit, homicida est, quanto magis, qui unius saltem diei puerulum peremerit homicidam esse...”.

⁽¹⁹³⁾ Lit. o: Iuvenalis *Satyr.* 6 (JUVÉNAL, *Satires*. Text. ét. et trad. par P. de Labriolle et F. Villeneuve, 11 ed., París, Les Belles Lettres, 1974, p. 82, cols. 594-597: *Sed iacet aurato vix ulla puerpera lecto./ Tantum artes huius, tantum medicamina possunt,/ quae steriles facit atque homines in ventre necandos/ conducit. Gaude, infelix, atque ipse bibendum/ porrige quidquid erit;...* (Pero en lecho de oro es raro que se postre una parturienta./ Tan grande es el poder de las mañas y drogas de la mujer/ que crea esterilidad y se alquila para ahogar a seres humanos/ dentro del vientre. Alégrate, desgraciado, y arrímale tú mismo/ lo que vaya a beberse, sea lo que sea. Pues como ella quiera estirar el vientre y fastidiárselo con brincos de niños. tal vez fueses padre de un

*Sed iacet aurato vix ulla puerpera lecto
Tantum artes huius, tantum medicamina possunt,
Quae steriles facit, atque homines in ventre necandos
Conducit, etc.*

*Et Ovidius ⁽¹⁹⁴⁾ aureis carminibus in hanc rem eleganter scriptis, matres
detestatus, quae in suos foetus ita crudeles sunt, inter alia sic inquit:*

*Quae prima instituit teneros avellere foetus,
Militia fuerat digna perire sua.
Si mos antiquis placuisset matribus idem,
Gens hominum vitio deperitura fuit.
Quid plenam fraudas vitem crescentibus uvis?
Pomaque crudeli vellis acerba manu?
Sponte fluent matura sua, sine crescere nata,*

etíope, el heredero mulato más delante de tu testamento, al que jamás querías echarle a la cara por la mañana. Juvenal, *Sátiras*. Trad., estudio introd. y notas de B. Segura Ramos, Madrid, Gredos, 1996, p. 86).

⁽¹⁹⁴⁾ Lib. p: Ovidius lib. 2 *Amor. Eleg. 14* (OVIDII NASONIS, P., *Operum*, Amstelodami, ex officina Elzeviriana, 1661, t. I. *Amorum, libri tres*: lib. 2, eleg. 14: *In amicam, quod abortivum ipsa fecerit*, pp. 160-161; id., Amstelodami, apud Janssonio-Naesbergios, 1735, pp. 129-130: *Amorum*, lib. II, eleg. 14, vv. 5-6, 9-10 y 24-36. P. OVIDIO NASÓN. *Obra amorosa I: Amores*. Texto latino de A. Ramírez de Verger. Trad. de F. Socas, Madrid 1991, pp. 72-73: “La que primero estableció la costumbre de arrancar los tiernos fetos mereció sucumbir en su propia guerra. ¿Es que para que un vientre quede sin la censura de unas estrías se habrá de esparcir la arena amarga de tu combate? Si tal costumbre la hubiesen tenido por buena las madres de antaño, habría desaparecido por un fallo de los hombres la raza y habría que disponer quien de nuevo arrojada por el mundo vacío las piedras inaugurales de nuestro linaje... Si en su vientre hinchado diera muerte-Ilia a los gemelos, habría perecido el fundador de Roma la dominadora; si Venus, grávida, asesinara a Eneas en su seno, la tierra habría quedado huérfana de Césares. También tú, pudiendo nacer hermosa, habrías sucumbido, si la misma operación que tú la hubiese intentado tu madre; yo mismo, a pesar de que hubiera sido mejor morir amando. no habría visto la luz de un solo día, de asesinarme mi madre. ¿Por qué despojas de uvas crecederas a la cargada cepa y arrancas frutos acedos con insolente mano? Broten los frutos libremente madurando. deja crecer lo nacido: es la vida pago no escaso de una pequeña espera. ¿Por qué desfondáis vuestras entrañas arrimándoles armas y suministráis venenos espantosos a los aún no nacidos? Al de Cólquida culpan de rociarse con la sangre de sus hijos y lamentan que su propia madre asesinara a Itis: una y otra fueron progenitoras crueles, pero una y otra por razones amargas se vengaban de sus maridos derramando la sangre común. Decidme, ¿qué Tereo, qué Jasón tal vez os incita a traspasar vuestros propios cuerpos con mano acongojada? Eso ni siquiera lo hace en su cubil la tigre de Armenia ni se atreve tampoco la leona a malograr sus crías. Pero sí lo hacen. aunque no impunemente, las niñas delicadas: con frecuencia. la que mata a sus hijos en su vientre, es ella la que sucumbe; es ella la que sucumbe, y a la pira la llevan con los cabellos sueltos y exclama ‘¡con razón!’ al punto quinquiera que la ve).

