



La no aplicación efectiva de la pena de muerte al parricida por razones religiosas. Una reflexión histórica sobre la larga pervivencia del parricidio en el derecho penal como delito autónomo

M^a Isabel Núñez Paz

Revista Penal, n.º 25.— Enero 2010

RESUMEN. PARRICIDIO HISTÓRICO: *Se toma como punto de partida la larga pervivencia del parricidio, como delito autónomo, que permaneció en la legislación española hasta hace poco más de una década. Se pretende una reflexión sobre la fuerza de las creencias y la religión en el Derecho. Se establece una relación entre ofensa a los dioses y pecado en Derecho penal histórico, a partir de las últimas investigaciones en el Derecho Romano. Se analizan las fuentes para encontrar el fundamento de la pena impuesta al parricida en un sistema jurídico basado en principios patriarcales, en que el atentado al pater (único titular de plenos derechos, magistrado doméstico y representante de una divinidad antes atribuida al rey) es particularmente grave. Se procede a la revisión de fuentes que sitúan al parricida en el mismo plano que otros «sacrílegos» o «malditos», cuyo castigo no encaja en el tradicional sacrificium a los dioses, ni tampoco en el cuadro tradicional de penas de muerte. Los comportamientos de estos hombres «malditos» los convierten en una especie de «outlaw», de seres abandonados y carentes de protección jurídica, equiparables al monstrum, sin figura humana ni personalidad jurídica. Se indaga en el origen consuetudinario de la poena cullei y su supuesta supresión y posterior recuperación en la lex Pompeia de parricidis de la época clásica. Se examina la tradición posterior. Los autores paganos son reinterpretados en clave de pecado por parte de algunos autores cristianos. A partir de la doctrina de la Iglesia, la pena impuesta al parricida pierde su fundamento originario, la tipificación del delito se difumina, se incorpora un número indeterminado de parientes y se incrementa la afflictividad de la pena.*

PALABRAS CLAVE: *Parricidio, Derecho romano, sacrilegio, Religion, poena cullei, Autores paganos, Doctrina de la Iglesia, Tradición, Supervivencia histórica, delito autónomo.*

ABSTRACT. HISTORICAL PARRICIDE: *The article takes as its starting point the long survival of parricide, as an autonomous crime, which remained in Spanish legislation until a little over a decade ago, and seeks to encourage reflection on the strength of beliefs and religion in law. A relationship is established between offence to the gods and sin in historical criminal law, based on the latest research in Roman Law. The sources are analyzed to find the basis for the punishment imposed on the patricide in a legal system based on patriarchal principles, in which the attack on the life of the pater (the only person entitled to full rights, the domestic judge and representative of a divinity formerly attributed to the king) is particularly serious. The article reviews sources that place the patricide on the same level as other «sacrilegious» or «cursed» individuals, whose punishment does not fit within the traditional sacrificium to the gods, nor within the traditional framework of death sentences. The behaviour of these «cursed» men turns them into a sort of «outlaw», abandoned beings with no legal protection, comparable to the monstrum, with no human figure or legal personality. The article inquires into the customary origin of the poena cullei and its alleged suppression of the lex Pompeia parricidis of the classical period and examines the subsequent tradition. Pagan authors are reinterpreted in terms of sin by some Christian authors. Starting from Church doctrine, the penalty imposed on the patricide loses its original foundation, the definition of the crime is blurred, it incorporates an indeterminate number of relatives and the cruelty of the punishment is increased.*

SUMARIO: 1. Planteamiento. El Derecho y las creencias ayer y hoy. 2. La *poena cullei* aplicada al monstrum y la lenta configuración del parricidio como delito diferente del homicidio doloso. 3. El parricida y otros sacrílegos (la *sacertas*). Exclusión social y desprotección jurídica. 4. La excepción contenida en la ley Cornelia de sicarios y envenenadores (81 a.C.) y el supuesto primer tipo de parricidio en la ley Pompeya (55 a.C). 5. Constantino y Justiniano — La adaptación de la simbología pagana y las razones de la exclusión del parricida en la nueva Religión monoteísta.

1. Planteamiento. El Derecho y las creencias ayer y hoy

Hasta hace poco más de una década podía leerse en el viejo artículo 405 del Código Penal «El que matare a su padre, madre o hijo o a cualquiera otro de sus ascendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado como parricida con la pena de reclusión mayor a muerte». En la redacción actual del Código, sólo se hace referencia al homicidio, si bien se puede apreciar el parentesco como circunstancia agravante, y tampoco existen en el la redacción actual del Código civil los llamados «hijos ilegítimos». Pero acaso seamos más deudores del pasado de lo que pensamos ¿Por qué se ha mantenido inalterable durante tantos siglos esta figura delictiva? ¿Fue la archiconocida *poena cullei* —de aplicación por otra parte hasta bien entrada la edad moderna— sólo un cruel capricho de la imaginación colectiva de nuestros antepasados?

A lo largo de las líneas que siguen se trata de establecer un diálogo entre la historia y el Derecho positivo. En primer término, se revisan algunos aspectos del delito de *parricidium* en la doctrina romanística a la luz de los últimos descubrimientos arqueológicos. En segundo lugar, se reflexiona sobre el fundamento religioso, en el politeísmo romano, y teológico en el Cristianismo, del castigo impuesto al parricida.

El que da muerte a su padre no es un delincuente a quien se impone una «muerte de Estado». Es más que eso; es un maldito, un contaminado. Por eso se le excluye del mundo de los vivos y se declara su no existencia jurídica, abandonándolo a su suerte. La *poena cullei* —desconocida por los griegos, muy superiores por otra parte a los romanos en las construcciones del Derecho penal¹— no es fruto de *imperium* ni de *coercitio* ciudadana sino que se elabora extrajurídicamente y escapa al cuadro de las penas de muerte tradicionales, como la ejecución mediante el hacha, la *securi percussio*.

Se pone en relación la figura del parricida con peculiares figuras de sacrílegos o malditos que desde época monárquica eran dejados en manos de los dioses, pero a quienes no se daba muerte efectiva ni eran objeto de *sacrificium*, o

piaculum. Éstos eran los maldecidos con la *sacertas*, producto de la reelaboración pontifical de una sanción común a los pueblos indoeuropeos y que conllevaba la separación de la comunidad. Quien ofendía al dios *Terminus* mediante la violación de los límites; quien no cumplía el deber de fidelidad patronos-clientes; el fraude a las expectativas paternas por parte de la esposa; o algunos tipos de maltrato, como la imprecaciones mágicas en el ámbito familiar también eran castigados con la desprotección jurídica. En estos casos, la Religión no permite la inmolación del culpable, pero su exclusión hace lícito que cualquiera pueda matarlo impunemente. Mientras que es sacrilegio violar cualquier sagrada, se tiene no obstante el derecho a matar al *homo sacer*. Los rituales seguidos en cada uno de los casos presentan diferencias entre sí pero se fundamentan en las mismas creencias mágico-religiosas y serán recogidos por la *civitas* en las tres funciones de la pena, castigo, expiación y venganza. Castigo a quien no había respetado la voluntad de la autoridad familiar o política, expiación en los casos de peligro de contaminación y venganza en los casos en que se hace necesario satisfacer un legítimo deseo social y psicológico de quien fue víctima de la ofensa o de sus parientes.

Parece existir cierto paralelismo entre determinados comportamientos que suponían la condena como *homo sacer* — y el atentado contra la vida del *pater*. Del mismo modo que el *homo sacer* era privado de protección jurídica, pero no se procedía a su ejecución efectiva ni a su *inmolatio* sacrificial; así era descontado el parricida del número de los seres humanos e ignorado por el Derecho. No se le imponía una de las penas de muerte «de Estado» porque no tenía categoría humana; era un *monstrum* en el sentido originario del término, un ser extraño al mundo de los humanos, como los niños que nacían deformes y debían ser eliminados porque los dioses los rechazaban².

De aquí deriva toda la tremenda simbología de la *poena cullei* y quizá lo más significativo, más allá de la compañía animal del *culleus*, es el capuchón de lobo con que se cubre la cabeza del condenado. El capuchón de lobo es expresión de que hay que arrancar al parricida lo que de más

1 E. CANTARELLA, *I Greci, noi e la pena di morte*, Studi Labruna, Napoli 2007, pp.643-659; hoy aparece superada definitivamente en la doctrina la vieja máxima de que «los romanos eran gigantes en las construcciones de Derecho civil pero pigmeos en las de Derecho penal, cfr. «F. BRICCOLA, *Introduzione a Carrara. Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 1993, pp.13 ss.

2 N. JULIEN, *Enciclopedia de los mitos*, Barcelona 2008, voz *monstrum*: «Representan las fuerzas cósmicas y evocan el caos anterior a la ordenación y organización del Universo (...) Guardianes del umbral, determinan los límites, la frontera no exenta de peligros terrores residentes en el alma humana; véase artículo 30 del Código civil vigente y la exigencia a efectos de personalidad de «tener figura humana».

humano le pueda quedar: el rostro. Arrojado del mundo de los humanos y enfundado en el terrible disfraz, vaga hacia una suerte incierta que sólo los dioses determinan. Como el *homo sacer* tiene una posibilidad, siquiera remota, de sustraerse a la muerte. Pero en último término su destino lo determinan los dioses. La labor de los hombres finaliza cuando es encerrado herméticamente en una bolsa de basura impermeable, para que ni el agua ni la tierra sean contaminados por su mal, y es finalmente arrojado al mar o al río, como se arrojan los desperdicios.

La *poena cullei* sobrevive a las reformas de la *lex Cornelia* y de la *lex Pompeia de parricidis* del tiempo clásico. Las reformas jurisprudenciales y legislativas posteriores en cuanto al carácter preventivo y a la introducción de nuevas tendencias humanitarias que culminan en época de los emperadores Severos no hacen gran mella en esta vieja tradición consuetudinaria³.

Cuando el Cristianismo ya es Religión oficial del Imperio no sólo se mantiene la «pena del saco» sino que se incrementa la autoría mediata del parricidio al introducirse un conjunto amorfo de parientes, como autores mediatos y se aumenta la afflictividad de la pena. Se procede a revisar los textos clásicos para concluir que el parricida es un ser sin alma (lo que los griegos llamaban *psiche* y empieza a llamarse alma, a partir de Platón). Cicerón y Séneca, Virgilio u Horacio —vehículo de unión del mundo griego con el latino— son reinterpretados en clave cristiana por los padres de la Iglesia y por otros autores cristianos como Lactancio, Tertuliano o S. Agustín. El parricida se sigue considerando *monstrum* y es apartado de la comunidad cristiana mediante la excomunión. Durante muchos siglos se le niega el contacto con la tierra purificadora mediante la privación de sepultura.

Muy lejos queda ya el siglo XVI en que todavía se enseñaban en las Universidades los *Libri terribili* del Digesto. La ciencia del Derecho penal fue surgiendo a la vez que la progresiva secularización del Derecho pero las viejas creencias romanas se mantenían en gran medida y trascendían al Derecho y el parricida sigue siendo un «outlaw. El

mismo parricida del que decía Ihering que «moría como había vivido» y que «su situación era peor que la del enemigo porque era objeto de horror, de maldición como un ser infestado, evitado por todo el mundo»⁴.

En las Partidas, y hasta bien entrada la edad Moderna se encuentran rastros de la vieja pena; se atribuye al vivo el *status* del muerto y se sigue aplicando la «pena del saco».

Los símbolos de la pena implicaban una concepción del mundo, la de la sociedad patriarcal en la que sólo el *pater* era pleno sujeto de derechos (Muy diferente fue en origen el tratamiento jurídico del Derecho cuando se daba muerte a la madre). Mientras la sociedad va cambiando, el mundo de la religión se nos aparece a veces como inmutable o muy antiguo, pero acaso no lo sea tanto si permanecen las viejas creencias. Mediante un diálogo entre la Historia y el Derecho positivo podamos contribuir a superar definitivamente la confusión entre pecado y delito, porque el pasado es también parte de nuestro patrimonio jurídico y porque en la Historia jurídica ninguna conquista es para siempre.

2. La *poena cullei* aplicada al *monstrum* y la configuración del parricidio como delito diferente del homicidio doloso

El término «parricida» viene relacionándose tradicionalmente con la primera aparición jurídica del dolo, constitutivo del tipo penal de homicidio que en su origen no incluye la muerte culposa de un hombre libre. En la Ley de las XII Tablas a partir de la norma transmitida por Festo, que Cicerón a su vez hace derivar de la vieja ley regia atribuida a Numa: *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*,⁵ es reo de la pena de muerte a aquel que daba mataba a un *pater*, a un *hominem liberum*, de forma dolosa, *dolo sciens*.

Los *monstrua* o *prodigia* por su parte eran portadores de males para la comunidad; los seres que nacían deformes eran sacrificados porque los dioses no los querían «Si una mujer hubiese dado a luz algo monstruoso rechácese, porque no son hijos los que son procreados con forma con-

3 C de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*; en relación a la admiración que causan ene. filósofo las reformas de los Severos por no haberse dejado llevar por la «ciega costumbre» de la pena de muerte; interesantes comentarios en la traducción con introducción y notas de F. TOMÁS y VALIENTE, Madrid, 1982.

4 Vid. *infra*, nt.48; respecto a la fuerza de las creencias la historia no estudia sólo los hechos materiales y las instituciones; su verdadero objeto de estudio es el alma humana, por eso debe aspirar a conocer lo que esa alma ha creído, ha pensado, ha sentido, en las diferentes etapas de la vida del género humano», FUSTEL DE COULANGES, en *La cité antique*, Paris, 1900, p. 1; p. 92.

5 Homicidio doloso en contraposición a homicidio culposo, que sólo exige que la ira de los dioses sea aplacada mediante el sacrificio de un carnero. Cicerón, *Topica*, 17,6,4; en contraposición a Servio, *Verg.*, 4,43: *si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem*; ; Ley XII Tablas, VIII,24, a; véase en C. RASCÓN, J.M. GARCÍA, Madrid, 1993, p. 28; Digesto, 2,2,23., Pomponio. *Enchiridion*. THESAURUS, X, I,III, voz «parricida»: *prima pars cocis compositae primitus homines eadem gente vel origine coniunctos, deinde, tempore legum antiquissimarum, usu dilatato omnes ingenuos vel cives, sed postea Romani vocem, quam nimirum cum parens vel pater iugebant*; para A. MAGDELAIN, «Parricidas», *Du châtement dans la cité. Supplices corporales et peine de mort dans le monde antique*, Rome, 1984, pp. 549 ss., la expresión *dolo sciens* significaría «con engaño» y la norma, que no sería regia sino pontifical, habría tenido la función en época posterior a las XII Tablas, de extender también al que había matado con engaño, la calificación de *parricidas*, reservada hasta ese momento sólo al que mataba violentamente. Una excelente exposición sobre el actual estado de la doctrina en B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1989, cfr. «Reati puniti con pena sacrale», pp. 8-9.

traría a la del género humano» En el caso del que atenta contra la vida de su padre la función de la pena no es tanto la muerte del parricida, como la eliminación del monstruo y de su peligro contaminante para la *civitas*. La falta de forma humana hacía al monstruo por fuera como la falta de compasión y de humanidad lo hacía por dentro.. Probablemente el que mataba al padre moría ahogado, asfixiado en la bolsa de cuero por la falta de aire. Y no resulta éste un detalle sin importancia, porque al igual que el *homo sacer*, al que voy a referirme a en el apartado siguiente, también moría por ausencia, por abandono⁶.

A partir de la norma transmitida por Festo se determina que no es lícito inmolarse a un hombre maldito (*sacer*), pero quien atente contra su vida no será considerado «parricida», y en consecuencia no será reo de la pena de muerte. El poder público ignora al hombre maldito abandonándolo en manos de los dioses pero a la vez se abstiene de imponer castigo alguno a quien atente contra la vida de un maldito. Éste es abandonado a su suerte y desprotegido hasta el punto de que quien lo mate en ningún caso será públicamente perseguido ni condenado como reo de homicidio doloso⁷.

Veamos a continuación la relación entre dos maldiciones. La que recae sobre el *homo sacer* y la que recae sobre aquel, que atentando contra la *pax deorum*, da muerte al sacerdote de su propia *domus*, a su propio padre.

A la luz de las últimas investigaciones, entre las que cabe mencionar sin duda los descubrimientos arqueológicos, parece haberse hallado una clara diferenciación entre la pena aplicada al homicidio voluntario y la pena de la bolsa de cuero, aplicada al que mata a su padre como sacerdote doméstico. En época ciudadana ya se diferenciaron claramente parricida y homicida y hoy día, la tesis de la identificación

continuada en la historia entre homicidio voluntario y parricidio tiene escaso seguimiento en la doctrina.

Probablemente el término *paricidas* es una forma sincopada de *paricidatus*, como *damnas* lo es de *damnatus* y debe traducirse como «sea muerto igualmente por compensación» o por represalia. En este sentido, *paricidas* podría ser un término derivado de *paria facere*: «sanción equivalente», y la pena en consecuencia sería la que procede de la aplicación de la ley del Talión. Así se entiende la fórmula *pariter caesus esto* que autorizaría a los particulares a dar muerte al homicida y en consecuencia legitimaría la venganza. El juicio y la aplicación de la pena aplicable al homicida no constituye un asunto privado sino un ejercicio de *iurisdictio* por parte de la *civitas*. Los *quaestores parricidii* fueron los magistrados encargados de investigar si el homicidio se produjo, o no, con dolo, así como de determinar la función del pueblo reunido *in contione*⁸. No es concebible, como afirma Eva Cantarella, que un delito cuya configuración arranca de época preciadana, del tiempo de Numa, como el homicidio, cuya represión era de fundamental importancia para la *civitas* fuese castigado con una norma que remitía a otro delito y a otra sanción, que por otra parte ni siquiera está determinada. Nos encontraríamos ante la única *lex regia* que habría castigado un delito por analogía. El diferente tratamiento procesal resulta determinante. Precisamente, en el caso de que se dé muerte a un hombre libre, el poder público se reserva siempre la función de investigar mediante los magistrados especializados. Ahora bien, la *civitas* tiene que conciliar su intervención con la arraigada mentalidad que consideraba la venganza privada no sólo un derecho sino también un deber social. Será ahora el poder público el encargado de establecer cuando un comportamiento merece ser castiga-

6 Cicerón, *de legibus*, 3,8,19; *puer insignis ad deformitatem*: Digesto .1,5,14 : «No son tenidos por hijos los que nacen sin la forma humana habitual»; D.50,16,135 » más parecidos a animal que a hombre, paul sent, 4,94; C.6, 29,3,1; E. CANTARELLA, en *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1996, p.282 afirma que los *monstrua* debían ser alejados «dal consorcio umano e civile, in modo definitivo e irreversibile»; Partidas V, ley 8 «En el nombre de hijos no se contienen los nacidos muertos o monstruosos como en figura de bestia»; discutible resulta si se debe a ésta o a otra no a otra razón que la inercia histórica se debe el artículo 30 de nuestro código civil vigente que requiere para la consideración de persona que el feto «tuviera figura humana».

7 Festo, a través de la interpretación de Verrio Flaco, voz *sacer*, 424L: *Homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium neque fas est eum immolari, sed qui occidit parricidii non damnatur*; F.BONA, *Contributo allo studio della composizione del «De verborum significatione» di Verrio Flacco*, Milano, 1964; B.ALBANESE, *Sacer esto* BIDR 91, 1988, p. 178; G. BASANELLI, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale (a proposito Della sacertà)* BIDR 89, 1986, 367 ss, parte del análisis léxico del texto y encuentra dos afirmaciones simétricas en Festo y Servio concluyendo que *sacer* hace referencia al status personal del sujeto y a la condición a que queda relegado configurando así el nuevo proceso penal público; *vid. infra*, nt.18.

8 La *provocatio ad populum*, de contenido eminentemente político fue una característica institución republicana que durante mucho tiempo se arrogó el derecho de perseguir, incluso con la pena capital a determinados miembros de la clase patricia responsables de la violación de las *leges sacrae*, y en particular a los magistrados responsables de no haber cumplido con el *officium*. La gravedad del delito, al que se imponía la pena de muerte era la causa de que éste se remitiera al proceso comicial, regido por el principio acusatorio y en el que intervenían los *quaestores parricidii*. La actividad de estos magistrados se apaga en el siglo I a.C a medida que se van consolidando las *quaestiones perpetuae*, que terminan por absorber definitivamente las funciones de éstos aunque durante largo tiempo estuvieron legitimados para instruir el proceso y llevar ante el pueblo las propuestas de condena; respecto a la función originaria de los *quaestores*, por todos B. SANTALUCIA, *Alle origini del processo penale romano*, IURA, 35, 1985; algunos aspectos concretos en R.M. RAMPENBERG, *Les limites du pouvoir repressivo capital de la haute magistrature du III siècle à la fin de la république*, Mélanges MAGDELAIN, 1998, pp. 383 ss.

do con la pena de muerte y decidir cuando es necesario autorizar a los parientes de la víctima a matar al asesino. Otra cuestión es que los parientes pudieran ser, como sucedía en otros tipos de delitos como los hurtos privados, una especie de delegados de la *civitas* para aplicar la pena de muerte. Quien había cometido un homicidio voluntario era públicamente perseguido y castigado y no podía en ningún caso librarse de la pena de muerte, aplicada de diferentes formas siendo la más frecuente la decapitación con el hacha, la *securi percussio*, como manifestación del *imperium* que residía en el pueblo representado por los magistrados de rango superior⁹.

Bien diferente es en cambio la pena del saco, que se aplica tardíamente, ya en tiempos de la República, pena desconocida en el Derecho griego y aplicable al que da muerte a su propio padre. Sin entrar ahora en la ardua polémica que todavía se desata en la doctrina actual en torno al significado del término *parricidium*, me acojo al estudio realizado en los últimos años por Tondo, que relaciona el término *paricidas* con «*pera*», recipiente, en alusión a la bolsa de cuero en que era introducido el parricida y en la que se le sometía a la pena de muerte por sumersión. Aunque aún no se había introducido la *poena cullei*, el origen del castigo del parricida, ya desde la época monárquica, es la profanación religiosa que supone la muerte del más importante de los ciudadanos, el *pater*. La pena de la bolsa de cuero se había aplicado en su origen a otros tipos de seres considerados malditos o impuros, pero su introducción en la bolsa de cuero se realizaba en origen sin compañía

animal. Así cuenta Valerio Máximo, que el rey etrusco Tarquinio castigó a uno de los decenviros por divulgar los secretos de los sagrados ritos civiles y que mucho tiempo después este tipo de pena fue por ley inflingida a quienes atentan contra la vida de su propio padre «porque el atentado —*violatio*— contra los padres y los dioses debe ser limpiado —*expianda est*— de la misma manera¹⁰.