*Est pretium parvae non leve vita morae.
 Vestra quid effoditis subiectis viscera telis?
 Et nondum natis dira venena datis?
 Chochida respersam puerorum sanguine culpant.
 Atque sua caesum matre quaeruntur Itym.
 Utraque saeva parens: sed tristibus utraque causis,
 Iactura socij sanguinis ulta virum est.
 Dicite, quis Tereus, quis vos irritet Iason
 Figere sollicita, corpora vestra manu?
 Haec neque in Armenijs tygres fecere latebris,
 Perdere nec foetus ausa leaena suos.*

Cicero quoque in Cluentiana ⁽¹⁹⁵⁾ hoc facinus etiam in partu necdum animato gravissimè vindicari debere testatur, Quia aufert spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatumque Reipublicae civem.

Sed melius caeteris Tertullianus Aristotelem ⁽¹⁹⁶⁾ notans, qui antequam infans sensu et vita praeditus esset, abortum permittebat, haec scripsit elegantissima verba: Nobis homicidio semel interdicto, etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delibatur, dissolvere non licet. Homicidij festinatio est prohiberi nasci: nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet; homo est et qui est futurus, etiam fruc-

⁽¹⁹⁵⁾ M. TULLII CICERONIS. *Orationes*, quae in Universitate Parisiense vulgo explicantur, cum notis ex optimis quibusque commentatoribus selectis, juxta accurat. D. Lallemand, t. I, Parisiis, apud J. Barbou, 1768. Pro A. Cluentio XI, 32, p. 332: 32. “*Memoria teneo, Milesiam quamdam mulierem quum essen in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia, partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam: neque injuria; quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum reipublicae civem, sustulisset*”. CICERÓN. *Discursos*, vol. V... *En defensa de Aulo Cluencio...* Trad., introd. Y notas de J. Aspa Cereza, Madrid, Gredos, 1995, pp. 183-184: XI, 32: “Me acuerdo de que estando yo en Asia, una mujer de Mileto fue condenada a la pena capital porque, habiendo recibido dinero de los herederos segundos, por sí misma con mmedicamentos se había producido un aborto: y no era injusto, puesto que había frustrado las esperanzas de un padre, la continuidad de un nombre, el soporte de un linaje, el heredero de una familia, y un ciudadano destinado a la república... aquella mujer violentando su propio cuerpo, se atormetó a sí misma...”).

⁽¹⁹⁶⁾ Lit. q: *Arist. 7 Polit.* (“Es necesario, en efecto poner un límite numerico a la procreación. Y si algún niño es concebido por mantener relaciones más allá de estos límites, antes que surja la sensación y la vida, se debe practicar el aborto, pues la licitud y la no licitud de éste será determinada por la sensación y la vida”. ARISTÓTELES, *Política*. Introd., trad. y notas de M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1988, p. 448).

tus omnis iam in semine est. Hactenus Tertullianus ⁽¹⁹⁷⁾: *ex cuius verbis, nec non ex reliquis quae supra retulimus, iam liquido apparet, abortum praecipue partus iam animati homicidii speciem habere.*

Unde cum homicidium parentum vel filiorum in parricidii nomen, et supplicium transierit ⁽¹⁹⁸⁾, *non dubitarem cullei poena matres afficere, quae tam dirum facinus commisissent. Praesertim cum apud Minutium Felicem* ⁽¹⁹⁹⁾ *in Octavio parricidii nomine hoc crimen appelletur: Sunt (ait)*