En época ciudadana, todas las penas son consideradas un castigo pero cada castigo responde a diferentes funciones. La función de la pena de muerte impuesta al homicida es diferente de la función de la *poena cullei* impuesta a quien mata a su padre. La primera, la ejecución por el hacha, no tenía nada de sagrado. En las descripciones que tanto Plutarco como Tito Livio ofrecen de la decapitación de los hijos de Bruto, por ejemplo, no hay trazas de ceremonial religioso, ni de plegarias, ni de lectura de fórmulas sagradas, ni del emblemático gesto de cubrir la cabeza del maldito ni de otros aspectos imprescindibles del rito inmolatorio¹¹. Parece haber constancia evidente de que la introducción de la *poena culleise* produjo bien iniciada la República y sufrió constantes transformaciones a partir del imaginario popular, debido a su carácter consuetudinario. De ahí la confusión que a veces se deriva de las fuentes respecto a los animales sucesivamente introducidos en el saco de cuero. La aplicación de la pena de muerte por sumersión se utilizaba también en Grecia; lo genuinamente romano fue la progresiva introducción en el saco de cuero de animales, cada uno de ellos símbolo de la depravación del parricida¹².

9 E. CANTARELLA, en *La sacertà nel sistema originario delle pene.- Considerazioni su una recente ipotesi* Mélanges à la mémoire de A. MAGDELAIN, Paris, 1998, pp.54-62 considera que no puede afirmarse que la pena de muerte fuese en general una pena sacral ni que siempre tuviera contenido expiatorio; en contra R. FIORI, *vid. infra*, nt.10 y 11.

10 Valerio Máximo, *Fact et dict* 1,1,13; Dion. Hal., *Ant. Rom.* 4,62

11 Tito Livio, *Hist* 22,57; Plutarco., *Marc.*3,5; Festo.,s.v.*sacer* ,424L.; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* ,Leipzig, 1899, reimpr. Aalen, 1990; traducción de P. DORADO MONTERO, pp. 900 ss.; en el texto de Festo no se habla de aplicación efectiva de la pena de muerte al *homo sacer* por parte de la autoridad. A partir de MOMMSEN son varias las tesis construidas sobre las huellas del vacío de poder., *infra*, nt.13. Si bien es cierto que los romanos no mostraron ningún tipo de miramientos ante la práctica de sacrificios humanos como ofrenda a los dioses, también lo es que la *securi percussio* carece de los rasgos característicos de la ejecución sacrificial; cfr. E.CANTARELLA, *I supplizj* cit, p. 294 y pp.153 ss., excluye la consagración del *homo sacer* del originario sistema de penas y niega el carácter de ceremonia religiosa de la decapitación de los hijos de Bruto, en la famosa narración de Dión Casio, 43,24,4, a partir de la que la mayoría de la doctrina considera que Julio César realizó un sacrificio humano en el campo de Marte, con el concurso de los pontífices y el *flamen*, exponiendo posteriormente las cabezas de las víctimas en la basilica del dios Marte; *eadem* en *La sacertà nel sistema originario delle pene.-cit.* pp.5 ss frente a R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1966, pp.11 ss quien considera que la *sacratio* coincide con el primer tipo de pena de muerte; para S.TONDO, *Leges regiae e paricidas*, Firenze 1973, p.109, se tratará de un régimen sacrificial hasta la época del rey Numa. G. WISSOWA *Religion und Kultus der Römern*, München, 1902, p. 31; F.MILLAR, *A Study of Cassius Dio*, Oxford 1964, pp.1179-181; *vid infra* nt.19.

12 *Vid.* la diferente clasificación que hacen R. FIORI, *ob.cit.*, p. 53 y E. CANTARELLA, *la sacertà*, cit. p.69; también interesante para entender la distinta función de las penas es la clásica diferenciación de G. DUMÉZIL, *Triades de calamités et triades de délits à valeur trifonctionnelle*, cit, pp.1173 ss., según el cual la sociedad indoeuropea se habría organizado en torno a tres funciones, la religiosa y jurídica, la de la fuerza física y guerrera y por último la agraria de la fecundidad. De la primera proviene el mal de los conflictos y desgracias o el fracaso de los ritos sacrificiales; de la segunda, la guerra; de la tercera, las malas cosechas y la indigencia. Los delitos de saber mágico y la soberbia darían lugar a delitos relacionados a su vez con la primera función; los delitos de violencia física derivarían de la segunda y de la tercera provendrían los delitos relacionados con el bienestar económico, como las extorsiones o los hurtos; *vid.* también A. TORRENT, *Derecho penal romano, épocas monárquica y republicana*, en «El Derecho Penal.- De Roma al Derecho actual», Congreso iberoamericano de Derecho romano, Madrid, 2005, pp.11-42.

La pena del saco no es pues una pena en su origen reglada ni dispuesta por el poder público, se trata más bien de una vieja costumbre que, como tal, se va configurando paulatinamente y con la que se pretende un abandono, una atribución al vivo del *status* del muerto, con una sanción que le priva de cualquier tipo de protección civil. El crimen contra el *pater* es un crimen contra lo divino y el *paterfamilias* representaba en la familia lo mismo que había significado el *rex* en la comunidad política. Cuando llega el estado-ciudad republicano, Roma sigue siendo una ciudad de padres; sólo los padres tienen *genius*, divinidad protectora y titularidad absoluta de derechos; por eso se ha dicho que en el atentado contra la divinidad es sólo la persona divina lo que cambia, ya que la representada por el rey pasa a ser representada por el padre¹³. Por eso, monstruo al fin, ser depravado y deforme, era aquel que osaba dar muerte al padre, imbuido de divinidad. Expiación, componentes mágico-religiosos y venganza pública están en el origen de esta pena. Afirma Tondo que la fórmula sancionatoria de la *lex Numae* se refería a «uno che viene uccisso col sacco di cuoio». No resulta anecdótico el material impermeable que revestía el saco; así se impedía que el agua se contaminase con los restos de un ser nefasto, prodigioso, impuro. Cada animal que a lo largo de los siglos posteriores se va introduciendo era un símbolo de la degradación humana, porque se ha considerado en la doctrina que los romanos tenían un metro antropocéntrico para medir el comportamiento de los animales; en este sentido Cicerón afirma muy plásticamente que «el mono es un hombre que no vale un céntimo»¹⁴.

De introducción del maldito en la bolsa sin compañía animal ya hablamos más arriba a propósito de una narración de Valerio Máximo y también tenemos noticia a tra-

vés de Plutarco. Tampoco consta la compañía animal en la narración de Tito Livio que sitúa el primer caso de parricidio por muerte de la madre un siglo después, en el año 101 a.C.: *matre occisa primus in culleo insutus in mare praecipitatus est*¹⁵.

Pero siguiendo con el significado de los animales, el perro es *inmundus* para Horacio y tiene características obscuras, según Virgilio. El gallo, según Plinio es tan pendero que aterroriza incluso a los leones; y además canta al alba, cuando se abre la luz del día, por eso debe acompañar a un monstruo capaz de matar a quien le abrió los ojos a la luz de la vida; la víbora, según Plinio, paría más de veinte crías, una por día y la madre muere en la lucha entre ellas; más complejo resulta encontrar el sentido de la introducción de un mono hembra, equiparable al hombre degradado de Cicerón y menospreciado también por Plinio al considerar que estos animales aman de tal modo a sus hijos recién nacidos que los sofocan con su abrazo; en otras fuentes aparece como «animal horripilante», «caricatura de hombre» y «bestia torpísima»¹⁶.

Pero, de todos los animales, es el lobo, cuya figura aparece al introducirse en forma de capuchón y cubrir la cabeza del maldito el más representativo porque expresa la exclusión absoluta de la sociedad humana. La alusión al lobo era desde los tiempos más antiguos la alusión al solitario que huye y es temido. Colocarse una piel de lobo era salir de la sociedad de los vivos. Vivo, pero sin poder respirar el aire del cielo, lanzado al mar, pero de tal modo que sus huesos no pudiesen tocar la tierra, suspendido de las olas, pero no limpiado por ellas y lanzado a la playa pero sin permitírsele hallar reposo en acantilado alguno. Y al final del suplicio el «osario promiscuo» la mezcla de huesos de

13 P.M. MARTIN, *L'idée de royauté à Rome*, Paris, 1982, p.230; *infra*, nt.15 y nt.47.

14 *vid infra* nt.15; El valor de purificación del agua en el rito de la sumersión resulta discutido, ya que al introducir al parricida en el saco de cuero, se pretende precisamente que no tome contacto con el líquido elemento purificador y permanezca así impuro; Cicerón, *Top.* 17,6, T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*; cit., p.617; II, p.364; p.373, que sostiene que la pena del homicidio sería la *poena cullei*, interpretación esta que se ha ampliado al considerar por ejemplo que el término *parrici* empleado por Festo es el dativo de *parix* que significa bolsa, por lo que *parici datus esto* significaría «sea dado al saco. Así considera S.TONDO, *Leges regiae e paricidas*, cit., pp.154 ss que la fórmula sancionatoria de la *lex Numae* dispone que el homicida «sia (alguien que resulta) uccisso col sacco di cuoio»; el término *parix* no obstante también ha sido interpretado como sea dado «a los *parici*, es decir, a aquellos magistrados encargados de aplicar la pena capital; C. FERRINI, cit, p.148; D. BRIQUEL, *Sur le mode d'exécution en cas de parricidium et en cas de perduellio*, MEFR 92, 1980, pp. 87 ss; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, *Profili*, Napoli, 1998, p. 30».

15 Plutarco, *Rom.*, 22; respecto al primer caso de parricidio por muerte dolosa de la madre, Tito Livio, *Periochae*, 68; Cicerón, *De inventione*, 2, 50, 149, refiere todo el ritual que acompañaba al condenado, concretamente, el capuchón de lobo que se le enfundaba y al que se hizo referencia más arriba y los zuecos de madera que se le calzaban y que según este autor eran para impedir su huída; en contra de que fuese esa la finalidad, E. CANTARELLA, en «Il supplizio di Malleolo», *I supplizi*, cit., pp. 274-275, se pregunta qué quiere decir Livio cuando escribe que se trata del primer caso de aplicación de la *poena cullei*: las dudas se refieren a si fue la primera persona condenada a esa pena y arrojada al mar, o se trató del primer caso de condena por muerte de la madre; la autora se inclina por la segunda idea y aduce textos de Plauto en los que se advierte claramente que incluso antes del 202 a.C. ya era de aplicación frecuente la pena de la bolsa de cuero como sanción al parricida; respecto a la medida humana para contrastar la agresividad de los animales, *eadem*, p.208; A.GUARINO, *Variazioni sul tema di Malleolo*, Labeo, 1987, pp. 79 ss.

16 «Ojos de perra» se atribuía ya a sí misma Helena de Troya, al ser consciente de los males que por su belleza habían acaecido en la patria; Homero, *Iliada*, *Canto X*; El perro y el gallo, símbolos de agresividad y relacionados con cultos paganos habrían sido añadidos muy tardíamente, en el siglo III por el emperador cristiano Constantino; *vid.infra.*; nt.45; E. NARDI, *l'otre dei parricidi e le bestie incluse* Milano, 1980, pp. 13 ss; E. CANTARELLA, *I supplizii*, cit., pp. 269, *vid.* especialmente p. 284-285, «l'aria, la terra, l'acqua e il parricida».

animal y hombre tendrá función ejemplarizante al mostrar la repugnancia del crimen porque el tormento causado al parricida presenta una crueldad sólo comparable con la que él mostró hacia quien le dio la vida¹⁷.