⁽¹⁹⁷⁾ Lit. r: Tertullianus in *Apol. cap. 9* (TERTULLIANI, Q. S. Fl., *Opera omnia, pars prima*, PL, t. 1, Turnholti 1956, *Apologeticus*, cols. 319-320: “*Nobis vero, homicidio semel interdicto, etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delibatur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci; nec refert natam quis eripiam animam, an nascentem disturbet: homo est, et qui est futurus; etiam fructus omnis iam in semine est*”). TERTULIANO, *El Apologético*. Trad., prólogo y notas del P. G. Prado O.S.B., Madrid s. a., pp. 45-46: “Mas como el infanticidio es siempre infanticidio, poco importa sea cometido en un rito sacro o por simple capricho, salva, sin embargo, la diferencia que constituye el parricidio... ¿Queréis que pulse sus conciencias diciéndoles que matan a los hijos que acaban de nacerles?... A nosotros, en cambio, una vez que el homicidio nos está prohibido, tampoco nos es lícito matar al infante concebido en el seno materno, cuando todavía la sangre va pasando al ser humano desde la madre. Es un homicidio anticipado impedir el nacer, sin que importe se quite la vida luego de nacer o que se destruya al que nace. Hombre es también el que ha de serlo, así como todo el fruto está ya en la simiente”).

⁽¹⁹⁸⁾ Lit. s: *l. 1 D. ad legem Pompeiam de parricidiis* (D. 48, 9, 1. Marcianus lib. quarto decimo institutionum. *Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum... occiderit cuiusve dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis. Sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adfiscitur...*). *l. unica C. de his qui parent.* (C. Iust. 9, 17, 1. *De his qui parentes vel liberos occiderunt*. Imp. Constantinus A. ad Verinum vicarium Africae. *Si quis in parentis aut filii aut omnino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur, neque gladio neque ignibus neque ulla alia sollemni poena subiugetur, sed insutus culleo et inter eius ferales augustias comprehensus serpentium contuberniis misceatur et, ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, ut ei caelum superstiti, terra mortuo auferatur*. D. XVI kal. Decembris Licinio V et Crispo C. cons. Año 318-319).

⁽¹⁹⁹⁾ MARCI MINUCII FELICIS, *Octavius*, ex rec. Jo. Davisii, Glasgae, in aedibus academicis, exc. R. et A. Foully, 1750, pp. 83-84: “*Sunt quae in ipsis visceribus medicaminibus epotis, originem futuri hominis extinguant, et parricidium faciant antequam pariant. (Minorum partum qui seculo tertio floruerunt in Ecclesia latina a Tertulliano ad Cyprianum opera, nempe... et in primis Minucii Felicis, Octavius, ad integerrimam unius codicis exstantis fidem expurgates, cum variorum notis et dissertationibus*, PL, t. 3, Turnholti 1970, cols. 333-334: *Sunt quae in ipsis visceribus, medicaminibus et potis, originem future hominis extinguant, et parricidium faciant antequam pariant. Et haec utique de deorum vestrorum disciplina descendunt...*”. MINUCIO FÉLIX, *Octavio*. Introd., trad. Y notas de V. Sanz Santacruz, Madrid 2000, p. 125: 29, 30, 2: Veo, en efecto, que vosotros a los hijos que habeis engendrado, los exponeis a las fieras y a las aves, o los estrangulais, sometiéndolos a un género de muerte deplorable: hay incluso mujeres que, mediante la ingestión de brebajes, destruyen en sus mismas entrañas el origen del futuro ser humano, cometiendo un parricidio antes de dar a luz.

(sic) quae in ipsis visceribus medicaminibus epotis originem futuri hominis extinguunt, et parricidium faciunt antequam pariant.

Quamvis Menochius ⁽²⁰⁰⁾ cuius sententia forensi usu recipi solet, mitius se in hoc crimine habeat, et poenam iudicum arbitrio relinquat. Nam si eas quae in iam natu grandiores filios, eorum forsitam iniuriis percitae, saeviunt, parricidii damnamus, cur non in eas eodem gladio leges insurgent? Quae innocentis animas et temporali hac vita immaniter privant? Et quod dolendum est magis, nondum sacro baptismo lotas, aeternae illius gaudijs, et praemijs spoliant? Quod si Iustiniano Caesari ⁽²⁰¹⁾ satis crudele visum est, eum qui non sentit, ingratum existimari, et alieni odij causa, ab ultima suae matris hereditate repelli: quanto magis censeri atrox, et crudele debet, partum necdum in lucem editum, spe lucis privare, aut propter mariti odium contra divina humanaque iura perimere.

⁽²⁰⁰⁾ Lit. t: Menochius dicto casu 357 (*supra* nota 3). Tiraquellus in l. Si unquam (C. lult. 8, 55, 8. Imp. Constantius et Constans AA. Ad Orfitum pu. D. V kal. April. Arbitione et Lolliano cons. Año 355), verbo suscepit liberos num. 127 (TIRAQUELLI, A., *Commentarii in L. Si unquam C. de revocandis donationibus*, Lugduni, apud G. Rovillium, 1587. pp. 178 y ss. In glossam Susceperit liberos: n.º 147: “Nec is quidem uterus homo est, sed tantum homo fieri speratur... 148. utrum nondum esse hominem... nondum homo fuerit antequam natus esset... non comprehenditur sub statuto loquente de occidente hominem... partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur... 150. Qui utrum vel animatum examinant, non punitur ex statuto puniente homicidam sive hominis occisorem”), qui docent poenam homicidio impositam, nunquam ad abortum trahi.

⁽²⁰¹⁾ Lit. v: lult. in l. si quid in suo & legis C. de inoff. (C. lult. 3, 28, 33, 1. Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. *Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non diutius erubescat posita, quam Iulius Paulus in suis scripsit quaestionibus, hanc piissimam adgredimur sanctionem. Cum enim infantem suum non posse ingratum a matre sua vocari scripsit neque propter hoc ab ultima suae matris hereditate repelli, nisi hoc odio sui fecerit mariti, ex quo infans progenitus est, hoc iniquum iudicantes, ut alieno odio alius praegravetur, penitus delendum esse sancimus et huiusmodi causam liberis non tantum infantibus, sed etiam quamcumque aetatem agentibus opponi minime concedimus, cum possit sub condicione emancipationis hereditatem suam mater filio derelinquens et patris odium punire et iuri filii sui minime nocere nec suam naturam fallere. Satis enim crudele nobis esse videtur eum qui non sentit ingratum existimari.* Datis XV kal. Octobris Chacedone Decio vc. cons. Año 529. Con el fin de que no avergüence por más tiempo la ley establecida, destruyendo la iniquidad de la antigua ley, que Julio Paulo consignó en sus Cuestiones, establecemos esta piadosísima disposición. Pues habiendo escrito que el hijo infante no podía ser llamado ingrato por su madre, y tampoco podía ser rechazado de la última herencia de su madre, sino cuando esta lo hubiere hecho en odio al marido, de quien fue engendrado el hijo, nosotros, juzgando inicuo que se perjudique a una persona por odio a otra, mandamos que quede abolido esto completamente, de manera que no permitimos se oponga semejante causa a los hijos, no solo a los infantes, sino de cualquier edad que sean, puesto que dejando la madre su herencia al hijo bajo la condición de ser emancipado, puede castigar el odio del padre, y no perjudicar en lo más mínimo el derecho de su hijo, además de no ir contra su propia naturaleza. Pues nos parece que es bastante cruel, considerar ingrato, al que no tiene discernimiento)

Etenim ut recte in non absimili casu scribit Ovidius ⁽²⁰²⁾
Quid puer admisit tam paucis editus horis,
quo laesit facto vix bene natus avum?

Et ut non minus recte Quintilianus ⁽²⁰³⁾: *Quid haec aetas committere potuit tanta animadversione dignum? Lex abdicationis adversus ferociam iuvenum constituta est. Haec vero infirmitas adeo nocentis nomen non recipit, ut vix recipiat innocentis.*

Quod si id fortè ut famae consulant faciunt et ne praegnantem detectae, labis culpaque ruborem apud eos, quibus cum vivunt, contrahant, adhuc tamen

Summum credo nefas animam praeferre pudori,
et propter vitam vivendi perdere causas ⁽²⁰⁴⁾.