Parricida y *homo sacer* son ambos malditos, pero malditos que por su alto grado de contaminación, se sustraen a la pena de muerte como castigo ciudadano, a la *poena capitis*. El *homo sacer* debía expiar su culpa siendo sacrificado, pero en este punto conviene hacer una distinción, como hace Sabatucci, entre *sacer* y *sacrificium*. Mientras «sacro» era lo que se ofrecía a los dioses, *sacrificium* era el acto que consignaba a los dioses aquello que les era ofrecido, pero no comportaba necesariamente ni su aceptación ni su toma de posesión por parte de aquéllos; sólo se trataba de una ofrenda. Como cuando eran escogidos animales como ofrenda de sacrificio; es necesario diferenciar entre el proceso de selección de los animales que se presentan y el sacrificio en sí. La ofrenda no era sinónimo de inmolación. En este sentido habría que interpretar también el texto antes mencionado de Macrobio que aludía a la necesidad de separar al maldito del cuerpo para que pudiera llegar a los dioses. Como frente al asesino de su padre, el poder público se inhibe. Ambos malditos resultan abandonados a su suerte y sólo la divinidad ofendida decidirá en último término su destino¹⁸.

Puede que el condenado encuentre la muerte, puede que el destino le depare sufrimientos aún más terribles que los de la *securi percussio*, pero cabe una posibilidad, siquiera remotísima de que la esquite de modo inmediato, en una suerte de ordalía. El Derecho simplemente, nada más y nada menos, da la espalda a los malditos. La gravedad del delito excluye al parricida de la comunidad cívica.

A diferencia de la pena de muerte inflingida por la autoridad competente, el castigo al consagrado no comportaba

sin más la ejecución del ser depravado y sacrílego. Pero sí provocaba, probablemente por una elaboración de la jurisprudencia pontifical, la pérdida de todo tipo de capacidad jurídica y la inexistencia jurídica del individuo lo hacía posible objeto de violencia por parte de cualquiera. Veamos a continuación quienes habían precedido al parricida en esta peculiar otra categoría de malditos.

2. Paralelismo entre parricida y *homo sacer* como hombre maldito. Exclusión social y desprotección jurídica

Existen otras figuras de individuos altamente nocivos o contaminantes para la sociedad romana. A la hora de castigarlos, la comunidad se abstiene de imponerles ningún tipo de castigo y se limita a enviárselos directamente a los dioses, para que éstos se encarguen de ellos. Pues bien de modo semejante al parricida, que es encerrado en una bolsa hermética para evitar que contamine, había sido tratado desde la época monárquica el *homo sacer*, aquel que fue juzgado por un delito ...*quem populus iudicavit ob maleficium*», y cuya sanción corresponde a los dioses *quidquid destinatum est dis sacrum vocatur*. El texto transmitido por Festo, a través de la tradición de Verrio Flaco sólo dice que no es *fas* inmolarse al *homo sacer*. No dice que sea necesario matarlo, ni tampoco que no sea posible hacerlo. De hecho, como se vio más arriba, si alguien lo mata no será reo de homicidio. La *sacratio* entonces no comporta necesariamente la inmolación del culpable, pero nada impide que se le pueda matar¹⁹.

Puede ser revelador reflexionar en torno a dos cuestiones. En primer lugar. ¿Por qué no se condenaba a muerte al *homo sacer* de un modo taxativo, en lugar de dejarle al arbitrio de quien quisiera hacerlo cuando por otra parte los romanos demostraron tener tan pocos escrúpulos a la hora

17 Cicerón, *Pro Rosc Am*, 26,71 ss; *idem*, 13 *In hoc tanto, tam atroce, tan singulari maleficio, quod ita raro extitit, ut, si quando auditum sit, portento ac prodigio simile numeretur*. El padre de Roscio había sido agredido por sicarios, de improviso, cuando salía de una cena; el término «luperciales», hace referencia al lobo y a la cabra, y expresa el estado salvaje, no civilizado; el disfraz de lobo supone un rito de paso, un tránsito hacia otro mundo; E.GERNET, cit., hace referencia al maldito como «outlaw», expulsado del consorcio civil, privado, como el *wargus* germánico de toda protección humana y divina y IHERING, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Atufen seiner Entwicklung*, Darmstadt 1969, pp.315 ss se refiere al «hombre lobo» al solitario maldito condenado a vagar por siempre fuera del mundo de lo humano *per silvas vadito, capuz lupinum gerit; vid infra* nt.33

18 D. SABATUCCI, *Sacer, Studi e materiali di storia delle religioni*, SMSR 23 (1951-52), pp. 94 ss.; precisamente, las víctimas animales que escapaban al sacrificio debían ser sacrificadas para evitar la contaminación del grupo, y si los animales se daban a la fuga había que perseguirlos y asegurarse su muerte; Serv., 2,104; Macrobio, *Saturnalia*, 3,7,3: *quidquid destinatum est dis sacrum vocatur; pervenire autem ad deos non potest nisi libera ad onere corporis fuerit anima, quod nisi mortefieri non potest*; cit. *supra*, nt.15; lo complicado de la situación del consagrado hace considerar a BENET y a TONDO, *vid supra*, nt 8., que la sanción era una auténtica inmolación sacrificial; ; F. GARCÍA-J. LUQUE, *Los sacrificios humanos y la ciudad de Roma en la época de los Severos*, en *Ritual y conciencia cívica en el mundo antiguo*, Madrid 1995, pp.179-183; G. GROTTANELLI, *Sacrificio e società nel mondo antico*, Bari 1988, pp.264 ss.; en este sentido son de aplicación las palabras de DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, 1912, p.428: «el mundo de lo consagrado es por definición un mundo aparte»; en el mismo sentido M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Madrid 1982, voz *sacer*, cuando da noticia del maldito como apartado o separado: «todo aquello que es apartado o reservado a los dioses. La execración (*sacratio*) producida por el perjurio o por el que comete algún crimen expone a la venganza privada y priva además de toda protección humana.

19 *Vid supra: Homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium, neque fas est eum immolari, sed qui occidit parricidii non damnatur* Festo, 424 L; Macrobio, *Saturnalia*, 3,7,3. la duda está en que «para que el alma se separe del cuerpo es necesario matar.

de aplicar, en sus más variopintas, simbólicas y crueles manifestaciones, las penas de muerte?

En segundo término convendría conocer la valoración y el contenido de los comportamientos propios del hombre maldito, que lograba sustraerse a la pena de muerte mediante el expediente del abandono

En cuanto a la primera pregunta, hay que poner de relieve que las más recientes excavaciones arqueológicas han proyectado nueva luz sobre las llamadas leyes regias. Estas leyes, que durante mucho tiempo no fueron consideradas sino viejas normas consuetudinarias se consideran hoy auténticas disposiciones normativas, a partir sobre todo de las profusas investigaciones de Tondo. En el célebre *lapis niger*, la «piedra negra», donde supuestamente se encontraría la tumba de Rómulo, se ha descifrado la siguiente inscripción: «*quoi hon (ke stloqom violasid manibus) sakros esed*»²⁰.

De estas palabras, cuya fecha se sitúa en el año 571 a.C., se deduce la indudable relación entre la vieja autoridad regia y la sanción *sakros esed* que ésta imponía. Se trata de la más antigua noticia que nos ha llegado acerca del término *sacratio* y parece estar relacionada con la violación de los lugares sagrados, hipótesis sobre la que volveremos después *homo sacer* es aquel a quien el pueblo ha juzgado por un delito.

¿Podemos compartir la teoría de Mommsen y acaso se tratase de un expediente al que se recurría en circunstancias excepcionales cuando se encontrasen ausentes los magistrados patricios, únicos legitimados para proceder a la *securi percussio*, garantizando así la punición del culpable? ¿O tal vez se tratase de un recurso de emergencia para evitar que el condenado se fugase? No lejos de esta interpretación parecen estar las palabras de Macrobio: «Puesto que es necesario que el alma se separe del cuerpo para poder llegar a los dioses, es lícito a cualquiera matarlo»²¹.

El destino del maldito es el abandono a su suerte y quien hallaba a este ser aislado y le daba muerte, lejos de

ser condenado por homicidio, era considerado un colaborador en el cumplimiento de la voluntad divina. Recientes investigaciones, entre las que merece ser destacado Garofalo, parecen demostrar pues que el maldito era sólo un «separado», de la comunidad, un abandonado a su suerte al que ni siquiera los dioses habían aceptado, pero en ningún caso, como se vio que sucedía en la *poena cullei*, un condenado o muerte. La sustracción a la muerte efectiva es desde luego difícil desde un punto de vista fáctico, pero no imposible desde un punto de vista jurídico puesto que la muerte no es consecuencia de una condena; es sólo una eventualidad, consecuencia de la desprotección jurídica. Garofalo se refiere a la completa y exclusiva sujeción a la divinidad del maldito, por eso afirma que hacer obligatoria la ejecución habría significado algo tan grave como violar el derecho exclusivo de la divinidad sobre su persona²².

Vamos con la segunda cuestión. Las hipótesis de *sacratio* que nos interesa mencionar, en cuanto pueden tener cierta relación con la calificación jurídico-penal que en época posterior se dará al parricida, presentan comportamientos que violan un deber religioso, ya sea por no respetar los confines sagrados, ya se trate de atentados contra la *fides* como deber recíproco entre patronos y clientes o ya se trate de ofensas al máximo sacerdote del culto doméstico; este supuesto incluye algunos casos en que la esposa defrauda la *spes patris* y la *verberatio parentis*. Es sancionado como *sacer* el descendiente, hombre o mujer, que maltratase o realizase imprecaciones mágicas sobre un ascendiente, varón o hembra, no necesariamente de primer grado. En todos los casos se trata de simples ofensas y no de sacrificios efectivos. Pero detengámonos brevemente en cada uno de estos supuestos:

a) La violación de los límites y el culto al dios *Terminus*

La fuente más antigua en la materia es precisamente el monumento erigido en mármol en el que se encuentra gra-

20 El hallazgo de la inscripción *sakros esed* en un mármol encontrado bajo el célebre *lapis Niger*, la piedra negra en que supuestamente se encontraría la tumba de Rómulo, a comienzos del siglo VI a.C confirma la relación entre esta sanción y la autoridad regia que la imponía; F. COARELLI, *Il comizio dalle origini alla fine della Repubblica: cronologia e topografia*, en *La parola del passato*, 174, 1977, pp.166 ss. Tradicionalmente ha venido sosteniéndose que cuando se utilizaba el término «leyes regias», se estaba haciendo referencia a normas consuetudinarias, de formación espontánea cuya autoridad se atribuía a la autoridad del rey para acentuar su importancia. Hoy puede afirmarse la historicidad de las *leges regiae*; G.DUMÉZIL, *L'inscription archaïque du Forum et Cicéron, De divinatione II*,36, en *Recherches de sciences religieuses*, 39, 1951, pp.17 ss.

21 Vid supra matarlo *pervenire autem ad deos non potest nisi libera ab onere corporis fuerit anima, quod nisi morte fieri non potest*. L. GAROFALO, con interesante y documentado análisis de la actitud hipercrítica hacia las leyes regias, nt.223G. WISSOWA *Religion und Kultus der Römern*, München, 1902, p.31; F.MILLAR, *A Study of Cassius Dio*, Oxford 1964, pp.1179-181; F. GARCÍA- J.LUQUE, *Los sacrificios humanos y la ciudad de Roma en la época de los Severos*, en *Ritual y conciencia cívica en el mundo antiguo*, Madrid 1995, pp.179-183; respecto a la significación de la *vis* y su transformación en la época ciudadana.

22 L. GAROFALO, *Sulla condizione di homo sacer in età arcaica*, SDHI 56, 1990, pp.223 ss; también G.BASSANELLI, cit. 367 ss; E. CANTARELLA, *La sacertà nel sistema originario delle pene*, cit., pp.52-53; G.CRIFÒ, *Exilica causa quae adversus exulem agitur. Problemi del aqua et igni interdictio*, en *Du chatiment dans la cité, Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique* Roma 1984, pp. 453; *idem* en *Problemi dell'aqua et igni interdictio*, en *L'esclusione dalla città. .Altre studi sull'exilium romano*, Perugia 1995, pp.39 ss.

bado el texto de una de las denominadas «leyes regias». En relación con la inscripción transcrita más arriba, escribe Dionisio de Halicarnaso que los romanos debían consignar con piedras los límites de sus fundos. En efecto, el rey Numa habría ordenado a todos los ciudadanos delimitar los confines de sus propias tierras mediante piedras consagradas a Júpiter.

El culto al dios *Terminus* es uno de los más antiguos y la estabilidad del dios era el símbolo y el augurio de la estabilidad y la solidez de todo el Estado. Ya desde antiguo los *Termini* eran objeto de culto. En su honor se ofrecían animales —*amburbiales bestiae*— como víctimas y se realizaba la ceremonia de *Ambarvalia*. Por otro lado, los confines privados eran marcados con sangre de animales y se ofrecían cereales, tortas, miel y vino. También Festo da noticia de una ley según la cual, el que sobrepasaba los límites de su terreno arando con los bueyes debía ser consagrado a los dioses junto con los bueyes²³.

b) La violación de la *fides* entre clientes y patronos

Entramos ahora en un ámbito que podría llamarse en sentido amplio, de Derecho de familia, puesto que las relaciones entre clientes y patronos son equiparadas con frecuencia a las relaciones entre padres e hijos. Magdelain llega a utilizar la expresión «hijos ficticios» al referirse a los libertos en su relación con los patronos. Todavía Aulo Gelio establece la siguiente jerarquía entre los deberes: Rómulo habría establecido, según cuenta Dionisio de Halicarnaso que aquel que faltase a esos deberes podría ser matado impunemente por cualquiera y esa es la idea que pasará después a la conocida disposición VIII, 21 de las XII Tablas: *Patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto patronus si clienti fraudem faxit, sacer esto*: Si el patrono comete fraude a su cliente sea maldito ... y se le podrá matar lícitamente como víctima dedicada a los dioses infernales²⁴. Resulta interesante en este sentido la posición

de Serrao que señala dos épocas, una más antigua en la que existía un interés en toda la comunidad por reafirmar la fuerza del vínculo recíproco entre patriciado y plebe y una segunda fase, que se podría llamar defensiva, en la que debido ya a las luchas de poder entre patricios y plebeyos, los primeros necesitaban contar con sus propios clientes mientras que los segundos también necesitaban reforzar el vínculo clientelar para obtener así cierto favor que de otro modo no sería posible en una relación claramente desigual con supremacía de los patronos. La *fides* por tanto determinaba el surgir de nuevas normas de carácter jurídico religioso. El perjurio suponía primero la violación de deberes de tipo religioso, puesto que el culto a la *Fides* como una especial potencia de Júpiter se va a mantener a lo largo del tiempo; a mediados del siglo III a.C., se le dedicó un templo en el capitolio y cada año, los sacerdotes en un carro tirado por dos caballos eran llevados a realizar un sacrificio a la *fides*, en el que se tapaba su mano derecha, símbolo del juramento y de la lealtad a la palabra dada. Por otra parte, el perjurio era también la violación de las reglas de una relación jurídica cuya reciprocidad tenía que ser garantizada²⁵.

c) Comportamientos de la esposa que defraudan la *spes patris*

Desde las más antiguas leyes de Rómulo, se venía sancionando el comportamiento de la mujer contrario a la *honestas*. Se incluía el beber vino o privar al padre y al esposo de la esperanza de hijos. Sin entrar ahora en profundidad en estas cuestiones de las que ya me ocupé en una monografía, se plantea la expulsión de la mujer. Es como abandonada y «maldita» y se la sanciona con el repudio. La mujer que así se comportaba era considerada «sacra», cancelada del ordenamiento y privada de derechos, con lo que cualquiera que atentara contra su vida quedaría impune²⁶.

23 Festo, s.v *Terminus*, 505 L. *Eum, qui terminum exarasset, et ipsum et boves sakros esse* Cuenta la leyenda que cuando en tiempos de los reyes etruscos se construyó en el Capitolio el templo de Júpiter se hizo necesario el traslado de las capillas en honor a las divinidades a las que antes se daba culto; al averiguar, mediante la observación del vuelo de las aves, la voluntad de los dioses sobre el asunto, éstos contestaron que no había inconveniente en que se llevasen todas las capillas, excepto la de *Terminus*; Dionisio. Hal.2, 74, 3; 2, 10, 3; Plutarco., *Rom*, 22,3.

24 Nos acogemos a la traducción con estudio preliminar y notas de C. RASCÓN y J.M GARCÍA, ob.cit, p26; vid. también C. RASCÓN en el comentario a la primera versión española de las XII Tablas del ilustrado Maymo y Ribes, en *Labeo* 46, 2000, p. 265, especificando el carácter de «execrado» y abandonado del *homo sacer*; Para X. d'ORS, *Antología de textos jurídicos de Roma*, Madrid 2001, p. 56, nt.41; p.74,nt.44, la traducción sería la siguiente: «el patrono, si desamparara a su cliente, sea maldito»; este autor considera que en rigor la *fides* es la lealtad del superior respecto al inferior, por eso, sigue diciendo, «este precepto decenviral declaraba maldito al patrono que infringe de alguna forma esos deberes de fidelidad para con su cliente; Dion.Hal, 2,10,3, Servio, *ad Aen*, .6,609.

25 F..SERRAO, *Patroni e clienti da Romolo alle XII Tavole, Studi Biscardi*,vol.VII., Milano 1987, pp.293 ss ; *idem* en *Diritto privato, Economia e società*, en«La clientela», cit.pp.66-68; D. NÖRR, *La fides en el Derecho internacional romano*, trad. española de R. DOMINGO, Madrid, 1996, p.60.

26 M.I NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988, PP.; D. MOLAS, *Violencia deliberada; respecto al valor sagrado de la fecundidad, la diosa Ceres y la protección que a la mujer podía prestarle su grupo familiar según que el matrimonio fuese cum o sine manu*, E. CANTARELLA, *Ripodio, sacerità, condizione femmñile a partire da una recente interpretazione di Plut. Rom.22.- Mélanges Cannata*, Bari-Genova, 1999, pp.15-23.

d) El maltrato de palabra u obra entre parientes-*Verberatio parentis*

En la familia *proprio iure* merece ser destacada otra regla atribuida a la autoridad regia según la cual serían declarados malditos y «consagrados» el hijo y la nuera que maltratasen al padre²⁷.

El verbo *verberare* podría referirse en sentido amplio a un tipo genérico de maltrato y no sólo a golpear. Respecto al término *plorassit* que en un tiempo posterior se referirá a la llamada a testigos (como dirá Cicerón: *ut aliqui audiant atque conveniant*)²⁸ en esta época más antigua todavía tiene un sentido y función diferente, el de grito, imprecación con efecto mágico capaz de atraer la maldición sobre el culpable. Es bien conocido el temor reverencial de los romanos a las maldiciones y a sus efectos. Incluso en una época muy posterior, en el año 55 a.C, el triunviro Craso va a la guerra entre el recelo del pueblo porque el tribuno de la plebe Cayo Ateio Capiton se opuso a su partida alegando malos auspicios —*disae*— y se atrevió a pronunciar contra Craso imprecaciones terribles invocando dioses extraños. Plutarco narra el episodio afirmando que se trataba de imprecaciones tan poderosas que era imposible salvarse. La verdad es que Craso murió en su gesta²⁹.

La interpretación de este texto suele considerar que era sancionado como *sacer* el hombre —o la mujer— que maltratase o realizase imprecaciones mágicas sobre un ascendiente, varón o hembra por parte de un descendiente no necesariamente de primer grado. La víctima parece que era en primer término el *paterfamilias*, pero tampoco puede descartarse que se trate del un parentesco lógico, sobre todo teniendo en cuenta la importancia religiosa de la idea de la fecundidad, ampliamente estudiada por Dumézil³⁰.

Podríamos plantearnos la razón y el fundamento de esta sanción cuando, como ya se ha visto, en el ámbito familiar el padre podía ejercer el *ius vitae et necis*. Era sacerdote y juez; no se entiende entonces muy bien porqué si él mismo podía encargarse de la aplicación del castigo, es necesario acudir a otra regla sancionadora. Tal vez se tratase de aque-

llos casos en los que el padre no ejerciese el derecho-deber de condenar a muerte al hijo, bien por muerte de aquel, o por ausencia o enfermedad, sin descartar tampoco que por alguna razón, como el amor o la piedad. Pues bien, en todos estos casos, la *ploratio*, el hecho de hacer público un delito que de otro modo no habría salido de los muros domésticos, hacía que el vacío de poder quedase cubierto. La falta de actuación del *pater* podría haber sido sustituida por la de la comunidad.

Parece claro en consecuencia que en los comportamientos mencionados atentatorios contra la *pax deorum*, el culpable era castigado por la vía de hecho podía ser objeto de violencia por cualquiera. Merece ser mencionado en este punto el estudio de Fiori que hace referencia a algunos de estos comportamientos como atentados a la *maiestas*, considerada como uno de los principios reguladores del orden cósmico y de la comunidad terrena o contra la *fides*. En el primer caso, se trata del orden entre los distintos elementos del universo; en el segundo del respeto a los *honores*, a la escala jerárquica entre *maior* y *minor*; así, en el ámbito familiar, la esposa debe respetar la *maiestas* del marido; fuera de ella, el *dominus* es *maior* respecto al *servus* y el *patronus* lo es respecto al *cliens*. Pues bien —siempre según Fiori— el atentado contra la *maiestas* que está sancionado claramente por la autoridad como hemos visto en el caso de padres e hijos o de *dominus* y *servus*, no lo estaba por el contrario cuando la violación de la *pax deorum* se producía entre marido y mujer o entre patronos y clientes. En estos casos la situación de vacío de poder en cuanto a la sanción a aplicar sólo podría solventarse considerando al culpable como *homo sacer*³¹.