⁽²⁰²⁾ Lit. x: Ovidius in epistola Cana. ad Mac. (OVIDII NASSONIS, P., *Opera omnia*, ex ed. Burmanniana, vol. I, Londini, impr. A. J. Valpy, 1821. *Heroides, epistula XI (Canace Macareo)*, p. 195, vv. 107-108. (Oviedo, *Heroidas*. Text., rev. y trad. por F. Moya del Baño. Madrid 1986: XI. Cánace a Macario, p. 83: “*Quis puer admisit tam paucis editus horis? Quo laesit facto vix bene natus avum? Si potuit meruisse necem, meruisse putetur. A; Miser admissio plectitur ille meo... Haec tibi prima dies, haec tibi summa fuit*”. ¿Qué falta ha cometido un niño dado a luz hace tan pocas horas? ¿con qué acción ha molestado, apenas nacido, a su abuelo? Si ha podido merecer la muerte, piénsese que la ha merecido. ¡Ay!, el pobrecito es castigado por mi delito... Este ha sido para ti el primer día, y este para tí también el último”. *Las Heroydas de Ovidio, traducidas en verso castellano* por Diego Mexia, t. XIX de la colección de D. Ramón Fernández, Madrid, imprenta real, 1797, pp. 169-171: ¿Qué yerbas en la tierra el cielo cría? ¿qué medicinas hoy se han descubierto, que no me traxo y puso el ama mía? Para que (solo aquesto te he encubierto/ de mis entrañas fuese en un instante/ lo que en ellas estaba aborto y muerto./ Mas, ay cuitada, que el vivaz infante/ a yerbas y hechizos resistiendo,/ vivo en el vientre se quedó triunfante./ Ya nueve veces se mostró riendo/... pp. 175-176: Sígase a vida torpe muerte fiera./ Casaos, hermanas, mas felizmente/ que yo, y este mi crimen cometido/ Tenedlo (y no errareis) siempre en la mente./ Un infante, un rapaz recién nacido/ ¿en qué pecó? ¿con qué ofendió a su abuelo, si de mi vientre apenas ha salido? Mas pues que pudo, y mereció en el suelo/ morir tan presto, pienso que fue dino/ de aquel castigo que le ha dado el cielo. ¡Ay! Que por mi delito y desatino/ fue el castigado, y por mi torpe empresa/ al infelice tanto mal le vino... Que de tu vida y desgraciada suerte, fue el primero día, y el postrero.

⁽²⁰³⁾ Lit. y: Quint. Decl. 279 (QUINTILIANO, Q. F., *Declamationes quae supersunt CXLV*. Rec. C. Ritter, ed. st. de la ed. de 1884, Stutgardiae, in aed. B. G. Teubneri. 1965, p. 136. 10-14: 279. *Dives speciosi adulter*).

⁽²⁰⁴⁾ Juvenalis, D. J., *Satira 8, 83* (JUVENAL, *Sátiras*. (Ed. bil. latina-cast.) Trad. est. introd. y notas de B. Segura Ramos, Madrid 1996, pp. 107-108: “*Esto bonus miles, tutor bonus, arbiter idem/ integer. Ambiguae si quando citabere testis/ incertaeque rei, Phalaris licet imperet ut sis/ falsus et amoto dictet periuria tauro, summum crede nefas animam praeferre pudori/ et propter vitam vivendi perdere causas*”. Tú se buen soldado. buen tutor y asimismo árbitro/ íntegro. Si alguna vez te citan como testigo para un asunto ambiguo/ y confuso, aunque Fálaris te ordene

Et ut optime inquit Claudius Minoes ⁽²⁰⁵⁾, vitam eam non iudico, quae assiduo sibi mali conscia, nocteque dieque suum portet in pectore testem. Quibus et alia conveniunt, quae eleganter in huius criminis detestationem Sixtus⁽²⁰⁶⁾ Quintus P. M., gravissima ei supplicia constituens, recensuit.

que seas falso/ y aproxime a ti su toro y te vaya dictando el perjurio/ convéncete de que la peor infamia es anteponer la vida al honor/ y a causa de la vida perder la razón para vivir).