Las conductas referenciadas son bien diferentes de otras en las que sí existe *piaculum* o condena a muerte efectiva, como por ejemplo el que merece la calificación de *homo sacer* por atentar contra la vida de tribunos de la plebe; en este caso la comunidad entera debía ser testigo de su condena a muerte efectiva en las formas previstas por la *civitas*, el despeñamiento desde la roca Tarpeya³². Aprobadas las *leges sacratae* en el ámbito de la lucha patricio plebeya,

27 Festo, s.v. *plorare*, 260 L: *Si parentem puer verberit, ast olle plorassit parens, puer divis parentum sacer esto -in Regis Romuli et Tatii legibus-: «si nurus, sacra divis parentum estod» In Servii Tullii haec est: si parentem puer verberit, ast olle plorassit parens, puer divis parentum sacer esto;*

28 Cicerón., *Pro Tull.*, 21, 50

29 Plutarco., *Crassus* 16,4-8; O. SZEMERÉNYI, *Si parentem puer verberit, ast olle plorassit*, en *Beiträge zur alten Geschichte und deren Nachleben.*, Festschrift F. ALTHEIM, Berlín, 1969, pp.12 ss.; E. CANTARELLA, *I supplizi*, cit., p., 293; la *ploratio* como llamada a los testigos aparece también en las XII Tablas en el caso de hurtos cualificados, *vid.* X. d'ORS, *Antología*, cit., p. 56, cuando alude a la legítima defensa «previa vociferación para constancia de los vecinos»; XII Tablas, VIII,12 (Macrobio, *Sat.*, 1,4,19).

30 G. DUMÉZIL *Triades de calamités et triades de délits à valeur trifonctionnelle chez divers peuples indoeuropéens*, *Latomus* 14,1959, pp.173 ss.; *idem* en *Cahiers pour un temps*, París 1981; recientemente R.M. CID

31 La *pax deorum* se fundamentaba sobre tres principios: *maiestas*, *terminus* y *fides*, R. FIORI, *ob.cit.*, pp. 101 ss.

32 Las consecuencias de la primera secesión de la plebe del año 494 se tradujeron en éxito para los plebeyos: a partir de los líderes de la insurrección, Cayo Licinio Belluto y Lucio Junio Bruto tuvo lugar una deliberación de la plebe, estableciéndose que quien obligase al tribuno a hacer algo, usare o hiciese usar la violencia contra él, lo matase o conminase a alguien a matarlo, fuese *sacer*, sus bienes fuesen consagrados a Ceres y su atentado tuviese unas consecuencias diferentes del homicidio genérico; Respecto a la configuración y sentido de las *leges sacratae*, *vid.* por todos, F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società*, cit., pp.110, 114; *cfr.* Dionisio.Hal., 6,89,3; Livio, 2, 33, 1-3; 3,55,7: Si alguno maltratase a los tribunos de la plebe, a los ediles o a los jueces decenviros, sea

era evidente el interés de la plebe en demostrar con hechos que serían respetadas. Por eso, los tribunos no podían permitirse abandonar a su suerte al que hubiese sido declarado *homo sacer* por atentar contra su persona y tampoco podían correr el riesgo, siquiera remoto, de que éste pudiese salvar su vida. Antes al contrario, la precipitación desde la roca Tarpeya era sobre todo un gesto, una manifestación de cómo, en la lucha patricio plebeya, los tribunos — como de otro lado podía haber hecho cualquier ciudadano — mataban impunemente al maldito³³.

Sólo los cuatro comportamientos mencionados en primer término pueden considerarse comparables, salvando por supuesto la distancia temporal a que se ha venido haciendo referencia, con la conducta del que causa la muerte dolosa al sacerdote familiar. Ambos abandonados a su suerte como ofrenda a los dioses — no como *sacrificium* efectivo, a la espera de que éstos decidan su destino — son una especie de «outlaw», de fuera de la ley. Como se ponía de manifiesto más arriba, al mencionar el capuchón que se incorporaba a la cabeza del parricida, quizá el autor que lo expresó de modo más descriptivo fue Ihering cuando se refería al maldito como «hombre lobo», aquel que por siempre era condenado a vagar por las selvas con el capuchón de lobo *per silvas vadito, caput lupinum gerit*³⁴.

4. La aplicación de la ley Cornelia de sicarios y envenenadores (a-81 a.C y el supuesto primer tipo de parricidio en la ley Pompeya (55 A.C.)

Lejos ya históricamente de los viejos comportamientos sancionados con la *sacertas*, la *lex Cornelia de sicariis et*

veneficiis del año 81, introduce un amplísimo tipo penal de atentado a la vida ajena, en el que se incluyen conductas dolosas de atentado contra la vida del padre, así cuando la muerte de aquel se hubiera producido por uso de venenos o «*per sicarium*». Se trata de una regulación del homicidio simple, ya sea con armas (de *sica*: puñal) o con veneno, así como una genérica disposición de medios idóneos para matar. La discusión doctrinal acerca de cuál sería la pena establecida para este tipo de conductas parece desembocar en la opción mayoritaria por la *interdictio aquae et igni*, en especial para las clases sociales superiores, los *honestiores* — sabida es la diferencia explícita de trato que da al Derecho penal romano a las personas en función a la clase social a que pertenezcan (*honestiores* y *humiliores*)—. Pero en cualquier caso se está disminuyendo la afflictividad de las penas y se aplica un peculiar modo de *exilium* con carácter genérico para todas estas conductas graves. La ejecución física del reo se sustituye por su exclusión ciudadana³⁵. Evidentemente, aunque la bien la *interdictio aquae et igni* es una sanción gravísima para un ciudadano romano, resulta menos afflictiva que la antigua *poena capitis*, La *poena capitalis* sustituye así como avance jurídico a la *poena capitis* (de la antigua aplicación de la pena de muerte por decapitación: cortar la cabeza-*caput*- con el hacha) y bajo esta denominación se comprende ya no sólo la pena de muerte, sino también el *exilium*, en su doble vertiente señalada por Crifó, como pena y como derecho ciudadano³⁶.

Pues bien, la *lex Pompeia de parricidis* (Título IX del Digesto) que la doctrina sitúa entre los años 50 a 55 d.C remite a la mencionada *lex Cornelia* para castigar la conducta del que causa la muerte dolosa a su propio padre.

su cabeza consagrada a Júpiter y su patrimonio vendido a favor del templo de Ceres: *...eius caput Jovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris, Liberi Liberaeque venum iret*; A.TORRENT, *Diccionario de Derecho romano*, voz «*sacertas*», Madrid 2005, pp.1128-1129.

33 La historia de la pena tiene, como tantas veces en Roma, nombre de mujer, Tarpeya, la traidora, la hija de Spurio Tarpeyo, guardián del Campidoglio; Livio, 1,11, 5-9; Dionisio .Hal.,2, 38-40 Su suerte fue la que corrieron después todos los traidores condenados al *saxo* y *deiectio*; es cierto que en el caso de Tarpeya el castigo por su traición tuvo unas connotaciones típicamente femeninas: fue enterrada viva. Pero en definitiva, la pena de ser precipitado hacia el abismo, como la de sumersión ,que veremos después y la de ser enterrado vivo (la más aplicada en el caso de las mujeres, las vestales especialmente) responden a la misma finalidad: consagrar al culpable o a la culpable a los *dei inferi*, a los dioses del abismo; de todos modos las versiones sobre Tarpeya, diosa, traidora o heroína difieren en las fuentes y más aun en las interpretaciones doctrinales; A.MAGDELAINE, *Essais sur les'origines de la sponsio*, París 1953, p.144; E. CANTARELLA, *I supplizi*, cit, pp.238-263.

34 E. CANTARELLA, *I supplizi*, p. 277; p. 304: «la sua morte (...) era conseguenza di fatto del suo statu di escluso, della sua perdita totale di ogni e qualunque protezione»; ver la relación que establece esta autora entre este tipo de aislamiento personal y la primavera sacra como ceremonia expiatoria, pp. 300-303; vid también referencias al lobo en fuentes literarias como el décimo canto de la *Iliada*, cfr. p. 277.: «Travestirse da lupo: la spedizione di Dolone»; *eadem*, en *La sacertà nel sistema delle pene*, cit., pp. 69-70; R. IHERING, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Darmstadt 1969, pp. 315 ss; *idem* en *Estudios jurídicos*, «La Lucha por el Derecho», traducción española de A.POSADA, Buenos Aires, 1974, p.95.; G. Crifó, *vid supra* nt. en un interesante análisis, estudia la posibilidad de trasladar la primitiva *sacratio* al ámbito civil del exilio republicano y diferencia la situación en que se encuentra el maldito de la de otros «separados» de la comunidad y por ello privados de tutela jurídica como el *execratus*, el *interdictus*, el *exul* o el *devotus*, que se ofrece a sí mismo, como víctima sacrificial para obtener la victoria del ejército

35 D.48,8,1 (Marc.14, *Inst.*); se castiga de la misma manera a quienes preparan el veneno y a quienes lo suministran, la corrupción de jueces o el incendio doloso. Además Ulpiano cuenta que se sancionaba con la pena de muerte a todos aquellos que se servían de armas para matar o robar en Roma o en un radio de mil pasos fuera de la ciudad : el problema se plantea a la hora de averiguar qué parte de este complejo texto pertenece realmente a la primitiva redacción: *Collatio*, 1,3,1; 12,5,1; L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova 1997, pp.150 ss; PWRE, 12,2, voz *lex Cornelia*.

Tres hechos merecen ser destacados en el Derecho penal de la nueva época. En primer lugar la consideración que progresivamente sobre todo a partir de Claudio Saturnino merecen las circunstancias agravantes y atenuantes de los delitos y la progresiva introducción del parentesco cognaticio en el Derecho civil. En segundo término, la constitución de los tribunales permanentes. Las *quaestiones perpetuae* se hallaban todavía muy lejos del principio de legalidad. No estamos de acuerdo con la opinión de quienes en la doctrina actual comparten los excesos optimistas de Mommsen y consideran que hay ya una aproximación al principio de legalidad y compartimos no obstante las valoraciones más ponderadas de B. Santalucía o L. Fanizza³⁷. La tercera circunstancia digna de mención, que engloba de algún modo las dos anteriores, es la compleja y larga tarea de adaptación de que fueron objeto la *lex Cornelia* y la *lex Pompeia*, a través de la jurisprudencia y de los senadoconsultos dictados con posterioridad—...*senatusconsultisquibus poena legis Corneliae teneri iubentur*. En el transcurso de esta tarea es cuando se realiza todo un proceso de adaptación a los nuevos avances en cuanto a la función preventiva y ejemplarizante de la pena y a su humanización y también se incluyen nuevos parientes que con el pasar de los siglos llevan a extremos casi inverosímiles al incluir incluso a suegros y otros parientes relacionados con un matrimonio anterior³⁸.

Pero las fuentes literarias son recalitrantes cuando insisten en que la vieja *poena cullei* nunca, ni antes ni después de las reformas legales, dejó de aplicarse consuetudinariamente. No sólo Cicerón a quien nos referimos más arriba

asume la defensa de Sexto Roscio de Ameria, acusado de parricidio por Crisógono, liberto del dictador Sila. El tipo penal encuadraba perfectamente en la *quaestio de sicariis* y sin embargo, el defensor solicita la aplicación del *culleum*, a pesar de que en la legislación había entrado ya el exilio voluntario. También Ovidio menciona la vieja pena y clama todavía en época republicana contra la perversión moral de los parricidas, y después Suetonio, justamente en el momento de transformación del nuevo proceso penal menciona la aplicación de la *poena cullei* por parte de Augusto³⁹.

Merece la pena poner de relieve que, no obstante la introducción del parentesco cognaticio en el caso de la muerte dolosa de la madre, ya narrada por Tito Livio en el caso del famoso suplicio de Maléolo no se introducía compañía animal en el saco que envolvía al hijo criminal aunque sí fue arrojado al mar, como se dijo más arriba. En la época clásica de Adriano, el Derecho penal excluye la posibilidad de aplicar la pena de muerte al que ha matado a su madre porque perdió la capacidad de discernimiento; en este caso el que mata «ya tenía bastante castigo con su propia locura» y en consecuencia «había que vigilarlo con mayor cuidado o encerrarlo en prisión»⁴⁰. Desde luego que no parece que se aplicara en toda su extensión la *poena cullei* cuando el atentado era contra la madre. Ella no era sacerdotisa doméstica, ni representaba ningún tipo de poder. Por tanto la aplicación consuetudinaria de la *poena cullei* sólo tenía lugar cuando se trataba de muerte de un *paterfamilias*; en los demás casos probablemente se acudía a la vía legal del exilio, en caso de *honestiores* o personas pertenecientes a las clases altas de la sociedad.

36 Sobre el doble carácter del exilio como pena y derecho ciudadano, ver especialmente G. CRIFÒ, *Ricerche sull'exilium nel periodo repubblicano*, Milano, 1961; *idem*, *L'esclusione della città. Altre Studio sull'exilium romano*, Perugia 1995.

37 Si hay que dar por buena la afirmación de MOMMSEN, *ob.cit.*, p.643, acerca de que estas normas se adaptaron con ocasión de la transformación de los *iudicia publica* y que a partir de entonces ninguna *quaestio* pudo ya disponer de la vida de los ciudadanos; en este sentido M. BARBERO, *La pena de muerte, seis respuestas*, Valladolid 1975, p.27, que afirma que las «*quaestiones perpetuae* tenían que ser creadas por una ley y que cada ley configuraba un crimen»; más recientemente A. NÚÑEZ MARTÍ, *Quaestiones perpetuae.-Un paso hacia el principio de legalidad*; *El Derecho penal, de Roma al Derecho actual*; Congreso iberoamericano de Derecho romano, Alicante-Madrid 2005, pp.421-428; .en otro sentido B. SANTALUCIA, *cit.* pp. 95-96: ...*attraverso il criterio esteriore Della pena si viene implicitamente ad operare sul terreno sostanziale, e secondo lo stilo romano che costruiste senza formulare*», *idem* en *Diritto e processo penale*, *cit.*p.72; se trata más bien de la tendencia a la mitigación de las penas o la consideración de la ciudadanía es algo discutido en la doctrina 1988, pp.7 ss; L. FANIZZA, *Il parricidio nel sistema della lex Pompeia*, *Labeo*, 25, 1979, pp. 266 ss; S. BELTRANI, *Nuovo dizionario giuridico romano*, Napoli 1995, *voz Lex Pompeia de parricidio*.

38 (Digesto, 47, 13, 2). Algunos autores han establecido en este sentido un paralelismo entre el modo de proceder de estos senadoconsultos y el de las *formulae ficticiae* de derecho privado puesto que se iba aumentando por esta vía el número de delitos perseguibles por la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* y por la *lex Pompeia de parricidiis*.; En .Digesto.48,9,1 -3 (Marciano, Instituta, 14) La relación de parientes es diferente de la que aparece en Paul., *Sent.* 5, 24; *Vid Frag. Vat.* 298; 299; 301; 302; respecto a la probable interpolación del texto, C. FERRINI, *ob.cit.* p.390. ; M. BALZARINI, *Nuove prospettive sulla dicotomia honestiores-humiliores. Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova.

39 Cic., *Pro Roscio Amerino*, 13; 22-23...*In hoc tanto tam atroci tan singulari maleficio quod ita raro extitit ut si quando auditum sit, portento ac prodigi simile numeretur* ; *vid supra* ;Ovidio, *Ign.Met.*,8,97; Suetonio, *Aug.33*; Quintiliano, *Decl.* 299.

40 D.48,10, 9, en relación a un rescripto de los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero, los divi fratres, treinta años posteriores a Adriano, considerando que «al que enloquecido ha matado a su madre...había que vigilarlo con mayor cuidado o encerrarlo en prisión»; en cambio, desde época de Adriano, si se trata del padre incluso los decuriones, exentos en otros casos, son condenados a muerte, y no se dice nada de la «pérdida de juicio»ni se considera al criminal con tanta benevolencia D.48,19,15; en cuanto al primer caso de muerte de la madreT, *supra*.

Desde luego que a partir de la *lex Cornelia* y de la *lex Pompeia* la pena de la bolsa de cuero parece haberse aplicado mucho menos. Las tendencias humanitarias y los nuevos criterios de política procesal influyeron en la repugnancia que se sentía hacia la vieja pena. Pero nada puede hacer pensar que la terrible pena impuesta al parricida hubiera dejado de aplicarse. La contradicción entre los avances en sistemática y humanidad del nuevo Derecho penal y las viejas costumbres queda patente en los textos de Séneca. De un lado desaconseja la aplicación de la *poena cullei* que en su a Nerón considera «superada». Las tendencias más humanitarias de la nueva época nunca fueron suficientes para desterrar la vieja y más terrible pena, la *poena cullei*. La evidencia de las contradicciones; de un lado... y de otro.... En Séneca. Cuando Séneca se dirige a Nerón desaconseja esa pena como superada: *Non culleum, non serpentes, non carcerem decrevit memor, non de quo censeret, sed cui in consilio esset*⁴¹.

Se trata del mismo Séneca aconseja al Príncipe, juez supremo, que debe subir al tribunal con ánimo sereno, recitando pausadamente las normas jurídicas, y así friamente, sin ira, con el mismo ánimo con el que se enfrentaría a una serpiente o a otro animal venenoso, así debe terminar con el parricida. «Como los criminales son condenados a la decapitación, y los enemigos políticos y los traidores son arrojados desde la roca Tarpeya, así deben ser los parricidas condenados a la pena de la bolsa de cuero: «sin cólera, pero con rigidez, metan al parricida en un saco cerrado, con el rostro y el talante del que golpea a las serpientes y animales venenosos»⁴².

Incluso las legislación en palabras atribuidas al jurista postclásico Modestino sigue haciéndose eco de la vieja pena como «costumbre de los mayores». Veámoslo en el apartado siguiente.

5. Constantino y Justiniano. La adaptación de la simbología pagana y las razones de la exclusión del parricida en la nueva Religión monoteísta

La pena de parricidio establecida por la costumbre de los mayores era la de que el parricida una vez azotado con varas de mimbre fuera metido en un saco cosido, en compañía de un perro, un gallo, una víbora y un mono y luego echado a un saco al fondo del mar; esto cuando el mar está próximo y si no, se echa a las fieras, según dispone una constitución de Adriano. D.48, 9, 9⁴³.

Es bien conocido este texto de Modestino, en el que se introducen el perro y el gallo, que simbolizan, como decíamos más arriba la agresividad y que se relacionan con cultos paganos. La constitución a que se hace referencia en el texto es atribuida a Adriano, pero probablemente proceda de Constantino y los nuevos animales que se incorporan a la bolsa expresen la actitud inhumana del parricida. Así se confirmará posteriormente en un texto del *Codex*:

Si alguno hubiera apresurado la muerte de su padre o madre, o de su hijo, o en general de alguien de la afeción que se comprende en la denominación de l parricidio...cosido en un saco de cuero con un perro, un gallo, una víbora y una mona y metido en estas fúnebres estrechuras se halle mezclado en los

41 Séneca, *De clem.* 1,3; 2,7,3.; también respecto a la relación entre *humanitas* y *clementia*, PALMA, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi*, Padova, 1997, pp. 19-47 J. ANTÓN ONECA, *Discurso inaugural del curso 1944-45*, Salamanca 1945, pp.17-18: «El estoicismo trae el principio de la clemencia utilitariamente administrado; J.M. STAMPA, *Las ideas penales y criminológicas de L.A Séneca*, Valladolid, 1950, sostiene, p. 82, que el preventivismo penal que se observa en Séneca proviene de la especulación platónica y que la prevención general se obtiene mediante la ejemplaridad y la prevención especial mediante la corrección del delincuente; cuando ésta no se pueda esperar, se impondrá la eliminación del malvado para que éste se beneficie con el mayor bien que se le puede otorgar y los demás, intimidados con tan terrible castigo se abstengan de cometer futuros delitos.; también, p.100; 106; 110-112; respecto a la nueva política procesal, los senadoconsultos habían abierto el camino de la *cognitio extra ordinem*, por cuanto supusieron una extensión por vía interpretativa del enunciado de las leyes; respecto al arbitrio judicial y a la no vinculación de los jueces a las penas previstas en el procedimiento tradicional, A. ARCHI, *Studi di diritto penale romano*, Milano, 1981 p. 410; A d'ORS, en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980, p. 203; p. 216, se refiere al *ius novum* y destaca el papel de Séneca como «precursor de un nuevo Derecho más equitativo y más libre de los formalismos de la tradición jurisprudencial»; M.I NÚÑEZ PAZ, *Humanitas y limitaciones al ius occidend*, «Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio, Milano 2004» pp. 268-269.

42 *Procedam in tribunal non furens nec infestus sed vultu legis et illa solemnia verba leni magis gravi que quam rabida voce concipiam et lege agi iubebo non iratus sed severus; et cum cervices noxio imperabo praecidi et cum parricidas insuam cuello et cum mittam in supplicium militare et cum Tarpeio proditorem hostemve publicum, sine ira eo vultu animoque ero quo serpentes et animalia venenata percutio, Iracundia opus est ad puniendum* Séneca, *De ira*, 1,16, 15; P. VEYNE, *Humanitas, romani e no*, en *L'uomo romano* (A.Giardina), Bari, 1989, pp. 387 ss.

43 Hasta la legislación justiniana, y aún después en el Derecho histórico, se mantiene la aplicación de la *poena cullei* al parricida, si bien con modalidades diversas y con finalidades que trascienden ya la expiatoria. El texto de la constitución imperial resulta suficientemente expresivo: C.9,17,1 (a.319); los emperadores cristianos mantienen la *poena cullei* fundamentándola en la voluntad de Dios, porque el que mata a su padre «debe empezar a carecer de todo uso de los elementos de la naturaleza en vida ; la referencia a la privación del cielo « y muerto de la tierra» alude probablemente al castigo de privación de sepultura, *vid infra* nt.47; no estamos lejos pues de la función expiatoria de la pena de los primeros tiempos.

contubernios de las serpientes y, según lo permitiere la condición de la religión, sea echado al mar vecino o al río, para que en vida comience a carecer de todo uso de los elementos, y sobreviviendo se le prive del cielo, y muerto de la tierra. C.9, 17, 1 (a.318)⁴⁴

El círculo de parientes es ya amplísimo. En cuanto a la simbología, se reitera la presencia del perro, el gallo, la víbora y en esta ocasión se especifica que debe tratarse de un mono hembra. Resulta determinante el deseo de exclusión de la vida ultraterrena, como se deduce de las expresiones la vez que se obliga al parricida «a estas fúnebres estrechuras» para que «en vida comience a carecer de todo uso de los elementos, y sobreviviendo se le prive del cielo y muerto de la tierra»⁴⁵.

Por último, mencionamos la referencia de las Instituciones de Justiniano, se alude al parricidio como «al más espantoso de los crímenes

Por ella (la ley Pompeya de los parricidios) se dispone que si alguno hubiere apresurado la muerte de su ascendiente o de su hijo o en general de una persona de su parentela...no sea sometido a la espada ni al fuego ni a ninguna pena solemne sino que cosido en un saco de cuero con un perro, un gallo, una víbora y una mona, y encerrado en aquellas fúnebres estrechuras, sea arrojado, según lo permitiere la naturaleza de cada región, o al mar vecino o al río, para que en vida llegue a carecer de todo uso de los elementos, y mientras viva se vea privado de la luz del cielo, y luego muerto, de la tierra. Más si uno hubiera matado a otras personas unidas a él por cognación o afinidad, sufrirá la pena de la ley Cornelia contra los sicarios. (Inst., Ius 4,18,6).