⁽²⁰⁵⁾ Lit. z: Claudius Min. *Ad Alciatum Emblemata* 19. (ANDREAE ALCIATI I. C. *Emblemata. Cum Claudii Minois ad eadem Commentariis et notis posterioribus*. Quibus Emblematum omnium aperta origine, mens auctoris explicatur. et obscura omnia dubiaque illustrantur, Lugduni, apud Haeredes G. Rovillii, 1600, pp. 663-666: *Emblema* 193. *Amor filiorum. In marg. Matrum quarundam in foetus impietas. Hoc susceptum est in quasdam ferreas et abhorentes ab omni humanitate matres quae foetus enecant, aut etiam incuria perire sinunt: quas certe tanti flagitij vel eo magis pudore deceret cum quae rationis expertia sunt, id numquam admittant...* p. 664: *Quae haec vita esse potest, quae assiduo sibi male conscia nocte dieque suum portet in pectore testem?*

⁽²⁰⁶⁾ Lit. a: Sixtus Papa 5 in *Constitutione* 23 de *facient. et procurant. abortum*, (Sanctissimi D. N. SIXTI divina providentia PP. V. *Contra procurantes, consulentes, et consentientes, quocumque modo Abortum constitutio*. Dat. Romae, 29 octobris de 1588, publicada el 16 de noviembre de 1588. BUS. Sign. BG/15531 (7). Cf. FERRARIS, L., *Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica...*, ed. 4.^a, t. I, A-B, Bononiae-Venetiis, apud G. Storti, 1763, pp. 11-12, s. v. *abortus*, n. 2: “*Contra procurantes, consulentes, et quomodocumque concurrentes ad abortum, nedum foetus animati, sed etiam inanimati, rigidissimam edidit constitutionem Sixtus V, quae ab omnibus commode integraliter sciri posse, hic ad litteram tota adducitur. Effraenatam perditissimorum hominum contra Divinae legis praeceptum de non occidendo...* Dat. Romae in Monte Quirinali. Anno Incarnationis Dominicae 1588, 4 kalendas Novembris Pontificatus nostri anno tertio”), *quam tamen ad antiquum ius reduxit Gregorius 14* (FERRARIS, L., *Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica...*, ed. 4.^a, t. I, A-B, Bononiae-Venetiis, apud G. Storti, 1763, pp. 12-13, s. v. *abortus*, n. 3: “*Gregorius tamen XIV hanc rigidissimam Sixti V Constitutionem in aliquibus moderavit, quae pariter, ut in quibus consistat ejus moderatio, omnibus pateat, hic per extensum subnectitur. Sedes Apostolica pia Mater assidue sentiens ponderis sibi incumbentis in procuranda salute animarum...* Datum Romae in Monte Quirinali anno Incarnationis Dominicae 1591, pridie Kalendas Junii Pontificatus nostri anno primo”). Si tenemos presente la confrontación entre ambas constituciones papales, debemos resaltar que la más moderna de Gregorio XIV modificó la de su predecesor Sixto V solamente en dos aspectos: en primer lugar, por lo que afecta a la absolución del pecado y de la excomunión, que en la norma más antigua se reservaba al Sumo Pontífice. mientras el Papa Gregorio XIV la encomienda, en el foro de la conciencia. al obispo y a cualquier confesor especialmente comisionado por este; en segundo lugar, en cuanto a las penas de los que procuran el aborto del feto aún no animado, que el último Pontífice suprimió las gravísimas impuestas por Sixto V, retornando al Derecho común, es decir, eliminó la excomunión. la irregularidad, la privación de cualquier privilegio clerical, la inhabilitación para acceder a todos los oficios y beneficios, la privación de los oficios y beneficios ya conseguidos y la degradación. No obstante, permanece invariable y vigente la constitución de Sixto V, en la parte relativa al feto animado.