La referencia a la pena de la bolsa se mantiene sin variaciones, si bien se considera parricidio que el padre cause la muerte del hijo o el hijo del padre. Desde luego que el sujeto activo del parricidio sigue siendo amplísimo «en general de una persona de su parentela», incluyéndose los cómplices o los que de cualquier modo hubiesen cooperado dolosamente a la ejecución del crimen. Pero hay una restricción, al ser sancionados con la pena más benigna del exilio, incorporada —como se explicó en el epígrafe

anterior— por la lex Cornelia los casos de parentesco más lejano —por cognación o afinidad— quedan fuera del ámbito de aplicación de la *poena cullei*.

Queda patente la insistencia en los símbolos. En este sentido conviene mencionar las revisiones de los autores clásicos que son reinterpretados por los padres de la Iglesia y por otros autores cristianos. Por ejemplo, Virgilio y Horacio ya habían insistido en que los perros eran obscenos e inmundos; no está de más mencionar los ojos de pera de Helena de Troya que se fustiga a sí misma en la obra de Homero por el mal que con su belleza ha traído a su patria. La obscenidad trabajada a conciencia en la preocupación por el sexo de la nueva doctrina lleva a algo inconcebible y carente de sentido en el mundo pagano, condenar al culleu a los adúlteros e introducir un pez, desconocido hasta entonces en el saco de cuero. El imaginario costumbrista sigue pues abierto. Pero lo importante es que, como el mismo BIONDI, en su *Diritto romano cristiano*, reconoce se sigue considerando la «obscuridad del comportamiento de quien atenta contra su padre, y lejos de desterrarse la pena se recrudescen su aplicación»⁴⁶.

La presencia conjunta del gallo y la serpiente en el saco de cuero sugiere la idea de una cadena sin fin de muerte y los análisis de la época ya parecen establecer una relación entre esta cadena de muerte y el quebrantamiento de las reglas de la convivencia que el parricida rebaja al nivel de los más horribles animales. Ciertamente horror causa el parricida y con horror debe morir. Como se decía más arriba la pena fue producto de la imaginación y las creencias del pueblo y los legisladores, desde la *lex Pompeia* hasta Justiniano se limitaron a dar forma legal a esta antiquísima práctica.

No les fue difícil a los autores cristianos de la época encontrar argumentos para acoger esta vieja costumbre y revestirla de la nueva Religión. En referencia al acompañamiento del parricida, S. Agustín se refiere al mono como al «último de los hombres y de las bestias» y S. Juan Crisóstomo afirma que los que viven en la impiedad y no tienen ya esperanza de redimirse no son más que perros. Se hace compatible así la vieja creencia romana con el mandato bíblico: «el que hiera a su padre o a su madre —o el que los maldiga— sea muerto»⁴⁷.

En la legislación de Constantino y más tarde en la de Justiniano se sigue insistiendo en el valor de los símbolos.

44 C. *Theod.*, 9,15,1; otra constitución de Constantino habla de bolsa arrojada al río, y no al mar, C. *Theod.* .9, 15,1 y C.I, 9,17,1.

45 Constancio y Constante mantienen la línea generalizada de agravamiento de las penas, llegando a extender la *poena cullei* al adulterio, y añaden a la bolsa un pez, símbolo de lujuria; por todos C. VENTURINI, *Divorzio informale e «crimen adulteri»*, IURA 41, 1993, pp.25-51.

46 Virgilio, *Georg.* 1,470; Horacio, *Epist.*, 1,2, 26; en alusión a monos y serpientes, Juvenal, *Sat.* .8, 213 ss; *idem*, 13, 154 ss; y Quimtiliano, *Decl.*, 17, 9; Plinio, *Nat Hist.*, 10,24,47; E. NARDI, *L'otre*, cit., pp.13 ss.; *vid. supra* nt

47 CTh 9,15,1; C9,17,1 También en las Basílicas 60,40,5; Nardi S. Agustín, *Locus in Heptateuc.*, 6, 7; S. Juan Crisóst., *Homil.*, 23,24,3; Éxodo, 21,15; BasJ. CHURRUCA, *Actitud del Cristianismo ante el Imperio romano*, Granada, 1999, pp.9-22; *idem* El acercamiento del Cristianismo primitivo al Imperio romano, Barcelona 2009233-264.; A los adúlteros, Paul Sent5,24,1; *Collatio*, 11,7,1; el mismo Biondi lo reconoce y se hace eco de la doctrina cuando afirma que «los más feroces legisladores penales se encuentran entre los emperadores cristianos y en especial Constantino y sus hijos, p.457, II *Diritto romano cristiano*, Milano, 1954,

El parricidio es claramente un delito específico y la consideración del parricida como maldito se mantiene intacta. De la misma manera que había que arrojar al *homo sacer* de la sociedad para evitar el riesgo de contaminación, así después de azotar al parricida con las *virgae sanguineae* y de enfundarle el capucho de lobo, se hacía necesario lanzarlo más allá de los límites de la sociedad humana. A diferencia de lo que sucedía con el *homo sacer* al parricida le era imposible sustraerse a la muerte pero la aplicación de la *poena cullei* sigue persiguiendo la reconciliación con la divinidad ofendida. En la nueva época se han incluido nuevos parientes y se ha considerado el parentesco cognaticio, pero también ahora, para cumplir la voluntad del Dios cristiano, hay que despojar al maldito «de todo uso de los elementos de la naturaleza en vida» para que «sobreviviendo se le prive del cielo y muerto de la tierra».

Es cierto que, como hemos tratado de poner de manifiesto en epígrafes anteriores, ahora ya se incluyen nuevos parientes y el delito de parricidio se configura de otro modo por la relevancia del parentesco cognaticio, pero la consideración del parricida como maldito se mantiene intacta. Precisamente por eso y para cumplir la voluntad de Dios, debe despojarse como dice el texto justiniano «de todo uso de los elementos de la naturaleza en vida y, sobreviviendo, se le prive del cielo y muerto de la tierra».

Pocos cambios, pues, en la nueva sociedad cristiana, Igual que el *homo sacer* era un maldito que había que arrojar de la sociedad para evitar la contaminación, también el parricida es un *prodigium*, al que atentó contra la divinidad se le debe cubrir el rostro con el capucho de lobo y arrojarlo, después de ser azotado con las varas del color de la sangre —*virgae sanguineae*— más allá de los límites de la sociedad humana. Al parricida, rodeado de animales inmundos se le cubre el rostro con una piel de lobo significando así que es un monstruo, que ha sido borrado del número de seres humano y, ya sin figura humana, es arrojado a la nada⁴⁸.

La práctica de azotar se continúa en las Partidas. A diferencia del *homo sacer* al parricida le es imposible sustraerse a la muerte y la pena que le corresponde tiene como es propio de la época un fin ejemplarizante pero la finalidad fundamental sigue siendo la expiatoria. El parricidio se ha convertido en un homicidio agravado por la circunstancia de parentesco pero la aplicación de la *poena cullei* sigue persiguiendo la purificación y la reconciliación con la divinidad ofendida. El que comete «el más horrible de los crímenes «no debe tener descanso «ni en el cielo ni en la tierra». La divinidad se encargará de privarle del cielo, los hombres tienen que encargarse mediante las instituciones jurídicas de privarle del «uso de los elementos» y de la tierra. Pero los nuevos principios de misericordia y caridad no son incompatibles con la enorme tradición que se remonta a época regia y que hace al padre depositario de la función sacerdotal. Doble moral, vimos Séneca, pero algo parecido padre de la Iglesia Lactancio ferocidad de la pena *quenam illa feritas* sigue admitiendo el *culleus*

Privarlo del valor purificador del agua, al tratarse de un saco herméticamente cerrado, y de la tierra, Esta práctica, inevitablemente acompañada de la infamia que supone el no poder reposar jamás en cristiana sepultura se mantendrá a lo largo de los siglos en el Derecho histórico⁴⁹. Tortura, Partidas hoy vasco...Madre, sacerdocio paterno en origen pero, madre.

Partida VII, título VI, ley XII: Qué pena merece el padre que mate al hijo o el hijo al padre o pariente... Si algún ascendiente matase con armas o veneo injusta y alevosamente a algún descendiente, contando desde el visabuelo hasta el viznieto inclusive y al contrario desde el viznieto hasta el bisabuelo «incurrir en la pena de ser azotado ante todas cosas, y después debe ser metido y encerrado en un saco de cuero y con «el un gallo, un perro, una víbora y un mono»... Cosido después el saco por boca, será arrojado al mar o al río que más cercano estuviere a aquel lugar⁵⁰. Importante privarle de espíritu, de ser enterrado

48 Un análisis de la historia del término y sus distintos significados en los textos jurídicos en A. d'ORS, *Virgae sanguineae*, IURA, 24, 1973, I, pp. 207-208; D.1,3: *Et quum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens ist, hominem homini insidiari nefas esse*; ilustra también la influencia del parentesco cognaticio en el Cristianismo con las menciones de S. Ambrosio y S. Jerónimo a la *materna potestas*; Plutarco, *Rom.*, 22, 3, transmite que el rey en los primeros tiempos castigaba al padre que exponía al hijo sin haber constatado su deformidad; la relación entre «figura humana» y personalidad jurídica, se mantiene tal vez por pura inercia histórica en el artículo 30 del Código civil español.; V ALFARO BOSCH, El Derecho penal romano como argumento contra el paganismo Pius Iuppiter en Ad naciones II,3,16 de Tertuliano, Revista de estudios jurídicos de Valparaíso, reivindica dos cuellos dos sacos para Júpiter por el doble crime cometido, pp34-35.;Lactancio div.inst.5II; 3,13... *quenam illa feritas, qua rabies, qua infamia est lucem vivis, terram mortuis denegasse...* pero en cualquier caso la admite su aplicación judicial... nos...parricidae sumus et insuendi te iudice culleum

49 E. MONTANOS-J. SÁNCHEZ ARCILLA, *Estudios de historia del Derecho criminal*, Madrid 1990, pp.26 ss.; L.M SALAZAR FERNANDEZ, La *poena cullei*, una pena romana en Fuenterrabía(Guipúzcoa) en el siglo XVI, AHDE 59,1989, pp.581-596 .

50 Enorme amplitud de parientes, ampliación hermanos, marido y mujer, tíos, suegros entre sí, o en relación a los yernos o nuerras, padrastros hermanastros. Pena «aunque no se siga el efecto» así como, exactamente igual que en las fuentes romanas, el que compra veneno aunque no lo lleve a ejecución, ampliación en fórmulas ficticias y senadoconsultos de fuentes romanas, más cruel la pena., Cfr. V. VIZCAÍNO PÉREZ, Compendio de Derecho Público y común de España o de las leyes de las siete Partidas», «parricidio y filicidio, p. 3444, tomo 2 todo ello a pesar de cómo dice en la introducción haberse librado «expurgado y omitido las surspeticiones «del Derecho romano; privación de sepultura Contacto con suelo, idem, p.241, ley II» Que no se debe enterrar dentro de la Iglesia sino a ciertas personas, prevención; penas anejas de excomión, p.236 y posibilidad de intervenir del Rey. Junto lo humano y lo divino.